



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VINÍCIUS BOTREL FERREIRA

EXCESSO DA LEGÍTIMA DEFESA

**LAVRAS-MG
2022**

VINÍCIUS BOTREL FERREIRA

EXCESSO DA LEGÍTIMA DEFESA

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras, como parte das
exigências da disciplina Trabalho de
Conclusão de Curso, curso de
graduação em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ma. Walkiria
Oliveira Freitas

LAVRAS-MG
2022

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico da
Biblioteca Central do UNILAVRAS

F383e Ferreira, Vinícius Botrel.
Excesso da legítima defesa/ Vinícius Botrel Ferreira. –
Lavras: Unilavras, 2022.
60 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Unilavras, Lavras,
2022.

Orientador: Prof.^a Ma. Walkiria Oliveira Freitas.

1. Excesso de legítima defesa. 2. Excesso culposo e doloso. 3.
Elementos estênicos e astênicos. 4. Excludente de ilicitude. I.
Freitas, Walkiria Oliveira (Orient.). II. Título.

VINÍCIUS BOTREL FERREIRA

EXCESSO DA LEGÍTIMA DEFESA

Monografia apresentada ao Centro Universitário de Lavras, como parte das exigências da disciplina Trabalho de Conclusão de Curso, curso de graduação em Direito.

APROVADO EM: 25/05/2022

ORIENTADOR

Prof.^a Ma. Walkiria Oliveira Freitas

MEMBRO DA BANCA

Prof. Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira / Unilavras

**LAVRAS-MG
2022**

“Se você acha que homens fortes são perigosos, espere até ver do que os homens fracos são capazes” - Jordan Peterson

AGRADECIMENTOS

Agradeço a oportunidade deste trabalho ao meu pai Deus, que sempre me ofereceu o que há de melhor na vida e toda a minha dedicação à sua eterna misericórdia, por sempre me orientar em suas forças divinas para sempre fazer o melhor.

Dedico-o (in memoria) ao meu pai e a minha guerreira Rogéria (mãe) que sempre me apoiou nessa vida.

Dedico-lhe Livia, em quem confio o meu amor, a minha filha Alice que está cheia de esperança e sempre aprendendo com alegria no brilho do seu dia a dia.

Dedico-o aos professores e funcionários da Unilavras pela paciência e ensinamentos diários e aos funcionários da delegacia, em especial ao Dr. Ailton Pereira por sempre me ensinar na sua qualidade profissional, ao Dr. Lauro advogado de excelente competência ao qual sempre me acolheu com atenção para as dúvidas da Justiça. Ao Dr. André Botrel (médico) pelo incentivo de como ser melhor cidadão e ao qual me espelho, e sempre alerta. A todos os meus amigos e colegas e familiares que sempre me indicaram o caminho certo e me incentivaram para continuar.

RESUMO

Introdução: O tema abordado sobre excesso da legítima defesa tem o papel principal de elidir a contrariedade que certa conduta típica, para suas normas permissivas e não permissivas, no ordenamento jurídico e portanto comparando o ordenamento jurídico nacional e internacional, na qual consagrou as formas de causa de excludentes de ilicitude, a legítima defesa. **Objetivo:** caracterizar e comparar os limites dos meios necessários e moderação para se identificar a medida cabível. **Metodologia:** A composição de pesquisa foi relacionada à forma explicativa por meio de seus requisitos sobre o excesso culposo, doloso, caso fortuito e no tribunal do Júri, que apresenta o ilícito na conduta humana no uso em excesso. **Resultados:** A doutrina reconheceu a existência dos chamados elementos astênicos e estênicos, que meandram as modalidades da ação excessiva na legítima defesa. Pode ocorrer, porém, de o sujeito que atua em legítima defesa, conforme o ordenamento jurídico, portanto, vir a exceder durante a defesa, seja pela sua conduta ou por alguns atos a ela inerente, os limites impostos para o exercício da causa de excludente, causando, conseqüentemente, ao agressor, danos demasiados, portanto excessivos, e não autorizados pela excludente. **Conclusão:** Assim, o estudo permitiu concluir que os elementos estênicos (inveja, ciúmes, ódio e emoção ou excitação) teriam apenas condão de atenuar a pena do defendente que por estes motivos tenha se defendido excessivamente. Inobstante seja neste sentido a boa doutrina e a mais acurada jurisprudência, o Código Penal Brasileiro não fez esta distinção e não tratou expressamente sobre o problema, especificamente quanto à necessidade de distinta punição das condutas excessivas motivadas pelos elementos astênicos e estênicos, ficando, desta forma, ao alvedrio das teses jurídicas e do entendimento do julgador as tratativas do excesso em legítima defesa.

Palavras-chave: Excesso de legítima defesa; Excesso culposo e doloso; Elementos estênicos e astênicos; Excludente de ilicitude.

ABSTRACT

Introduction: The topic addressed on the excess of self-defense, has the main role of eliding the opposition that certain typical conduct, for its permissive and non-permissive norms, in the legal system and therefore comparing the national and international legal system, in which it enshrined the forms of cause of excluding unlawfulness, self-defense. **Objective:** to characterize and compare the limits of necessary means and moderation to identify the appropriate measure. **Methodology:** The research composition was related to the explanatory form through its requirements on culpable excess, willful excess, fortuitous event and in the Jury court, which presents the illicit in human conduct in excess use. **Results:** The doctrine recognized the existence of the so-called asthenic and sthenic elements, which meander the modalities of excessive action in self-defense. It may happen, however, that the subject who acts in self-defense, according to the legal system, therefore, may exceed during the defense, either by his conduct or by some acts inherent to it, the limits imposed for the exercise of the excluding cause, causing, consequently, to the aggressor, too much damage, therefore excessive, and not authorized by the excluding. **Conclusion:** Thus, the study allowed us to conclude that the sthenic elements (envy, jealousy, hatred and emotion or excitement) would only have the power to mitigate the penalty of the defender who, for these reasons, has defended himself excessively. Regardless of the good doctrine and the most accurate jurisprudence in this sense, the Brazilian Penal Code did not make this distinction and did not expressly address the problem, specifically regarding the need for a distinct punishment of excessive conduct motivated by asthenic and sthenic elements, thus remaining, to the discretion of the legal theses and the understanding of the judge, the treatment of excess in self-defense.

Keyword: Excessive self-defense; Guilty and willful excess; Sthenic and asthenic elements; Exclusion of illegality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Cap.	Capítulo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
Des.	Desembargador
Dr.	Doutor
Nº	Número
RTJ	Revista Trimestral Jurisprudência
STF	Supremo Tribunal Federal
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJRGS	Tribunal de Justiça do rio Grande do Sul
TRF	Tribunais Regionais Federais
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
UFMG	Universidade Federal de Minas Gerais
v.	versículo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 REVISÃO DA LITERATURA	12
2.1 ANTIJURIDICIDADE E CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO	12
2.2 LEGÍTIMA DEFESA: REQUISITOS E APONTAMENTOS	18
2.3 EXCESSO DOLOSO E EXCESSO ESCUSÁVEL	32
2.4 DO EXCESSO CULPOSO E DO EXCESSO POR CASO FORTUITO	41
2.5 EXCESSO NO TRIBUNAL DO JÚRI E JURISPRUDÊNCIA	45
3 CONSIDERAÇÕES GERAIS	51
4 CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

O tema abordado – o excesso na legítima defesa – tem sua razão de ser. Recebido pelo vigente paradigma político-jurídico, onde o Estado Democrático de Direito é o legítimo detentor do monopólio da Justiça, o instituto de legítima defesa se afigura como o mais sublime e significativo direito natural – superior e anterior, positivamente concedido aos homens para o uso de forma privada e imediata. Outrossim, o excesso no uso deste direito, dependendo de sua origem, apresenta-se como uma das mais originais e naturais manifestações do jeito de ser humano.

Infelizmente não é frequente, sobretudo na doutrina pátria, grandes estudos sobre as questões do excesso da legítima defesa, talvez porque seja mesmo complexo e inesgotável a questão. Todavia, o que se tem sobre o tema, é que sua complexidade e inesgotabilidade ocorrem não pela irrelevância de seus efeitos, senão pela constatação de tal instituto ser mesmo um dos mais puros e simples reflexos da volatilidade da alma humana, apresentando-se, geralmente, como a linha limítrofe entre o consciente e o inconsciente, o bom e o mau, o justo e injusto.

Inexplicavelmente, o Código Penal Brasileiro, seguindo pela omissa reforma de 1.984, mesmo tendo seguido o finalismo Welziano, não normatizou a questão do excesso na legítima defesa satisfatoriamente, deixando tantas dúvidas sobre o sentido do instituto, quantas foram as bizantinas discussões entre juristas, legisladores e professores de direito tocantemente às teorias penais aplicáveis no tratamento dos casos em que se verificasse a defesa excessiva.

Assim, com relação ao excesso na legítima defesa e a partir do movimento reformador de 1.984, pretende-se, na presente exposição doutrinária - sem exaurir o tema amplo e polêmico - estudá-lo sob três aspectos: o excesso doloso, o excesso culposo e o excesso escusável.

Para tentar solucionar a posição casuística do Código bem como propor-lhe alteração será realizada uma análise axiológica sobre o caráter político dado pelo Estado ao direito penal e, conseqüentemente, sobre o caráter sociológico dado por este último ao crime. Para uma melhor elucidação da análise realizada, serão analisados institutos de Direito Penal Comparado, de filosofia-jurídica, comentários e propostas de doutrinadores nacionais e estrangeiros sobre os problemas do excesso na legítima defesa.

2 REVISÃO DA LITERATURA

2.1 ANTIJURIDICIDADE E CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

Hodiernamente impera o conceito neoclássico dos alemães Beling (1944) e Liszt (2006), reformulado pela doutrina finalista de Welzel (2006), segundo a qual o crime é uma ação típica, antijurídica (ilícita) e culpável, cuja a conduta do agente se localiza na ação.

Neste sentido, e por ser o ponto de partida do crime, é na ação que se deve, primordialmente, buscar valor comportamental durante a verificação da perniciosidade e rebeldia da vontade que lhe move. Adota-se, portanto, neste trabalho, fundamentalmente, a doutrina finalista, tanto pela amplitude de sua aceitação e consonância com a doutrina mundial majoritária quanto pela sua maior consideração da natureza psíquica do homem. Portanto, é para o momento explicar a ação típica em sua estruturação lógica finalista.

Inegável se tratar o homem de um animal assim como os demais quanto às suas estruturas biológicas e fisiológicas, conquanto tenha em si muitas características não encontradas em nenhuma outra espécie do reino animal. Biologicamente, é muito inferior em certos aspectos (inacabado e imperfeito) que muito animal que se tem na face da terra, todavia, distingue-as extraordinariamente de todos os outros e até os domina por uma especificidade muito aguçada e quase única: a razão e a capacidade de usá-la adequadamente para obter seus fins úteis e desejados – inteligência.

Embora muitos animais também tenham capacidade cognitiva, tais como memória, associação e compreensão, no homem, além de tais capacidades terem excelente destreza, a natureza de sua cognição se qualifica com características de técnicas, tradição, progresso, capacidade de pensar e refletir cuja diferenciação não se verifica em nenhuma outra espécie. Essa capacidade que lhe faculta conhecer e dirigir suas ações para obter o que deseja é o que faz do homem um ser responsável e inteligente, dotado de meios que lhe permite arquitetar um resultado e conhecer o significado do mesmo.

Partindo dessa evidência, e embalado pelas novas descobertas de Kant (1996) e Freud (1969) acerca da psique humana, foi o alemão Hans Welzel (2006), através de sua ontofenomenologia, que pôde ultrapassar o entendimento causalista de que ação típica é mero nexos causal (relação de causa e efeito) entre a conduta do agente (elemento objetivo) e o resultado obtido (que é diferente do resultado desejado), prelecionado que a tipicidade

finalista é a conduta humana descrita na lei, composta concomitantemente por elementos objetivos e, sobretudo, subjetivos.

Para o finalismo, o elemento objetivo constituidor da ação seria realmente sua manifestação fática no mundo exterior, bastando a verificação de que uma vontade tenha tido manifestação corporal, mesmo de sentido ou conteúdo lesivo na representação do agente; como no caso de um motorista de Uber que passa em cima da perna do passageiro a ferir gravemente, por negligência, ação culposa. É cediço que se extrai mesmo de condutas culposas elemento subjetivo, contudo, tal construção doutrinária, que ocorre em sede de culpabilidade e não de tipicidade, fez-se necessária para possibilitar imputação penal aos acusados de inobservarem dever legal de cautela (prudência, perícia e atenção) e de se omitirem em situação que exigia que agissem.

Por sua vez, o elemento subjetivo constituidor da ação seria exatamente o conteúdo previsto, conhecido e desejado que determina a conduta do agente (dolosidade) para o atingimento de resultado previamente pretendido; preterdoloso; como no caso de um hóspede que, ao sair do hotel, percebendo e entendendo que a mala não é sua, pega-a e a leva consigo - ação dolosa.

A tipicidade, segundo teoria finalista, é conclusão lógica para uma razão de mera conduta humana, pelo fato de somente ligar o rádio, por ligar, ou correr por correr, tampouco dirigir por dirigir, de forma desordenada, meramente casual, sem desejar um resultado, mas porque pretende-se ouvir a música, exercitar-se ou locomover-se para algum lugar; logo para obter um fim.

Nesta linha, depreende-se do art. 18, parágrafo único, segunda parte, do Código Penal Brasileiro, que a ausência do dolo ataca a ação e por consequência o crime. Já a ressalva contida na primeira parte do mesmo parágrafo único, “para os casos previstos em lei”, traz o elemento culpa, este censurado (incriminado) na culpabilidade pela retrocomentada inobservância de dever legal de cautela. O que importa verificar, na apuração da tipicidade de uma ação, é que esta poderá ser típica tanto no modelo doloso (teoria finalista) quanto no culposo (teoria da culpabilidade).

Art. 18. Diz-se o crime:

Crime doloso

I – Doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

II – Culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente (BRASIL, 1940, art. 18).

Doravante, frente ao exposto, ratifica-se a afirmação inicial de que o finalismo, ao negar a ação como meramente casual, para efeitos penais, não logrou êxito na incriminação da omissão e da tentativa, por inexistência, respectivamente, de nexos causal e resultado; cuja alternativa foi trazer, conseqüentemente, o dolo para a tipicidade por se tratar de elemento constitutivo da ação, na medida em que o homem só age quando deseja obter um resultado previamente arquitetado - ação dolosa. Mas de outro lado, o que se tem é que a teoria causal também é falha ao tentar imputar crime em uma conduta de omissão de um terceiro na medida em que não há nexos causal entre a omissão e o resultado criminoso ocorrido na situação concreta e, no mesmo sentido, não se poderia imputar crime a um agente que, ao tentar atingir certo resultado criminoso, não o alcança por fatores alheios à sua vontade. Decorrendo daí a força da teoria finalista quando busca o conteúdo pernicioso e censurado movedor de certa ação (comissiva ou omissiva).

Inobstante ao sucesso obtido pelo finalismo nos casos de ação dolosa, seus representantes, por sua vez, não lograram êxito na incriminação das ações culposas sobre bases finalistas em virtude da ausência do conteúdo rebelde que as determinam; cabendo à teoria da culpabilidade atrair a ação culposa para o conceito de crime ao tipificar figuras destituídas de vontade lesiva – primeira parte do parágrafo único do art.18, retro citado, “salvo nos casos previstos em lei” (BRASIL, 1940). Decorrendo daí, por seu turno, que impera a teoria finalista, porém com a ressalva dos casos de ficção culposa na ação (culpabilidade) como alternativa jurídica, onde o finalismo não conseguiu atuar satisfatoriamente.

Nada é demais ressaltar que, mesmo com seus limites técnicos, a teoria finalista é, atualmente, a mais aplicada e a que mais se coaduna com os princípios protetores da dignidade e dos direitos dos homens.

Toda ação típica é, em princípio, um ato contra o direito, pois é, à priori, a constatação de que a conduta do agente se subsume ao que está descrito na norma proibitiva. Este é o resultado do enquadramento de certa conduta concreta como criminosa, dolosa ou culposamente, conforme a descrição do respectivo tipo penal.

Ocorre que a teoria finalista do crime não abarca somente a tipicidade, mas também, como exposto inicialmente, os demais elementos do crime, quais sejam: antijuridicidade e culpabilidade. Sobre a culpabilidade este trabalho se ocupará mais à frente, contudo, é para o momento diferenciar tipicidade de antijuridicidade.

Assim, existindo uma ação típica (dolosa ou culposa) o jurista deve verificar se esta contraria somente a ordem do tipo específico que a proibiu ou também o ordenamento jurídico como um todo. Pois havendo um conúbio entre a ação típica e alguma excludente de ilicitude (que também é um tipo penal, porém permissivo e não proibitivo), tal ação será duplamente típica, e, portanto, lícita. Num primeiro momento, aquela ação será típica porque se subsumiu num tipo penal proibitivo e, num segundo momento, também será típica, mas por ter subsumido num tipo permissivo, que se sobrepuja, em virtude de sua extensão penal e principiológica, sobre os demais tipos proibitivos.

À guisa de intertextualidade, não se pode olvidar que a antijuridicidade pode ser dividida em civil e penal conforme gere efeitos num ou noutro ordenamento. É para o momento, contudo, esclarecer que, respeitado antagonismo de ordem científica, ontologicamente não há diferença nessas formas de ilicitude, eis que se a sempre contrariedade a uma norma jurídica, ficando sempre ao casuísmo do legislador estabelecer a natureza da sanção para classificar a conduta como lesão civil ou penal. Batista (2007) é ilustrativo quando ensina que pelo não pagamento de vultosa dívida cível, ofendendo a norma que determina o respeito à propriedade alheia, mas não se incorre na sanção penal, o que poderia suceder por minúsculo furto.

Conclui Eugenio Raul Zaffaroni (1985) que, a antinormatividade (antijuridicidade ou ilicitude) não surge do direito penal, mas de todo ordenamento jurídico, pois a antijuridicidade pode ser neutralizada por uma permissão proveniente de qualquer ramo do direito; eis que o ordenamento é ramificado, porém uno e sistemático.

Doravante, cumpre destacar que se enfoca no presente, a ilicitude especial ou penal, e esta, como facilmente se observa, manifesta-se através de tipos criados pelo código penal, sendo uma ilicitude típica, onde uma conduta descrita pelo tipo proibitivo não encontra respaldo por outra norma; não sendo, portanto, neutralizada sua ilicitude, configurando-se numa conduta típica e antijurídica – injusta.

Ocorre, por outro lado, que em havendo uma excludente de ilicitude (causa de justificação, dirimente ou excludente, são todas expressões sinônimas) que se amolde à conduta sob análise, a ilicitude (injustiça) restará elidida.

Esta dupla tipicidade ou subsunção da ação típica a uma causa de justificação é, frequentemente, classificada pela doutrina em formal e material.

Para Manzini (1981) e Sauer (1956), a ilicitude penal, por ser anteriormente

tipificada ou escrita em uma incriminação codificada, consistirá numa violação de preceito legal, tendo por isso, sempre, caráter formal.

Passível de crítica, a classificação de ilicitude em forma mereceu o ataque de Damásio Evangelista de Jesus (1991-1994), avalizado por Everardo da Cunha Luna (1993), para os quais a ilicitude penal é essencialmente material, restando formal pelo juízo de valor aplicado a cada caso. Alegam que o conceito de ilicitude não se detém na mera contradição formal entre conduta e lei, muito antes, detém-se na violação aos interesses sociais que ensejam a tipificação do fato, ou ainda, a ilicitude será material porque se relaciona com a razão pela qual o legislador criou a proteção criminal a determinado bem jurídico.

Prestadas as devidas homenagens de sempre aos festejados doutrinadores, nada obsta declarar tal discussão como mero preciosismo acadêmico, pois o formal, sem o material, e o material sem o formal, tornam-se nebulosos e fragmentários. A formal, sem matéria, é arbítrio; a matéria, sem a formal, é insegurança. Formal e material, aspectos da antijuridicidade, quando prevalecendo um sobre o outro, gera-se o desequilíbrio conceitual, que cria funestas consequências práticas. Imagine o seguinte: é preso um perigoso bandido sem mandado e sem flagrante, isso será formalmente ilícito e materialmente lícito e o seu habeas corpus será formalmente lícito e materialmente ilícito. Enfim, os conceitos são complementares, cujas discussões foram encerradas pela teoria unitária das causas de justificação.

Especialmente quanto à ilicitude penal, porém, o que importará, ao cabo, é observar a existência ou não de suas causas de justificação do ato ilícito formal ou objetivo, as quais serão exceções à regra geral do código penal, pois ao invés de tipificar condutas como proibidas lhes concedem *status* de permitidas.

Verifica-se, por conseguinte, que a tipicidade é mero indício de ilicitude, e que esta, não será considerada apenas na sua concorrência formal (quando a conduta contrária um tipo descrito), mas propriamente na sua ocorrência material (quando a conduta contraria o ordenamento jurídico-penal como um todo). Esta ocorrência material é exatamente a constatação ou não da existência de norma autorizadora da ação típica (proibida), mesmo revestida de toda dolosidade (conhecer, desejar e realizar), poderá ser, diametralmente lícita (permitida) desde que ocorra nas estritas ocasiões permitidas pelo ordenamento jurídico vigente à sua época.

Nesse diapasão, a causa de excludente de ilicitude recairá tão somente sobre a

conduta típica, elidindo seu conteúdo rebelde e desafiador da norma, subsistindo uma tipicidade (dolosidade) não censurada pelo fato de sua ocorrência ser autorizada pelo ordenamento - há uma interseção entre os elementos da culpabilidade e os elementos das causas de excludentes de ilicitude. Noutras palavras, diz-se que as causas de justificação atacam o crime em sua formação (não-rebeldia contra a norma e não-censura por esta postura), e não, exatamente, a ação em sua formação (dolo ou culpa).

Estas estritas ocasiões (situações e limites) permitidas pelo direito penal, que autorizam a conduta típica e a tornam a favor do direito, portanto lícitas são: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

Exclusão de ilicitude

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

I – em estado de necessidade;

II – Em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (BRASIL, 1984).

A melhor doutrina tem que a legítima defesa e o estado de necessidade é excludente oriundas da própria essência humana, residentes na necessidade de se auto proteger, mas sem pretender contrariar o ordenamento jurídico.

Lado outro, também o estrito cumprimento de um dever legal e o exercício regular de um direito são direitos penais de exclusão do injusto (ilicitude), porém decorrentes do próprio ordenamento penal positivado e não do direito natural. Existem como ficção jurídicas atinentes a ratificar a exigibilidade e confirmação de outros direitos pré-dispostos em lei (soldado que deve atirar num bandido, bombeiro que deve arrombar uma casa, cantar uma música de protesto em liberdade de expressão).

Pode-se afirmar que as famigeradas excludentes de ilicitude, causas dirimentes ou de justificação (frise-se, expressões sinônimas), previstas no artigo 23 do Código Penal Brasileiro, são o resultado da lógica juridicidade que o próprio ordenamento deve permitir às pessoas exercitarem seus direitos naturais e seus deveres sem serem induzidas a cometerem ilícitos penais.

Resta concluir com o percuciente professor Francesco Carnelutti (2009), que todo crime representa uma conduta típica, mas nem toda conduta típica é um crime (já que pode ocorrer de a conduta típica se revestir de licitude ante um positivo juízo de valoração que sobre esta faça pairar uma causa excludente de ilicitude).

2.2 LEGÍTIMA DEFESA: REQUISITOS E APONTAMENTOS

A legítima defesa, assim como a legítima ofensa, consoante a doutrina penal clássica, são desdobramentos do estado de necessidade, portanto ambas defluem da situação de risco. Coloque-se que, embora os institutos se correlacionem, o presente enfoca apenas a legítima defesa e as suas ocorrências de excesso.

Doravante, o agente que age sob o pálio deste direito comete um fato típico (antijurídico formal ou ilícito gramatical), todavia sem valor de ilícito material, pois é subsumido em duas normas, em uma proibitiva e em outra permissiva (autorizadora), o que torna tal fato, ao cabo da verificação, formalmente típico e materialmente lícito.

A legítima defesa, para os jusnaturalistas tem o instituto de direito penal que exclui o injusto, decorre do direito natural. Fundamentam a legítima defesa como o direito e dever de autoconservação física e moral do homem. Entendem, pois, que as excludentes são anteriores e superiores às demais ordens positivas, sendo, por isso, ações ajurídicas, não injurídicas ou ilícitas, mas sem necessidade de ser dito por lei, ora, pelo direito, eis que emanam da própria essência e existência humana.

Carrara (1976), Kant (1996) e Feuerbach (1828), por uma vertente racionalista, contudo eivada de naturalismo, fundamentam a legítima defesa nos chamados elementos astênicos do homem, que movem sua conduta defensiva, tendo esta por lícita na medida em que tais elementos astênicos são manifestações de ocorrência inevitáveis no ser humano. Ensinam que tais elementos são: o susto, o medo, a surpresa e a perturbação de ânimo que viciam a manifestação de vontade do agente que se defende.

Para o Código Napoleônico, em época de revelação contra a monarquia, a legítima defesa adotou acepção de justificativa sobre bases legais como o exercício de um direito, este, contudo, fundamentado no subjetivismo dos elementos astênicos.

Todavia, para positivistas, especialmente Enrico Ferri (1996), a justificativa da excludente se basta pela proteção legal que lhe é dada pela norma permissiva, numa verificação entre fato, sua causa de efeito e a norma.

Seguindo a linha de pensamento de Enrico Ferri (1996), diz a legítima defesa é o mais frequente e o natural dos casos de coalisão jurídica correspondendo ao instituto de conservação do indivíduo e da espécie, logo, o instituto da defesa origina-se do instituto da conservação presente em cada ser vivo, tornando a legítima defesa um impulso natural e irreprimível.

Notadamente, mesmo não podendo negar a efetiva importância que tiveram todas as teorias de fundamentação da legítima defesa, é na licitude material da conduta, isto é, na ausência de injuricidade da conduta que reside a aceitação do instituto, não passando, enfim, de um ato de exercício de direito. A chamada teoria da justificação tem recebido fortíssima acolhida na Alemanha, Itália e Brasil, sendo, por isso, adotada tanto no Código Penal Brasileiro de 1940 quanto na sua revisão em 1984.

Ortodoxos sistemas normativos influenciados pelo direito canônico e pelo direito romano tendem a enfraquecer a extensão da legítima defesa bem como dos demais preceitos permissivos, pois na doutrina católica tem-se mais de “dar a outra face” do que de atacar um injusto ofensor inobstante a elasticidade ou não do instituto, este é sempre afirmado como máxima universal e irrevogável tanto nos países Socialistas de Direito (Commonwealth e afins) quanto os Democráticos de Direito (Romano-germânicos), como também nos países da Common Law, do Direito Mulçumanos e do Direito Oriental. Podendo-se afirmar minoritariamente irrelevante a corrente que se opõe ao instituto.

Nesse sentido, o instituto não deve ser estudado como um raro lampejo de delegação de tutela, menos ainda como generosidade do direito penal, pois, como já revelado, é ciência social, anterior ao Direito, sendo criado, então, pelo e para o próprio homem.

Fato é que, justificado por naturalistas ou por positivistas, a legítima defesa está prevista em lei, sendo, então, autorizada quando enquadrada nos seus estritos requisitos fáticos-objetivos exigidos para a permissão e pelo elemento subjetivo – necessidade existência de legitimidade da defesa na esfera intelectual do defensor. Ocorre que, como volvido na introdução, o Estado moderno monopoliza a administração da prestação jurisdicional e, se num primeiro momento concede ao homem o direito de administrar privativamente e imediatamente seu direito (através da guerra privada), num segundo momento reclama novamente para si o poder judicante. E é exatamente para manutenção deste paradigma jurídico-político que, a legítima defesa, mesmo sendo o socorro dado pela sociedade ao indivíduo injustamente atacado, é autorizada por estritos requisitos fáticos e legais. Vejamos: “Legítima defesa - 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” (BRASIL, 1984). Passa-se à análise da legítima defesa, de seus requisitos, correlações e ocorrências. Da inteligência do artigo 25 tem-se que a agressão, *in casu*, é a oriunda do ser humano. Em regra, manifesta-se através

de conduta positiva, ação, mas há casos em que se manifesta por omissão, como a do convidado que se recusa a atender ordem do dono da casa para retirar-se, em razão de comportamento inconveniente – sua omissão é uma agressão ao domicílio do anfitrião.

A reação ao ataque de animal, contudo, caracteriza estado de necessidade, somente. A menos que o animal seja usado pelo agressor, como uma longa manus, de sua agressão, por exemplo, aludindo o cachorro a morder.

Deve a agressão ser injusta, isto é, ilícita, o que não significa que precisa ser típica, pois há condutas agressivas que não configuram infração penal, como o furto de uso.

Entende-se majoritariamente que a injustiça da agressão deve ser avaliada em seu aspecto objetivo, nada tendo a ver com a culpabilidade do agressor. Em consequência, reconhece-se legítima a defesa contra ataques de inimputável, do que atua sob coação moral irresistível, em obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico ou em estado de embriaguez acidental completa, porque, em tais casos, não se exclui a ilicitude objetiva da conduta.

A questão não é pacífica. Com relação aos doentes mentais, Magalhães Noronha (1990) se inclina pelo estado de necessidade, acatando opinião de autores italianos, por entender essa solução mais humana, pois torna exigível a fuga do agredido (como forma de buscar o resultado menos gravoso, já que, a priori, não haveria injusta agressão), já que o agressor é um alienado, e protege-se, ao mesmo tempo, a vida deste. No mesmo sentido opina Nelson Hungria (1958), ressaltando que o fim psicológico da legítima defesa não pode condizer, evidentemente, com os incapazes de entendimento ou reflexão.

A corrente predominante, porém, chega, na hipótese, ao meio termo, recomendando que a lesão ao agressor só se admita quando a proteção do bem não enseja alternativa.

Essa controvérsia tem origem no requisito *inevitabilidade do perigo*, componente do estado de necessidade, mas não incluído na legítima defesa, que não fica excluída pela circunstância de poder o agredido solicitar ou receber auxílio de terceiros ou evitar o confronto pelo *modus discessus* (chamada “retirada estratégica”), e muito menos pela fuga vexatória.

Exigindo-se injusta na agressão, conclui-se que não pode haver legítima defesa contra o estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direitos reais, porque a conduta amparada por qualquer dessas excludentes não é ilícita - injusta. Tratando-se de discriminantes putativas, permanece a ilicitude, já que ficam

excluídos o dolo e a culpa (erro sobre elementos fáticos) ou a culpabilidade, quando o engano versa sobre sua existência ou limites.

A legítima defesa pode coexistir com o estado de necessidade. Figura-se o caso de convidado para festa em rica mansão que, agredido injustamente por outro convidado, não tenha outro recurso para defender-se senão golpear a cabeça do agressor com o valioso vaso de uma dinastia oriental da antiguidade, exposto no salão de recepções, e que resta espatifado. Haveria, como é claro, legítima defesa contra a agressão injusta e estado de necessidade no dano ao patrimônio do anfitrião.

Já a possibilidade de legítima defesa recíproca é inadmissível. Não há defesa sem ataque ou contra justo ataque. Quando não é possível se estabelecer a iniciativa da agressão, absolvem-se os contendores, não pela legítima defesa que alegam, mas por insuficiência de provas, porque, na dúvida, prefere-se a certeza da absolvição de um culpado à possível condenação de inocente.

Afirma-se, por um lado, a viabilidade da legítima defesa real contra a legítima defesa putativa, porque nesta não há exclusão de ilicitude. Com efeito, na defesa putativa, não há defesa contra um *periculum praesens*, senão o da fantasia do agente, cuja necessidade de se defender inexistente *ab initio* e, muito embora o código penal isente de pena – inculpabilidade – quem erra inevitavelmente neste na interpretação da realidade, como dispõe o art. 20 § 1º, lado outro não exclui a ilicitude. Mantida a ilicitude do errante, o defensor se protege em legítima defesa real contra agressão injusta de errante em legítima putativa.

O provocador que, por piadas, “gozações”, tratamento por apelido, etc., que não constituam agressão, não fica impedido de invocar a dirimente ao se defender de ataques do provocado. Como diz Aníbal Bruno (1978, p. 369), “não seria conforme ao Direito que a provocação inicial do agente reduzisse a ficar sem defesa, à mercê de toda violência do agressor”.

Mas, como adverte logo adiante o mesmo autor, “é claro que a provocação, para ser indiferente, não deve ter sido simples artil empregado para provocar a agressão e ofender o agressor a pretexto de defesa” (BRUNO, 1978, p. 377).

Ou ainda como bem observa Cavaleiro Ferreira (2010, p. 212), “tal provocação não pode ter umaintensidade ou qualidade tal que, excitando o espírito do agressor, seja capaz de criar as condições favoráveis à prática de um crime, sendo, portanto, apenas uma defesa simulada”.

A aceitação de desafio para brigar inviabiliza futura invocação da excludente. Há, no caso, agressão recíproca programada. Como se tem entendido, o desafio não cria a necessidade de delinquir ou de aceitar o duelo.

Só há legítima defesa contra agressão já iniciada ou em vias de iniciar-se, inclusive contra agressão expressa por grave ameaça de lesão. Contra agressão finda não há objeto de proteção, mas de vingança, que coloca o primitivo agressor em posição de, por sua vez, defender-se legitimamente, configurando-se chamada legítima defesa sucessiva. Contra agressão futura ou simples ameaça, cabe recorrer-se à autoridade pública - é o que exige a jurisprudência.

É cabível legítima defesa em relação a qualquer bem jurídico, pessoal ou impessoal, como vida, integridade física, patrimônio, honra, inviabilidade de domicílio, etc., seja do agredido ou de terceiros, inclusive pessoa jurídica e até mesmo a coletividade. Malgrado seja este o entendimento majoritário, reside aqui algum ponto de dissidência jurídica para o que se socorre ao Direito Penal Comparado.

A corroborar, professor Clóvis Beviláqua (1977, p. 168) que “as comparações legislativas elucidam as questões, enrobustecer as inteligências na pesquisa do justo e, assimiladas, constituem, com os princípios da ciência, elementos que entram na formação da consciência jurídica”.

Neste sentido, na busca da extensão protetiva da legítima defesa e dos bens jurídicos tutelados, busca-se no direito alienígena alguns posicionamentos e explicações.

O Código Penal Italiano (Código Rocco), assim como o dos países romano-germânicos, dentre eles o brasileiro, assume posição elástica. Pois quando diz “*direito seu ou de outrem*” (BRASIL, 1940, art. 25), foge a ideia de propriedade (direito próprio ou alheio) e deixa, propositadamente, margem para o casuísmo decidir quais tipos de direito pode-se tutelar.

Neste ínterim, doutrinadores como Nelson Hungria (1958), Basileu Garcia (2008), Marcello Jardim Linhares (1992), além da jurisprudência nacional dominante, posicionaram-se para entender que o vocábulo “direito seu ou de outrem”, empregado no artigo 25 do Código Penal Brasileiro, deve ser entendido da mesma forma como o é no Direito Italiano, com o condão de abranger todo interesse juridicamente tutelado, quais sejam: vida, integridade corporal, liberdade pessoal, pudor, honra e propriedade.

Na Rússia, na antiga Alemanha Oriental e nos antigos países satélites da Commonwealth (comunidade que buscava prosperidade econômica, política e filosófica

através do comunismo) a legítima defesa é extensiva aos direitos e bens do Estado. O Indivíduo, embora possa proteger seus bens e direitos, fica em segundo plano. Os Russos, portanto, obrigam o indivíduo a proteger a propriedade social, e é legal o direito de defender a sua propriedade e vida, mas de forma branda. O fraco poder jurisprudencial russo se submete ao que está positivado em lei.

O legislador Francês comprime a legítima defesa aos chamados delitos de sangue (os crimes contra a vida do Direito Brasileiro). Quanto aos bens, e em virtude da importância da propriedade privada, coube aos tribunais e doutrinadores franceses lhes estenderem o alcance da legítima defesa.

No mesmo sentido é a jurisprudência inglesa. Apenas dispõe sobre a vida humana, mas o direito consuetudinário alarga a extensão do instituto aos bens materiais.

O Código Penal chileno não especifica os bens que podem ser protegidos em legítima defesa, mas estende a proteção aos materiais, e amplia a justificação ao tê-la também como atípica e inculpável. Em Portugal protegem-se, através de legítima defesa, quaisquer interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiros. O texto Dinamarquês não é expreso quanto à destinação de proteção da legítima defesa, é dado ao julgador fazê-lo.

Na Suécia a agressão repelida pelo defensor deve ser penalmente punível para que incorra em legítima defesa. Mas, igualmente, Chile e Portugal, defendem pessoas e bens. A Áustria defende pessoas e bens, inclusive por ameaça grave; todavia exige grave prejuízo na ameaça ou agressão e que o repelente seja proporcional. O *codex* Alemão possui uma norma muito permissiva, exigindo apenas proporcionalidade entre bem defendido e bem agredido.

Os norte-americanos possuem um sistema jurídico de leis estaduais, diversificadas, e amplamente manuseadas pelos juízes e júris. Apenas aduzem a razoabilidade da força empregada na prevenção de crimes, facultando à proteção de pessoas e bens.

Nesta seara, a defesa da honra admite o revide físico contra ofensas verbais – até o limite de fazer-se calar o agressor – posto que ninguém é obrigado a suportar passivamente o ataque à sua integridade.

Lado outro, quando se fala em defesa da honra, vem sempre à baila a morte da adúltera ou seu amante pelo marido enganado, evoluiu-se, nessa questão, de rotineira alegação de legítima nos tribunais pelo marido traído, para sua inadmissibilidade atual.

Magalhães Noronha (1990), com muita propriedade, observa que a honra é um atributo pessoal, próprio e individual, arrematando o ilustre doutrinador:

Por que se dizes desonrado o marido que, ao se saber iludido, divorcia-se ou desquita-se? Se ele se porta com dignidade e correção no convívio social, por que será desonrado? E sobretudo por que se colocar sua honra na conduta abjeta de outra pessoa, e principalmente, numa parte não adequada de seu corpo? (MINAS GERAIS, 2006).

Não menos pertinentes são os comentários do professor mineiro Hermes Vilchez Guerrero (1997) e do carioca Marcello Jardim Linhares (1992), segundo os quais a atitude da mulher adúltera e seu amante são agressões injustas capazes de determinar a exclusão da ilicitude, pois que lesam também a honra do marido. Sabe-se que, ainda que pesem as inegáveis conquistas realizadas pelas mulheres no campo jurídico-social e, principalmente, antropológico, os povos ainda cultuam inúmeras práticas machistas; característica esta, bem definida nos povos do oriente médio e dentre os sul-americanos. Do que decorreria mera retórica, parcialmente desprovida de técnica, alegar que a honra ultrajada seria a do cônjuge infiel e que a conduta deste não fere a honra do outro cônjuge.

Podendo-se facilmente perceber que, mesmo tal questão sendo assim posta nos livros, fica longe da realidade, conhecida especialmente entre os povos latinos, para os quais o conceito popular é manchar-se a honra do cônjuge não culpado, restando-lhe ser chamado de “marido traído”, “corno” ou “chifrudo”, o que, por sua vez, deixa a insinuação de incompetência emocional e sexual no relacionamento com a pessoa infiel que necessitou recorrer à traição.

A jurisprudência nacional esbanja decisões negando a excludente nestes casos, muito embora, e apesar disso, constatar-se em inúmeros julgamentos pelo Tribunal do Júri, absolvição de maridos traídos, o que se coaduna com as várias disposições penais provindas do exterior que aceitam tais fatos como lícitos.

Resta trazer, para desmanche do conflito, que impugnada pela doutrina majoritária e pela jurisprudência a ocorrência de legítima defesa pelo marido, milita-se a favor do marido traído a causa de diminuição de pena do parágrafo único do artigo 121 ou até mesmo a inexigibilidade de conduta diversa como excludente de culpabilidade ou de censura, o que acabaria por excluir totalmente a pena.

Por fim, tem-se que o requisito *moderação* no uso dos meios necessários é, certamente, o inicial dentre os existentes na legítima defesa, e o de mais complexa avaliação, porque depende da natureza e intensidade do ataque, dos meios à disposição

do agredido, de sua possibilidade de escolher entre eles o mais proporcional e empregá-lo na medida certa.

Daí ser analisado por último, pois como elemento eminentemente subjetivo, é fruto da própria percepção de proporcionalidade entre o bem a defender e a gravidade da lesão causada. A Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, reconhecendo a dificuldade da questão, esclarece:

Também é dispensada a rigorosa propriedade dos meios empregados, ou sua proporcionalidade com a agressão. Uma reação *ex improviso* não permite uma escrupulosa escolha de meios, nem comporta cálculos dosimétricos: se exige é apenas a moderação do revide, o exercício da defesa no limite razoável da necessidade (BRASIL, 1940).

Quando vários meios estão à disposição do agredido, impõe-se-lhe, na medida em que o permitam as circunstâncias, a escolha do que cause menor dano ao agressor. Adiante, uma vez tomado o meio, deve-se ainda utilizá-lo tanto quanto baste para repelir a agressão ou fazê-la cessar.

O ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Francisco Toledo de Assis (1984), analisa a questão da moderação da ação defensiva face à ação agressiva, tendo em vista o valor do bem a proteger. De forma sucinta, diz que no moderno direito penal, só se admite a defesa de bens insignificantes, quando os atos necessários e suficientes para tanto não causarem lesão ao agressor de forma expressivamente desproporcional ao valor dos bens e interesses ameaçados. É o princípio da proporcionalidade, que, por assim dizer, constitui um princípio de hermenêutica, limitador da aplicação da legítima defesa, ou ainda, um princípio regulador da reação defensiva, para evitar resultados absurdos, diante de certas situações.

A esse respeito, Lon L. Fuller (1990), por seu turno, foi preciso quando disse que a verdade é que o excesso em favor da legítima defesa não é conciliável com as palavras e requisitos objetivos da lei, mas somente com o seu propósito. Torna-se muito difícil adequar tais dados objetivos com a ação lícita do agredido, pois tais normas permissivas do código penal são exceções ao seu caráter incriminador, já, e por isso, evitadas de alguma limitação técnica, e de grande limitação ontológica e deontológica.

A questão do excesso, segundo Fuller (1990), deve ser considerada no sentido de se ampliar a legítima defesa. Todos os seus requisitos devem ser considerados cumulativamente e também esparsamente, pois, ainda que pese a recomendação de se realizar conúbio de requisitos, a inexistência de um não deve ter o condão de macular por

inteiro a defesa. Há que se considerar a existência unitária de cada requisito no sentido de tentar proteger o agredido que não deu causa à situação.

Não se trata, lado outro, de regresso humano num processo de barbarificação ou de enfraquecimento da função jurisdicional do estado ampliando a justiça privada ou ainda de contrariar a norma permissiva, uma vez que esta exige a cumulação de requisitos, mas ao contrário, trata-se de dar vida a um instituto não oriundo do positivismo legislativo, o qual não traduz fielmente o seu significado. Frise-se que, a ampliação da análise pormenorizada dos requisitos da legítima defesa deve visar a valorização da própria natureza humana – direito natural, pois desta inviolabilidade decorre uma enorme gama de direitos.

Com efeito, o problema do excesso reside tanto na escolha dos meios de defesa quanto na execução e uso de tais meios. O primeiro (escolha dos meios), pune-se na modalidade culposa, sem maiores dificuldades. Inversamente, a celeuma persiste, precipuamente, no modo como é executada a defesa, ou ainda, no modo de emprego de meios escolhidos ou dispostos ao defensor e sua equivalência com o bem que se deseja proteger; é aqui que o homem geralmente excede o seu direito – modalidade culposa.

A partir deste ponto, então, pode-se entender melhor a *moderação* como requisito da legítima defesa, pois é justamente na imoderação do uso dos meios e no valor do bem protegido que reside a questão maior objeto do presente trabalho – excesso doloso.

Aludindo ao genial físico Isaac Newton, lembre-se à lógica de sua constatação que, consubstanciada na 2ª lei da Física, assim dispõe: para toda ação existe uma reação de igual intensidade e de sentido contrário.

A reação de igual intensidade é a moderação natural e necessária para responder à ação, tal qual deve ser na legítima defesa contra agressão injusta. Newton experimentou tal regra em dados matemáticos, que fundamentam, todavia, e com certa destreza, o equilíbrio desejado nas condutas sociais. Evidentemente que as regras das leis universais trata também das exceções, principalmente quando são inevitáveis, conforme a essência do objeto estudado.

Tal é o pensamento jurídico-penal de que não é contra o Direito garantir ao homem o uso de seu autônomo e instantâneo desejo de proteção dos seus direitos juridicamente tutelados, uma vez que o poder judicante não é onipotente, tampouco onipresente nas situações que lesem ou ameacem tais direitos. Antes, a legítima defesa é a confirmação do próprio direito, da lei e da ordem. Posta esta que frente a uma agressão

nasce um direito repelente de igual intensidade (necessidade e moderação) e em sentido contrário. Newton não tratou do excesso da reação humana, pois sua fórmula experimenta dados físicos e matemáticos e não humanos ou sociais.

Mas o que é o homem senão uma composição de átomos e elementos químicos vigentes em sua existência? Qual sua matéria senão milhares de reações físico-químicas de empirismo facilmente verificáveis?

Contra argumenta-se que o homem é muito mais do que isso em virtude da abstração de sua atividade cognoscente, por pensar em coisas inexistentes aos sentidos fisiológicos e até inúteis a sua sobrevivência.

Sobre a dicotomia corpo físico e corpo espiritual (intelectual) surgem inúmeras doutrinas. Para Platão o homem possui funções animais e espiritual (intelectivas), porém estas se encontram na vida que continua em outro mundo, na imortalidade da alma, como se fossem duas funções conectadas entre a vida mundana e uma vida além do túmulo.

Lado outro, Aristóteles prefere aceitar que dentre as funções do corpo está a intelectual, tal sendo, todavia, a inteligência movida pela própria fisiologia do sistema nervoso central e se distingue das demais funções fisiológicas animais. E que, só o homem teria esta função espiritual junto às demais funções do corpo.

No mesmo sentido, observa-se que a inteligência e suas multifacetadas estão dependentemente atreladas aos aspectos animal e corporal do homem – átomos e elementos químicos. Basta observar como meio litro de álcool transforma uma mulher sensível em uma selvagem e como um gênio tem sua capacidade intelectual aleijada por um acidente vascular cerebral.

Tal questão é posta pela Filosofia na fronteira entre o cognoscível e a impenetrável escuridão, onde não brilha nenhuma luz para o pleno conhecimento da questão pela razão humana; o resto é religião e não interessa à ciência, todavia, e imprescindivelmente, ao estudo ôntico do homem.

O importante é que, de uma forma ou de outra, tanto nos entes reais (física, química, biologia, etc.) quanto nos entes ideais (valor, direito, economia, religião, etc.) deve haver uma proporção média para o equilíbrio em suas inter e intra-relações, que viabilize uma coexistência pacífica e menos dolorosa possível; se a reação dos corpos deve ser média (de igual intensidade ou moderada) para a universalidade das relações humanas; é o que se exige no âmago do mínimo ético da maioria dos homens razoáveis.

No mesmo sentido, mas por outro viés, a Bíblia Sagrada evangélica para que se

estabeleça a paz, entenda-se equilíbrio, nas relações humanas. Outrossim, deve-se, diante de uma agressão e de uma ofensa, dar a outra face, amar o inimigo ou no mínimo revelar o evento. Paradoxalmente seria um equilíbrio no qual não deve haver reação, mas tão somente a ação agressiva e injusta e o perdão.

Contudo, o mesmo conjunto de livros religiosos traz cenas explícitas de auto defesa com as leis de talião (por estas leis o castigo deve ser exatamente igual à ofensa sofrida) e implícitos episódios de excesso do defendente; mas nem por isso há incoerência na doutrina católica.

No Antigo Testamento, em Êxodo, Cap. 22, v.2, tem-se que “se um ladrão for encontrado forçando a porta ou escavando a parede da casa, e sendo ferido morrer, aquele que o feriu não será o culpado da morte”.

No Livro de Samuel I, Cap. 17, v.48,49 e 50, o pequeno Davi ao ser avançado pelo gigante Golias, após bater com uma pedra em sua cabeça e derrubá-lo no chão, abarcado pelo temor de um novo ataque que não lhe daria novas chances, persistiu após seu contra ataque com a pedra, e o matou. O texto bíblico não fala de possíveis sanções sofridas pelo futuro rei Davi por ter matado o gigante que o atacara inicialmente.

O próprio filho de Deus, Jesus Cristo, ao defender os interesses de seu pai e de seus irmãos, valeu-se vigorosamente de chicote para expulsar comerciantes que profanaram um templo sagrado, legando à posteridade o dever de dar a Deus o que é de Deus e aos homens o que é dos homens.

Sabe-se que o direito, como fato social, fecunda-se pelo conhecimento que os homens têm das coisas e de si mesmo, seja pelos ensinamentos científicos, filosóficos ou religiosos.

Desta forma é indelével afirmar que dentre vários fatores, é também a religião fonte de conhecimento e cultura e, portanto, de direito. A esse respeito à melhor doutrina penal coube a conciliação entre o cristianismo e o exercício da legítima defesa, com o auxílio da própria Igreja Católica; está deixando de assinalar legítima defesa como um atolesivo da caridade, proibindo-lhe apenas uma medida muito larga.

Neste sentido, tal celeuma dissolveu-se, doutrinariamente, pela interpretação da Bíblia Sagrada apenas como um *conselho apaziguador*, não um imperativo divino ortodoxo; tomá-la ao pé da letra desumanizada o homem (sistema nervoso periféricos e sua sinapses) e eterniza o dilema vivido pelo homem alcançar o absoluto (Deus), quando na verdade o homem não é um Deus absoluto e perfeito, tendo apenas sido criado à sua

imagem e semelhança - não idêntico. Apenas ser absoluto, diferente de todas as coisas que os homens científicos, filosóficos e religiosos podem conhecer, pode ser completamente bom.

Por fim, o que se deve, então, é mirar a melhor bondade possível, o equilíbrio. A moderação surge como virtude em face de uma agressão, coadunando-se com o que Deus espera no “dar a outra face” e “amar os inimigos”.

Da interpretação deste dogma surgiram inúmeros códigos e entendimentos jurisprudenciais na cronologia histórica dos países, na busca de melhores proposições do tratamento de legítima defesa e de seu excesso.

A base filosófica moderna e de qualquer outro pensamento filosófico, sempre se erige nas construções gregas, cujo maior arquiteto foi Aristóteles. O gênio iniciava suas argumentações para explicação e compreensão do mundo partindo do que chamou de categorias.

As categorias, segundo Aristóteles são os seres do mundo e se dividem em *coisas* (montanhas, homens, pedras, etc.), *qualidades* (quadradas, moles, frias, inteligentes, tolos, bonitos, etc.) e *relações* (pedras e homem, pai e filho, cidadão e sociedade, etc.); todas as categorias podem ser tanto reais como ideias, tanto animais como espirituais. Desta classificação e de como se dispõem no mundo umas com as outras é que surgem grandes problemas como a aceitação e conceituação de Deus, soluções sociológicas, fundamentos jurídicos, etc.

Pode-se verificar com certa facilidade que, a realidade de certas medidas políticas, jurídicas e econômicas são determinadas pelas suas utilidades na manutenção da sociedade, portanto pelo seu fim; ficando geralmente ao alvedrio da política. Ocorre que a definição deste fim é objetivo da ontologia, e do pensamento filosófico – essência, existência e posição categórica da sociedade.

Desta apuração surgem diversas correntes filosóficas que fundamentam outras diversas correntes políticas, sociológicas, econômicas, religiosas, jurídicas, etc conforme concebem a essência e a existência das categorias (homens, sociedade, deus, regras, etc.) de uma ou de outra forma.

A exógena da legítima defesa se dá, portanto, tanto no espaço quanto no tempo e de acordo com a superestrutura filosófica mais influente no momento; duelando-se, na concepção do instituto, sociedade e homem individual.

A sociedade, para os individualistas, é pura ficção (qualidade), pois só existem

homens individuais (coisas reais) e o ajuntamento deles é a sociedade (apenas uma palavra).

O Estado é uma palavra que designa que existem homens individuais no poder político. Para não negar a força social eles alegam tratar-se apenas de mútua influência de vontades e ideias de uns homens sobre os outros. Assim, reais são as coisas (homens) e não o conjunto/agrupamento deles com a mútua influência – irreal. Assim, esta doutrina reputa como categoricamente real apenas as coisas, sendo irreais as relações. Nesta via, uma ficção (sociedade irreal) não pode ter direitos, quando se terá uma sociedade extremamente individualista – maior proteção à propriedade privada e ao direito privado, como resultado da ontologia na política. É o individualismo ético-social.

Duas correntes combatem o individualismo com a construção de uma sociedade real. Para a primeira corrente, assim como para o individualismo, somente as coisas são reais, mas optam pela sociedade, e pelo todo como sendo tais coisas – o homem são partes desta coisa. Para a segunda, só são reais as relações, surgindo estas as coisas. Tal é a doutrina de Hegel (2018), para o qual, só existem coisas em virtude das relações, que são a essência das coisas e seus pressupostos de existência. Assim, se terá uma sociedade (relação) mais real do que o homem, de tal forma que se fortalece o totalitarismo que subordina o homem à existência da sociedade. Teremos o coletivismo ético-social.

A antinomia filosófica moderna tem como sua maior dificuldade, fundamentar o que é real, se o homem ou a sociedade. E quem é o fim ou o meio, e quem deve ser sacrificado em favor de outro.

Do que se extrai que o que está oculto nas disputas políticas, teórico jurídicos e nos troar dos canhões é determinado ou pela concepção de Aristóteles ou na de Hegel; enfim, é patente o papel (bom e mal) das grandes filosofias no decurso da humanidade e na degustação dos institutos jurídicos.

Evidentemente, o mesmo dilema sofrido nas doutrinas que teorizam a sociedade e os homens foi suportado pela legítima defesa, tocantemente à sua fundamentação, conceituação e aplicação.

Conclui-se que a legítima defesa, mesmo assumindo formatos diversos no direito comparado e ainda tendo como ponto de partida para sua aceitação a análise a injustiça da agressão é, todavia, na *moderação* da conduta do defendente que aplaina o requisito capaz de manter ou anular a licitude de sua conduta. Como volvidos linhas atrás, a moderação é o elemento exigido pelo religioso, pelo filósofo e pelo jurista.

Traz-se exemplos à guisa de ilustração: a caminho de sua casa, Salvador vê dois estranhos atracados em luta corporal, um deles levando nítida vantagem sobre o outro, mais fraco. De compleição franzina, Salvador apanha um pedaço de madeira, e com ele desfere golpes sobre o lutador em vantagem – em verdade o agressor – que larga o outro e se retira com leves esfoliações, resultantes da ação de Salvador. Vendo um ladrão roubando sua moto na garagem, Margoso o faz correr após dar-lhe uma panelada no rosto, o que resulta em alguns dentes quebrados. Salvador e Margoso atuaram em legítima defesa, o primeiro na da integridade física de outrem e o segundo de seu bem, sem excessos, quer na escolha do meio, quer no seu emprego.

Mas e se ocorrer excesso de conduta na legítima defesa? E não se observando o requisito da moderação? Qual é o critério para aferir a necessidade do meio escolhido? O que são os chamados elementos astênicos e qual o papel destes na doutrina do excesso? Qual é a postura do código penal brasileiro frente ao problema?

Aníbal Bruno (1978) e Nelson Hungria (1958) perfilam que o excesso de defesa ocorre, em realidade, em duas hipóteses: agredido excede na escolha dos meios, pois poderia ter escolhido outro menos gravoso ou o agredido utiliza o meio escolhido ou o que teve à sua disposição forma imoderada.

Nada é demais consignar que, inobstante ocorra o excesso quanto a escolha dos meios necessários para sua defesa, é especificamente quanto ao emprego destes meios que residirá o maior problema do excesso. Daí a lição de Galdino Siqueira, Jair Leonardo e da própria exposição de Motivos da Parte Geral do Código de 1940 ao afastarem a ideia de perfeita combinação dos requisitos da legítima defesa e pugnaram pela análise relativa dos mesmos.

É o que se tem, também, na decisão proferida no recurso extraordinário nº 1445, do Rio de Janeiro, tendo como Relator, o Ministro Cordeiro Guerra (2002), ao fixar que prevalece, no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que, negada pelo Conselho a necessidade dos meios, devem, ainda assim, ser questionados a moderação *strictu sensu* e o elemento subjetivo determinante do excesso sob pena de nulidade do julgamento.

O esclarecimento da dicotomia “moderação e excesso” virá nos capítulos seguintes.

2.3 EXCESSO DOLOSO E EXCESSO ESCUSÁVEL

O código penal brasileiro dispõe que o agente, em qualquer causa excludente de ilicitude, responderá, pelo excesso doloso ou culposo. Textualmente, só e somente só. “Excesso punível - Art. 23. Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo” (BRASIL, 1940).

Com efeito o Código Penal Brasileiro, atualmente vigente e após sua reforma em 1984, é textualmente incompleto quanto ao excesso nas causas de justificação (exculpantes, dirimentes ou justificantes, conforme volvido retro, expressões sinônimas) e não conseguiu, portanto, enfrentar frontalmente o problema polêmico. Contudo, é para o momento entender como pode ocorrer o excesso, onde o sujeito ultrapassando, por alguma das formas possíveis, o que necessário para sua defesa, atua em conduta excedente ao permitido pelos estritos limites das excludentes de ilicitudes.

Muito bem. Se a legítima defesa afasta a ilicitude, o excesso, extrapolando a situação defensiva, diga-se a necessidade (culposo) ou a moderação (doloso) além de ilícito será punível.

Em princípio, sempre que faltar proporcionalidade entre o perigo imposto pelo ataque e a necessidade de utilização de meio escolhido bem como seu emprego para repelir a agressão, haverá excesso, doloso ou culposo. Do que se pode dizer que o excesso tem como elementos, a preexistência de uma causa de justificação (pois não tem vida própria), a modalidade dolosa ou culposa (princípio da reserva legal e da culpabilidade).

Nada é demais trazer, paralelamente, que a figura do excesso não é conhecida unicamente no Direito Penal, outrossim, outros ramos do direito também prevê.

No Direito Administrativo ocorre o excesso quando uma autoridade administrativa, mesmo sendo competente, extrapola os limites do que lhe é atribuído (dever-poder), eivando tal arbitrário de ilicitude e nulidade no seu todo, podendo o abusado, inclusive, ser responsabilizado criminalmente à luz da Lei 4898/65 ou pelo próprio Código Penal.

Igualmente, no Direito Comercial, o comerciante com mandato ao exceder os limites responde por perdas e danos ao mandatário.

No Direito Eleitoral pode-se apontar o abuso do poder político e econômico como censuráveis, inclusive com a possível perda do mandato eletivo do agente.

No campo Constitucional, durante o estado de defesa e o estado de sítio, período no qual há uma série de restrições a alguns direitos (art. 139, CF), responderão pelos excessos, portanto pelos atos ilícitos, os executores ou agentes que exerçam medidas de repressão além dos limites estabelecidos na Constituição Federal.

Voltando à seara penal, tem-se como árdua a discussão entre os grandes criminalistas sobre o caráter do excesso em legítima defesa, se doloso ou culposos.

Para alguns doutrinadores, dentre eles os nacionais Lemos Sobrinho (1931) e Jorge Severino e os italianos Lá Médica e Pessina, o indivíduo que por errônea apreciação do perigo entende que a sua reação deve ir além e inflige ao adversário um mal maior, pratica uma ação cujas consequências prevê e quer, sendo o excesso exclusivamente uma conduta dolosa.

Para outros, como o nacional Magalhães Noronha (1990), o argentino Euzébio Gomes (1939) e o italiano Carrara (1976), os excessos serão dolosos, mas quando se discute sobre o excesso originado em legítima defesa, tal será culposos, sustentando que, nestes casos, o fundamento psicológico do excesso delitivo é o erro, que é fruto da culpa; já que o motivo de agir não firma o dolo, nem o desejo de fazer mal, mas tem sua raiz, uma justa resposta contra um injusto agressor; enfim, o defendente não é o causador inicial do conflito.

A doutrina do excesso doloso sustenta que suas alegações prosperam, e que tanto o excesso quanto a própria legítima, são atos de intenção, cujo subjetivismo determina sua natureza dolosa. Para eles, o excesso é decorrente de um comportamento voluntário, onde o agente age livre e intencionalmente, e, ainda que preferisse não se encontrar nessa situação, ao fazê-lo tem sua vontade o conteúdo finalístico voltado para o resultado obtido.

Observa-se que, ao cabo e na prática, a doutrina mundial preferiu aceitar as duas modalidades de excesso, culposos e dolosos, tanto para equacionar o manuseio jurídico do problema como para possibilitar formas de se aferir e graduar a culpabilidade do excesso –com tratativas não de mera técnica penal, mas de política criminal, portanto.

Da parte do legislador brasileiro, foi igual o desdobramento do excesso, consubstanciando-o no art. 23, parágrafo único do Código Penal Brasileiro, para o qual o instituto realiza-se sob uma ou outra modalidade (ambas ilícitas, antijurídicas, etc.), cabendo apenas em sede de culpabilidade, tratando-se de excesso por erro de tipo (erro

de proibição direto do artigo 20, § 1º; excesso culposo) ou de excesso por erro de proibição (erro de proibição indireto do art. 21; excesso doloso), respectivamente.

Tal sustentação termina por concluir para que, tanto a conduta do excesso culposo quando a do doloso, possam se subsumir em erro de proibição direto (erro de tipo) ou em erro de proibição indireto (erro de proibição) para efeito de verificação da culpabilidade, apenas – pois ambos isentam a pena, sendo invencível, inevitável, escusável.

No *erro de proibição direto* (artigo 20, §1º) - quando excede por supor existir elemento objetivo (situação fática concreta) do tipo penal permissivo que, se realmente existisse, legitimaria a conduta excessiva, sendo inevitável isenta-se de pena, mantendo-se a culpa, se evitável; *erro de proibição indireto* – quando excede por erro sobre a ilicitude da culpa excessiva, sendo inevitável isenta-se de pena, diminuindo-a, se evitável.

De onde surgem as críticas de comentadores e doutrinadores de que, atualmente, a técnica do Código Penal Brasileiro apenas permite se discutir o excesso em sede de culpabilidade e pela própria interpretação hermenêutica dos advogados e juízes. Não havendo tratativa direta e específica para a questão, o réu perde oportunidade de defesa ante a omissão legislativa, o que contraria o conceito de ampla defesa e da função minimalista do direito penal – *ultima ratio*.

Tocantemente à conceituação do excesso doloso, o mesmo se configura, basicamente, com a imoderação do agente no uso dos meios escolhidos. O defendente usa em demasia o meio que teve disponível ou que escolheu para sua defesa, e o faz sabidamente. Ele parte da defensiva à ofensiva mesmo que tenha prostrado o agressor. É, na verdade, uma inversão de papéis onde, o agressor torna-se excessivamente agredido, e o defendente torna-se excessivamente agressor. O dolo meandra o uso do meio e a culpa a escolha do mesmo.

É válido trazer exemplos à colação: reagindo à agressão de Minguti, que, sem motivo justificado, o atacará com um tapa na cara, Zé Raus, que se equivalia fisicamente ao atacante, saca de um punhal e lhe desfere reiterados golpes, matando-o. No caso de Zé Raus, há evidente excesso na repulsa, não pelo meio escolhido, pois além de não haver superioridade física do agredido (ora atacante) e porque o uso do punhal uma única vez poderia ter sido mesmo necessário para evitar um novo ataque do agressor, mas excesso, pela imoderação representada pela reiteração dos golpes (eliminando desnecessariamente a vida do agressor), respondendo, portanto, por homicídio doloso.

Outros exemplos: atacado aos socos e pontapés, Bira Pescoção reage fisicamente, derrubando o agressor que, na queda, fratura o braço (lesão corporal leve). Irado, desfere no adversário caído mais alguns pontapés, dos quais resultam lesões leves. Bira Pescoção excedeu a partir do momento em que se encontrava prostrado seu agressor, de tal sorte que os socos e pontapés posteriores serão punidos, a título doloso, como lesão corporal leve.

A reação excessiva se enrobustecer finalisticamente, quando o defendente, ora agressor, tem o resultado obtido seu resultado desejado e responderá, quanto aos atos exógenos à sua legítima defesa, na forma dolosa se prevista em lei.

Efetivamente é o que o Código Penal prevê em termos de punibilidade quanto ao excesso doloso nas causas justificantes.

Como a técnica se justifica pela ética, ficou famosa a explicação do espanhol Luis Jimenez de Asúa (1970), referendado pelos brasileiros Heleno Cláudio Fragoso (2004) e Marcello Jardim Linhares (1992), de que, em legítima defesa, existem na conduta excessiva do agente, *elementos estênicos* e *elementos astênicos*. Tais elementos seriam o combustível de certas reações humanas em toda e qualquer situação de crise emocional, mormente diante de uma agressão injusta. Portanto, também manifestados tanto nas condutas excessivas quanto nas defesas inicialmente legítimas. Cabe, conseqüentemente, deixar claro qual o *animus* que motivou o *plus*, para se poder proceder à verificação da possibilidade e gradação de sua punição.

Os elementos estênicos são *o ódio, a excitação ou emoção, os ciúmes e a inveja*, os quais, sendo os movedores do excesso, são puníveis por serem resultado do estado emotivo “paixão”, o qual pode e deve ser controlado pelo indivíduo; consoante art. 28 do CTB.

Já os astênicos, tais a perturbação de ânimo, o medo, o susto e a surpresa, devem elidir a culpabilidade do agente em virtude da não censuralidade destes estados emocionais, eis que características próprias do homem, não podendo ser negados, sob o risco de se negar a própria existência humana.

Por conseguinte, da existência autônoma destes elementos surge o chamado excesso escusável.

O excesso escusável é aquele onde, uma vez configurado o dolo ou a culpa do defendente quanto aos atos subsequentes à legítima defesa, deve-se ainda proceder à averiguação de qual o conteúdo deste dolo; o que efetivamente determinou este desejo

avançado de agredir. Podendo, e devendo, conforme sua determinação, ser desculpado e não punido – excesso escusável.

Do que se extrai que o excesso escusável decorrente dos elementos astênicos (perturbação de ânimo, medo, susto e surpresa) deveria existir no Código Penal Brasileiro como causa legal de inexigibilidade de conduta diversa, taxativa excludente de culpabilidade, portanto – ao lado da coação moral irresistível, obediência a ordem hierárquica não válido lembrar da existência das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa – princípios informadores do direito.

Um exemplo: Juca da Silva, homem do campo, amedrontado pelos boatos da violência urbana, é assaltado pelas costas por um bandido desarmado, no centro da cidade, que lhe exige, ameaçando-lhe estar armado e aos gritos, dinheiro e alguns objetos pessoais. Juca da Silva, após enorme susto e temor, valendo-se de sua peixeira, golpeia o assaltante que cai no chão gravemente ferido. Perturbado profundamente pelo susto, e por desconhecer a realidade dos grandes centros, Juca da Silva, vendo seu agressor prostrado, e temendo que ele se cause, Juca da Silva excede em sua defesa, no modelo escusável, porém. Não é de sua índole o excesso, mas não era exigido que mantivesse serenidade diante de uma realidade urbana violenta que não faz parte de sua rotina. Por isso não será responsável por homicídio, nem doloso nem culposo, cuja conduta excessiva, embora típica, não será materialmente antijurídica, eis que determinada por elementos astênicos – susto e temor.

Neste sentido relaciona-se o vocábulo perturbação com a ideia de confusão, desordem, alteração da ordem normal das coisas; do que decorre que perturbação do ânimo é aquele estado de confusão mental, em virtude do que se alteram a percepção e o discernimento do indivíduo. Todavia, para que fundamente a defesa do excesso, tal perturbação deve se basear em elementos psicológicos e éticos, de tal forma que se motivado por sentimento imoral não surtirá efeito defensivo. Por derradeira, tanto o medo, quanto o susto e a surpresa são estados emocionais que geram a perturbação de ânimo ou de espírito.

O medo, exigido para o excesso escusável, deve ser aquele invencível, ou seja, que fundamenta a escolha inevitável entre dois males: aquiescer com uma nova possibilidade de ataque do agressor ou frustrá-lo definitivamente. Não basta uma mera redução de liberdade de vontade, senão situação objetiva e subjetiva que, pela concretude do evento, não tenha permitido outro entendimento pelo defendente.

No mesmo sentido, o susto e a surpresa devem, no mínimo, tolher a habilidade e a agilidade do defendente, trazendo-lhe, de certa forma, algum medo e perturbação capazes de movimentar sua conduta excessiva.

As doutrinas argentina e portuguesa, nos auspícios de Godoy Fonseca (1999) e Cavaleiro de Ferreira (2010), respectivamente, assinalam que quando pela perturbação ocasionada pela agressão injusta, não se tenha podido ter discernimento necessário a distinguir uma reação excessiva de uma reação necessária, não há dolo por faltar consciência do excesso, jamais havendo também culpa, em nenhum caso, por não ter, o defendente, ensejado o evento.

Como modalidade de excesso em legítima defesa, o excesso escusável é um instituto com ocorrência comum e frequente no direito penal comparado, especialmente no europeu, o que vicejou no professor Nelson Hungria (1958), consoante a doutrina internacional, a sustentação da colocação dos elementos astênicos na revisão do Código Penal Brasileiro em 1969. Teria sido em boa hora tal reforma, que abortada, desvinculou-se em boa parte à orientação dos códigos de vanguarda.

Efetivamente e mais consequências com a realidade é a doutrina que considera que o exame das condições pessoais do agente e das circunstâncias especiais do caso concreto, devem ser os dados mensurativos principais e primordiais para a fixação do excesso.

Era o que pretendia o § 1º, art. 30 da revisão citada, ao escusar de punibilidade o excesso resultante de medo, susto ou perturbação de ânimo, em face da situação ocorrida.

Lado outro, inobstante ao aborto do legislador nacional e com fundamento nas lições de Rui Barbosa sobre a importância do direito comparado, captam-se no direito estrangeiro, judiciosas tratativas para o excesso de defesa, as quais se adequam a estes estados emocionais do homem – elementos astênicos.

O código penal alemão, em seu § 33, assim dispõe: “se, por perturbação de ânimo, apreensão ou terror, o autor ultrapassa os limites da legítima defesa, ele não é punido”. O código penal francês possui previsão similar.

O código penal Português, com maestria judicial, enfrenta sabiamente o problema. Em seu artigo 33 a lei penal lusa diz: “se houver excesso nos meios empregados em legítima defesa, o facto é ilícito, mas a pena pode ser especialmente atenuada”, e mais, “se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto não censuráveis, o agente não será punido”. Trata-se, pois, do excesso escusável.

O código penal Holandês adota critérios mais extensos, pois se refere a uma emoção violenta causada pelo ataque que, pelo art. 41, §2º, isenta de pena o atacado.

Na Noruega, a emoção e a perturbação provocadas pela agressão injusta, previstas no art. 48, parágrafo último e, na Suíça, a excitação ou perturbação, carreados no art. 33, da última parte do §2º, são determinantes da inimputabilidade do excesso na legítima defesa. No mesmo sentido seguem o código grego, búlgaro, venezuelano e paraguaio.

Infere-se, portanto, que o excesso doloso, após análise objetiva do exato momento em que se inicia, deverá sofrer uma análise subjetiva, qual seja, o conteúdo da vontade defensiva e os elementos motivadores do excesso. Quase todos os códigos penais isentam expressamente de pena o excesso de defesa quando o agredido comete impellido pela perturbação, medo, susto ou surpresa.

Assim, sendo o excesso de legítima defesa, indubitavelmente, um fato ilícito, a atenuação ou a isenção da pena, como fazem os códigos congêneres europeus, reconduz-se não a uma diminuição da gravidade objetiva do fato, mas a uma menor censurabilidade subjetiva do agente que, levando a cabo a defesa em excesso por fatores alheios à sua real vontade, pois embaraçado por elementos astênicos, preenche ilicitamente um tipo legal de crime.

Em relação ao caráter incriminador do excesso, se este apresenta o condão de punir, não parece cabível, à luz do direito positivo pátrio, seu tratamento exclusivamente doloso ou culposo. No caso da ocorrência de excesso escusável, que se dá nos casos em que o agente excede com o conteúdo de sua vontade viciado por elementos astênicos (medo, pavor, surpresa, etc.), o mesmo deve ser tratado expressamente pelo ordenamento jurídico penal, como causa de exclusão da culpabilidade, pois nas circunstâncias que o realizado ou, no mínimo, ser facultado ao Juiz uma causa especial de diminuição de pena, assim como ocorre com as formas tentadas.

É o que preceitua, também, a boa doutrina penal brasileira, nos nomes de Nelson Hungria (1958), Magalhães Noronha (1990) e mais recentemente por Luiz Régis Prado (2002) e Heleno Fragoso (2004).

Note-se que se um sujeito que comete um homicídio após ser injustamente provocado terá a seu favor a atenuante ou a causa especial de diminuição de pena, simetricamente, o sujeito que excede por já estar sofrendo ou em vias de sofrer uma agressão injusta, e não meramente uma provocação, merece exclusão ou mitigação de sua pena.

O tratamento previsto pelos Códigos Penais retro mencionados expõe o que se pratica em boa parte da Europa de homens frios, sensatos e comedidos, dos quais, ainda assim, exige-se brandamente tal serenidade e avaliação quando acometidos por estados astênicos. É ainda, o que o Estado concede a homens que mesmo, via de regra, confiantes na justiça pública atuante e entregando-lhe a solução dos seus problemas, não devem relutar contra tais sentimentos astênicos, como, provavelmente, fariam andróides programados. Enfim, tais códigos conhecem, aceitam e permitem a ocorrência dos elementos astênicos (perturbação de ânimo, medo, susto e surpresa).

Quanto ao ordenamento penal pátrio, pode-se razoavelmente argumentar que isso já é praticado quando fazem uso, como causas supralegais de exclusão de culpabilidade da conduta excessiva, os erros de tipo e de proibição, todavia, é na verdade, não estando tal de não censurabilidade nos casos concretos de excesso escusável – elementos astênicos. Tudo em sede de não culpabilidade da conduta, porém ante causas supralegais e não taxativamente, como volvidos linhas atrás.

A esse respeito, convém trazer as palavras do Professor e ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Francisco Toledo de Assis (1984), que, com a autoridade de quem coordenou a Comissão que elaborou o anteprojeto de nova parte geral reformada em 1984, afirmou:

Nosso código prevê a legítima defesa justificante (art. 25), a putativa exculpante (art. 20, §1º) e os excessos puníveis a título de dolo e culpa *stricto sensu* (art.23, parágrafo único). Silencia-se, contudo, o legislador pátrio, diferentemente dos demais, a respeito do excesso exculpante, o que, a nosso ver, não prejudica nem impede a sua admissibilidade e adequado tratamento, por aplicação do já mencionado princípio *nullum crimen, nulla poena sine culpa* (ASSIS, 1984, p. 37).

Contudo para a doutrina penal moderna, teria sido melhor que o legislador houvesse previsto expressamente tal causa de exclusão de culpabilidade, o que, aliás, não constituiria novidade alguma no direito nacional, pois, assim o fizera o Código Penal de 1969, bem como outros textos e projetos abordados posteriormente.

Ocorre que, e é bem verdade, no Brasil não se deixa também de reconhecer a possibilidade de acatamento do excesso escusável, sobremaneira pelas vias do erro e da putativa exculpante. Apesar disso, muitos magistrados ainda oferecem resistência na aplicação desse direito sob o argumento de que tal instituto, não estando previsto no Código Penal, não existe, como se só fosse direito o que está previsto em lei.

Nesse caso, sem dúvida, estar-se-ia diante de uma conduta contrária ao direito, mas que ao mesmo tempo não seria crime. Vergonhosa se faz tal ocorrência, pois, é clarividente a sabença de que se a lei tem lacunas, o direito não tem; ademais a jurisprudência deve ser uma obediência pensante.

Logo, deve-se dar pertinência às manifestações sociológicas que, tentando adequar as normas penais ao fato ou ao jeito de ser dos homens de bem, adequa, sobremaneira, a natureza de seu povo ao seu contexto jurídico. Sendo esta, predominantemente, a postura adotada no direito penal comparado.

A esse respeito o Dr. Hermes Vilchez Guerrero (1997), advogado, professor e autor de dissertação para mestrado apresentada e defendida na Faculdade de Direito da UFMG, se manifesta para esclarecer que:

Principalmente nas raças de origem ou sangue latino, as manifestações emocionais são espontâneas e fortes. Além do exagero do senso afetivo inato, o indivíduo plasma-se, desenvolve-se, completa-se, cultivando os melindres de sua emotividade, adquirindo a consciência de que caráter está em não retroceder diante das influências das ternuras amolecedoras que suprimem a autodisciplina moral (GUERREIRO, 1997, p. 32).

E arremata o percuciente professor dizendo que “o latino, pelo sangue, educação ou origem, converte-se em justiça privada, sem procurar corrigir, com o raciocínio, os excessos de sua emoção”.

Verificam-se, todavia, manifestações de pertinência antropológica do legislador brasileiro, pelo que consta nos artigos, 65, 121, parágrafo único e 129, §5º do vigente Código Penal, quando das atenuantes e diminuição de pena previstas para os casos em que o agente atue sob o estado emocional modificado. O que, provavelmente, foi concedido, em virtude da formação genética e cultural que compõe os habitantes das Américas.

Obviamente não se pode, por esta corrente, pugnar pela selvageria ou barbarificação das atitudes humanas, senão, promover o necessário ajuste legislativo para que, o direito penal, humanizando-se, refresque-se dos seus calorosos momentos de “politicagem criminal”.

Pergunta-se: qual grau de censura paira sobre os indivíduos que excedem por perturbação de ânimo durante a defesa? Qual o índice de reincidência existente entre os agentes que cometeram ilícitos por excesso?

Embora essas indagações não possam ser respondidas categoricamente por absoluta falta de dados, acredita-se que o número delas não seja alto.

Deixa consignado, o Professor Hermes Vilchez Guerrero (1997, p. 38), que crítica feita à omissão de preceitos legais sobre a matéria, deveria impor uma revisão legislativa para que houvesse previsão codificada, que poderiam estar assim redigidas ao final das excludentes de ilicitude: *"é isento de pena se o agente pratica o crime por excesso escusável"* - elementos astênicos. E ainda: *"a pena pode ser diminuída de um terço até a metade quando o excesso é motivado por ódio, excitação, ciúmes e inveja"* - elementos estênicos.

Cujo objetivo, conclusivamente, seria disciplinar integralmente a matéria, com preceitos expressos para nova causa de exclusão de culpabilidade que poderia se fundamentar, por exemplo, no sincretismo entre a inexigibilidade de conduta diversa, a impossibilidade de potencial conhecimento da ilicitude do fato e suas discriminantes putativas, desde que, obviamente, sedimentados nos elementos astênicos.

2.4 DO EXCESSO CULPOSO E DO EXCESSO POR CASO FORTUITO

Se a configuração do excesso doloso se dá basicamente com a imoderação do agente no uso dos meios escolhidos, no excesso culposo, por seu turno, o excesso está nos limites da necessidade dos meios empregados, sendo um excesso anterior. Neste sentido o casuístico e pretense código penal de 1969, redigia que haveria punição, a título de culpa, daquele que excedesse os limites da necessidade.

Prepondera a ideia de moderação na legítima defesa, e tal se exige tanto no uso dos meios utilizados na defesa quanto na escolha dos mesmos, em outras palavras, excede culposamente quem avalia mal ou incorretamente o valor do bem agredido e a reação necessária para defendê-lo, e de cuja avaliação se dá a escolha do meio de revide.

Pela pertinência do exemplo, segue: tendo sua honra violentamente agredida de forma verbal por indivíduo de menor porte físico, Carlão saca seu revólver e dispara um tiro, visando ponto máximo ao pé do ofensor, com fim de assustá-lo, para que se calasse. Em virtude da movimentação do outro, porém, acerta-lhe a virilha, causando rompimento da artéria femoral e conseqüente hemorragia que causa morte. Não ocorre o excesso no uso do meio, pois, usando a arma como pretendia, Carlão não teria sequer lesionado o agressor. Atirando, todavia, contra pessoa em movimento, era previsível que o atingisse,

como ocorreu, devendo Carlão responder por homicídio culposo, pois errou ao escolher usar a arma como meio de defesa.

Outro exemplo: terminado um debate político-eleitoral, um dos candidatos, Zé Papudo, descendo as escadas do palanque, é interceptado por simpatizantes do candidato rival, que, exaltado, dirige-lhe palavrões, improperios e acusações de fraude. Sem outra forma de fazê-lo calar-se, Zé Papudo o atinge com um único e certo chute no rosto que, após lhe cortar um supercílio, o faz rolar pelas escadas do palanque, acarretando-lhe paraplegia. Trata-se de límpida situação de legítima defesa contra ofensas verbais. Zé Papudo se valeu de meio adequado, o revide físico, no limite necessário para fazer cessar a agressão; contudo excedeu na escolha do mesmo por estar em cima do palanque, poderia talvez ter-lhe atirado um livro ou objetos apenas. O corte nos supercílios não é punido, contudo Zé Papudo responderá por lesão corporal grave medular do agressor, a título de culpa.

Resta então conceituado que o excesso culposo se dá quando o dano desproporcional ao razoavelmente admissível pela conduta justificada não foi buscado pelo agente, mas resultou de indesculpável falta de cuidado, atenção ou diligência. A punibilidade do excesso culposo fica, como é curial, na dependência da previsão legal do resultado a esse título.

O grande nome da doutrina do excesso culposo é Carrara. Para este doutrinador italiano, o que se defende deve buscar a utilização dos meios necessários e na medida suficiente para fazer cessar o ataque, e que, quem avalia mal e erra nesse aspecto, incidirá em culpa.

Sendo, portanto, um erro de avaliação de perigo, de sua gravidade e inevitabilidade, para Carrara, o excesso sempre consistirá em uma ação culposa que, se for escusável exclui a pena, mas se inescusável deve ser punida a título de culpa. Tal entendimento, amplamente acatado nas universidades italianas, se enrobustece com a alegação de que tal excesso é culposo por ser excesso em legítima defesa, não desejado pelo deficiente na causa, diferentemente do que ocorre com um excesso qualquer, fora da legítima defesa, o qual seria doloso.

Na argentina, os professores Asúa e Soler (1970), no mesmo sentido, fundamentam não ser justo exigir um claro discernimento do autor, no momento de temor ou surpresa, sobre os meios que utiliza em sua proteção, por ser justamente essa perturbação de ânimo que determina um erro de cálculo ou o abrandamento da capacidade

de se observar uma norma de cuidado. Segundo informam, deve-se, então, excluir do excesso o caráter doloso, fazendo-o imputável somente a título de culpa.

Pode-se referendar tal entendimento pelas palavras do professor paulista Magalhães Noronha, segundo o qual, a essência da culpa não está na ausência de vontade do evento, como pensam alguns, mas exatamente na negligência, ou seja, no vício da vontade determinante da opinião errada.

A esse respeito, assim como exposto no capítulo anterior – do excesso doloso e excusável, não é demais ressaltar a importância de se determinar se o excesso da conduta do agente é doloso ou culposo.

Como dito alhures, a questão da punibilidade de condutas típicas e ilícitas, portanto também do excesso, quando oriundas de erro do agente é tratada pelo código pátrio nos artigos 20 e 21 e em sede de culpabilidade. Sob os nomes de “*erro sobre elementos do tipo*” (erro de tipo ou Fático) e de “*Erro sobre a ilicitude do fato*” (erro de proibição ou jurídico) o crime atinge o corolário de Liszt-Beling (fato típico, ilícito e culpável) com a verificação da ocorrência da culpabilidade e de sua graduação. Os erros de tipo e de proibição, quando invencível (invencível ou excusável) - importante frisar, como tipos permissivos que são (assim como as excludentes de ilicitude) , atuam como exceções autorizadoras ou mitigadoras da conduta típica e ilícita, no conjunto das axiológicas (supralegais) e expressas (legais) causas de excludentes da culpabilidade, quais sejam: impossibilidade de potencial conhecimento da ilicitude do fato praticado, inexigibilidade de conduta diversa da praticada na situação concreta e erros inevitáveis (descriminantes putativas).

Restando trazer que, a perfeita subsunção dos erros de tipo e de proibição ao excesso na legítima defesa, apenas só opera com a verificação da forma como o mesmo se manifesta, se culposo e doloso, pois como se sabe, as penas para as formas dolosas são muito mais elevadas, e, portanto, sua sanção exige maior certeza por parte do julgador. O qual, não podendo, com clareza, distinguir se o agente excedeu com dolo ou culpa, deve optar pela aplicação de pena mais leve, coadunando-se com o aforismo latinado *in dubio pro reo*.

Não se pode olvidar da tese de excesso culposo na legítima defesa, em se tratando de crime tentado e não consumado pelo defendente. Não se trataria de conduta culposa tentada, mas de culpa imprópria, em que o réu age dolosamente para defender-se,

excedendo-se em relação aos limites da causa excludente de ilicitude, não se consumado o delito por circunstâncias alheias à sua vontade.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, face ao tema, pelo Des.(a) Herculano Rodrigues (2001), tem entendido que:

Conquanto seja, de fato, contraditória a ideia de um crime tentado culposo, por ausência de elemento finalístico na ação do agente, conforme admite a doutrina pátria majoritária, no caso de excesso culposo tentado, 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 (p. 76).

Complementou, tocantemente ao tema retrô, o ilustre Professor e saudoso Desembargador do TJMG, Dr. José Guido de Andrade (2000), nos seguintes dizeres:

A respeito da possibilidade de desclassificação do excesso culposo tentado para culposo, polêmica é a questão quando 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 (ANDRADE, 2000, p. 20-21).

Realmente, 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. Ademais, ainda que pese a forte doutrina de Carrara quanto à essência culposa da conduta excessiva, e sua estruturação dolosa e culposa no Código Penal Brasileiro, sua natureza é, precipuamente, dolosa, pois fruto de intenção, mesmo que por erro invencível ou evada de sentimento perturbadores de ânimo - elementos astênicos e estênicos.

Lado outro, situações existem em que se verifica que o sujeito com sua conduta defensiva, mesmo não dando azo a um resultado indesejado, se vê envolto por uma situação causadora de um excesso.

Melhor explicando, pode ocorrer que no momento da repulsa a uma agressão injusta atual ou iminente, sobrevenha um acontecimento imprevisível e inevitável pelo defensor, que não se origina da conduta do mesmo, mas que com ela se relaciona e, acaba

por agravar o resultado lesivo de repulsa. Tal agravação de resultado, por evento alheio à conduta do agente, é o que comumente se chama excesso fortuito.

À guisa ilustração segue o exemplo: Joca, na iminência de ser injustamente agredido por Tito, muito mais forte do que ele, saca seu revólver e atira para o chão, visando a intimidar o atacante. A bala, porém, ricocheteia em uma pedra semi escondida e vai atingir Azarildo, que transitava pelo outro lado da rua, ferindo-o. O ferimento em Azarildo, no outro lado da rua, devido a ricochete em pedra não claramente visível, deve ser atribuído a caso fortuito, não constituindo excesso. Resta a Azarildo, somente ação civil para reparação de danos.

Como bem acentua o professor Damásio Evangelista de Jesus (1994, p. 30), “se o excesso deriva de caso fortuito, subsiste a legítima defesa”, e mais, “sendo acidental”, se verificando não obstante a reação moderada do agente no emprego dos meios necessários, não afetará a legítima defesa, cujo excesso, exterior à reação, não é penalmente punível”.

2.5 EXCESSO NO TRIBUNAL DO JÚRI E JURISPRUDÊNCIA

Nos julgamentos populares há, basicamente, dois sistemas: o inglês, no qual só se faz uma única pergunta aos jurados: “Guilty or not Guilty?”, um procedimento bastante simples adotado na Inglaterra e nos Estados Unidos da América.

Por outro lado, há o sistema Francês, em que os jurados são submetidos a determinadas perguntas sobre os fatos. Esse sistema predomina na Europa e na América Latina.

O Tribunal do Júri existe no Brasil desde 18 de junho de 1822, contudo sua competência de julgamento de crimes dolosos contra a vida só veio mais tarde, constando atualmente no art. 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal e no art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal.

Neste exercício de democracia jurisdicional, determina o art. 478 do Código de Processo Penal que, findos os debates orais (razões e alegações da acusação e da defesa), o Juiz-Presidente indagará dos jurados se estão aptos a votar ou se desejam e necessitam de mais esclarecimentos. Não devem, contudo, ser indagados sobre a existência ou não da excludente de ilicitude, pois é papel do juiz de direito, e não deles, que neste exercício são juízes de fato.

A formulação de quesitos especiais é o instrumento pelo qual o Juiz-Presidente

deve traduzir em fatos o conceito jurídico contido no art. 25 do Código Penal, em caso de legítima defesa, o que é feito por intermédio do questionário, que é o conjunto de quesitos destinado a ser respondido pelos jurados.

O Código de Processo Penal, no art. 484, VI, determina que, quando o juiz tiver de fazer diferentes quesitos, deverá formulá-los em proposições simples e bem distintas, de forma que cada uma possa ser respondida com clareza. Quando da existência de Código de Processo estaduais, a formulação dos quesitos era bastante variada e discrepante entre os Estados da Federação.

A maneira como hoje se apresenta frequentemente a quesitação, encontra sua origem ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que por ocasião da 1ª Conferência de Desembargadores recomendou que todos os juízes do Brasil adotassem o questionário com as sete perguntas seguintes: o réu praticou o fato repelindo injusta agressão? A agressão atual? A agressão era iminente? Os meios usados na repulsa eram necessários? O réu usou moderadamente desses meios? O réu excedeu culposamente os limites da legítima defesa?

Tal proposta, depois de adotada, ensejou alguns levantamentos por advogados, promotores de justiça e juízes, sobre possíveis alterações e inclusões de novas perguntas conforme fossem respondidas as determinadas pelo questionário.

Arguiam se seria permitido formular quesito sobre a *moderação* na repulsa caso tivesse sido respondido “não” no quesito da escolha dos *meios necessários*. Inobstante muitos tribunais tenham estendido que não há essa necessidade, a doutrina predominante, inclusive do STF, repulsa no entendimento de que os jurados devam ser indagados sobre a moderação desses meios. Assim, neste sentido, se manifestou o Pretório Excelso:

É aconselhável o desdobramento do quesito sobre o *moderamen*, dada a possibilidade dos jurados não serem bem esclarecidos em certas comarcas e para melhor controle de suas decisões; mas a sua unificação com o requisito da necessidade dos meios de defesa não acarreta a nulidade e é frequentemente usada (NORONHA, 1990, p. 62).

Inúmeros trabalhos jurisprudências do STF iluminaram a questão, dentre eles:

Ainda que o Júri negue a necessidade dos meios empregados na reação, devem ser questionados a moderação na utilização de tais meios e os elementos subjetivos que determinou o excesso (RTJ588/322).

No mesmo sentido:

Negada pelo Conselho de Sentença a necessidade do meio empregado pelo agente, impõe-se o questionamento a respeito da moderação e do elemento subjetivo determinador do excesso (RTJ96/1.024).

Alegada a legítima defesa, ainda quando os jurados respondam negativamente ao quesito relativo ao uso de meios necessários, faz-se mister, sob pena de nulidade do julgamento, que se manifestem sobre a moderação ou o excesso culposos (RTJ 101/1.135).

Destarte imperou o consenso entre os doutos sobre a importância de se aferir a culpabilidade de todos os atos praticados pelo réu em sua alegação de legítima defesa, na medida em que, realizada a adequação moral e penal à conduta do deficiente, a partir deste ponto pode-se amoldar se o eventual excesso culposos ou doloso.

O conúbio entre esse consenso doutrinário e o sentimento legislativo se consubstanciou na Lei nº 9113, de 16 de outubro de 1995. Desta forma alterou-se o inciso III do art. 484 do CPP para assim dispor:

Se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassificou, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposos quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude (BRASIL, 1995).

Assim, parece, a modificação introduzida no inc. III do art. 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 culposos.

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 art. 23 do CP. Não quis o legislador, por certo, admitir, aqui, na lei processual o excesso imotivado, nem doloso, nem culposos. O excesso inafastável, o excesso independente da vontade do agente, sempre deve ser considerado como não excesso.

Do que se permite, definitivamente, inferir que, ao estudar o caráter do excesso, assistiu integral razão ao Pretório Excelso, quando assim decidiu:

Desde que alegada a excludente da legítima defesa, e negado o quesito sobre a moderação do emprego dos meios necessários para repelir a agressão, torna-se obrigatória a formulação de quesito sobre o excesso culposos – a omissão torna nulo o julgamento.” Sendo arrimado, ainda, pela súmula 156 do STF (nº 697023711, Rel. Des. Danúbio Edon Franco. J. 25.6.97, DJ 8.8.97, p. 31).

Levantou-se também, entre os penalistas, sobre a possibilidade de se perguntar sobre o excesso mesmo que este não tenha sido arguido na tribuna, o que ao ver da melhor doutrina e jurisprudência deve sim ser questionado, na medida em que o processopenal perscrutar a verdade real e não a formal como, na prática forense, ocorre no processo civil. Sobre o tema deixou-se consignado:

O quesito sobre o excesso culposo é necessário, muito embora não requerido pela defesa. (TRT 151/57). Justamente por ter sido negada pelo Júri a moderação dos meios necessários à repulsa, é que o quesito atinente ao excesso culposo deve ser votado, já que o excesso na legítima defesa pode tanto ser doloso quanto culposo. Não indagado, incompleto ficou o julgamento, que deveser renovado. (TRT 225/97). Anula-se o julgamento quando, negada a moderação da defesa invocada, não se indaga dos jurados se houve excesso culposo, pouco importando que a defesa não tenha requerido a inserção deste quesito. (TRT 383/172). É obrigatória, mesmo sem arguição da parte, a proposição referente ao excesso culposo na defesa. Precedentes do STF. Recurso Provido (TRT 70/556).

Seguiram mais dúvidas sobre o questionário, desta vez quanto à competência para o julgamento caso o corpo de jurados responda afirmativamente à ocorrência do excesso culposo.

O Código de Processo Penal, em seu art. 74, § 3º, dispõe que se o juiz da pronúncia desclassificar a infração para outra atribuída à competência do juiz singular, observar-se-á o disposto no art. 410; mas, se a desclassificação for feita pelo próprio Tribunal do Júri, a seu presidente caberá proferir a sentença, consoante art. 492, § 2º. É fácil compreender que os crimes dolosos que não são contra a vida, assim como os demais culpados, não são julgados pelo Júri - juízo colegiado, e sim pelo juízo singular.

Ao fazer esta menção, o próprio Código redireciona a competência de julgamento, atribuindo-a ao Juiz-Presidente que, atuará como juiz singular, escapando, portanto, do corpo de jurados tal tarefa. É corrente, contudo, a argumentação levantada pelos juristas que, interpretando o artigo 78, I e 81 do CPP, entendem que o excesso culposo, se verificado pelo Júri, é reunido aos demais atos e continua sendo de competência do próprio Júri por força de conexão ou continência.

Para Luiz Régis Prado (2002), não há divergência na lei processual penal sobre a matéria, haja vista que a competência do Tribunal do Júri é exceção jurisdicional e a competência do Juiz singular é a regra, sob o manto do poder-dever do Estado na sua função jurisdicional.

Tal entendimento prevaleceu também na jurisprudência, como se vê:

Desclassificado pelo Júri o delito de homicídio doloso para culposo, transfere-se a competência do julgamento para o presidente do Tribunal do Júri”. (TRF 130/552). E ainda “Com a resposta que desclassifica o homicídio para a modalidade culposa, cessa a competência do Júri para o julgamento, não mais se devendo indagar a respeito dos restantes quesitos (TRT 222/114).

No mesmo sentido perfilhou o eminente Professor Darcy Arruda Miranda (1959):

Desclassificado o crime pelo Júri, defere-se a competência para o Juiz singular, não podendo, assim, serem submetidos aos jurados quesitos relativos à defesa, prosseguindo-se no julgamento. Após a resposta ao quesito desclassificador, o julgamento deveria ter sido suspenso e conclusos os autos ao Juiz-Presidente. Anula-se, por isso, a decisão para que o MM. Juiz julgue a causa como Juiz de Direito (REPERTÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA DE DARCY DE ARRUDA MIRANDA 4/617).

Logo, tollitur quaestio!

Finalmente, ainda sobre a quesitação aos jurados, juristas de renome, tais como os professores da Universidade Federal de Minas Gerais Prof.^a Henry Goulart, Hermes Vilchez Guerrero, Ariosvaldo de Campos Pires e Jair Leonardo Lopes, e ainda os comentadores de processo penal Eduardo Espínola Filho e Francisco Toledo de Assis, insistem que é necessário e adequado que o Juiz-Presidente formule quesito sobre o excesso escusável, tanto sob forma do excesso fortuito, como se proveniente de perturbação dos sentidos em razão da agressão sofrida, oriundo, portanto, dos elementos psíquicos astênicos.

Em caso afirmativo, o crime deixará de existir por exclusão de culpabilidade, possivelmente com supedâneo na inexigibilidade de conduta diversa (por ausência de específica e expressa permissão legal do Código Penal Brasileiro quanto ao excesso escusável), embora o comportamento do agente continue ilícito.

Excesso causal 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. Dessa maneira, o excesso causal ou fortuito, por ser inevitável, inafastável, e ser independente da vontade do agredido, não é propriamente um excesso da reação, pois com esta apenas se relaciona indiretamente.

O que se tornou cediço nos Tribunais Estaduais e a Excelsa Corte, em virtude de sua lógica criminal e sociológica:

Reconhecendo o excesso de defesa como não-culposo e não tendo o Júri questionado sobre a dolosidade de tal excesso, fica-sena dúvida sobre o fato de ter sido a imoderação dolosa ou meramente casual e, como na dúvida

prevalece a liberdade, deve ser reconhecido que esse excesso foi resultado de caso fortuito ou isento de qualquer culpabilidade, absolvendo-se o acusado (STF. REC. EXTRA. Nº 21.112, REVISTA DOS TRIBUNAIS, Nº 240/647). É possível que o réu tenha se excedido na repulsa. Mas, diante do estado de perturbação em que devia se achar, face à brutal agressão a seu filho, naquela situação, é natural que não se tenha podido conter nos apertados limites do *moderamen*. Ao que parece, agiu com excesso na escolha dos meios ou em seu uso. Não com aquele excesso criminoso na causa, fruto de vingança maligna ou de um impulso de perversidade (1ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. APELAÇÃO Nº 23.239).

O que obviamente não se poderia reconhecer em favor de acusado cuja ação excessiva seja impulsionada por um elemento estênico (ciúmes, raiva, inveja, vingança e excitação), senão veja-se:

Decidem os jurados contra as provas dos autos, manifestamente, ao entenderem, após negada a moderação existente no quadro configurador de “*excessus defensionis*” sob a modalidade culposa, quando o próprio réu afirmou, perante as testemunhas, ao ser preso em flagrante, que agiria impelido por sentimento de vingança. Validade do julgamento do Júri (3ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TJRS, Nº 68, P. 83).

Afastando as possibilidades de nexos causal entre as relações ao culposo e caso fortuito, as formas de exculpantes, para que o excesso tenha que acompanhar a decisão do seu ato de moderação e meios necessários, que existe para ser utilizado no momento da conduta, suas excessivas não permissivas completa a lógica da imputabilidade na ação necessária para sentir que já foram cessadas na ação dos fatos incluídos.

Ao fim da exculpante, dará ao defendente a diminuição da pena em seus meios de reação, de direito ou obrigações das partes na conduta do fato, para incluir o fenômeno natural de ser o elemento estênico. Previsto em lei, que será compartilhado na existência de crime, que são incluídas em caráter de decisão, para partilhar seus esclarecimentos sobre o tema para a quesitação dos jurados.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Pela teoria finalista inclui o crime como uma ação típica, antijurídica (ilícita) e culpável, cuja a conduta do agente se localiza na ação. Para que todo ser humano em suas formas empíricas tem suas reações e intuitos referentes a suas reações na sua inteligência e razão de ser, pelo que relata os estudos segundo Kant, Freud alemão Hans Welzel psique humana em sua relação de causa e efeito. Por exemplo objetivo Uber que passa em cima da perna do passageiro, por ação culposa. (prudência, negligência e atenção) e por exemplo subjetivo um hóspede que ao sair do hotel, percebendo e entendendo que a mala não é sua, a pega e a leva consigo - ação dolosa.

A tipicidade está relacionada a parte formal e material, pois as premissas codificadas não ultrapassam os limites que seu direito formal entre conduta e lei é aplicada, que atribuiu nas excludentes de ilicitude suas características como são encontradas na legítima defesa e as suas ocorrências de excesso, as ações ajurídicas - não injurídicas ou ilícitas, mas sem necessidade de ser dito por lei, ora, pelo direito, eis que emanam da própria essência e existência humana. Por uma vertente racionalista, contudo eivada de naturalismo, fundamentam a legítima defesa nos chamados elementos astênicos do homem, que movem sua conduta defensiva, tendo esta por lícita na medida em que tais elementos astênicos são manifestações de ocorrência inevitáveis no ser humano. Entende-se majoritariamente que a injustiça da agressão deve ser avaliada em seu aspecto objetivo, nada tendo a ver com a culpabilidade do agressor.

O requisito moderação no uso dos meios necessários é, certamente, o inicial dentre os existentes na legítima defesa, e o de mais complexa avaliação, porque depende da natureza e intensidade do ataque, dos meios à disposição do agredido, de sua possibilidade de escolher entre eles o mais proporcional e empregá-lo na medida certa. Quando vários meios estão à disposição do agredido, impõe-se-lhe, na medida em que o permitam as circunstâncias, a escolha do que cause menor dano ao agressor. Com efeito, o problema do excesso reside tanto na escolha dos meios de defesa quanto na execução e uso de tais meios.

O excesso de defesa ocorre, em realidade, em duas hipóteses: agredido excede na escolha dos meios, pois poderia ter escolhido outro menos gravoso ou o agredido utiliza o meio escolhido ou o que teve à sua disposição forma imoderada. Contudo, é para o momento entender como pode ocorrer o excesso, onde o sujeito ultrapassando, por

alguma das formas possíveis, o que necessário para sua defesa, atua em conduta excedente ao permitido pelos estritos limites das excludentes de ilicitudes.

Sempre que faltar proporcionalidade entre o perigo imposto pelo ataque e a necessidade de utilização de meio escolhido bem como seu emprego para repelir a agressão, haverá excesso, doloso ou culposo. Tanto a conduta do excesso culposo quando a do doloso, possam se subsumir em erro de proibição direto (erro de tipo) ou em erro de proibição indireto (erro de proibição) para efeito de verificação da culpabilidade, apenas – pois ambos isentam a pena, sendo invencível, inevitável, escusável. Quando excede por supor existir elemento objetivo (situação fática concreta) do tipo penal permissivo que, se realmente existisse, legitimaria a conduta excessiva, sendo inevitável isenta-se de pena, mantendo-se a culpa, se evitável; erro de proibição indireto – quando excede por erro sobre a ilicitude da culpa excessiva, sendo inevitável isenta-se de pena, diminuindo-a, se evitável. Excede culposamente quem avalia mal ou incorretamente o valor do bem agredido e a reação necessária para defendê-lo, e de cuja avaliação se dá a escolha do meio de revide. O excesso culposo se dá quando o dano desproporcional ao razoavelmente admissível pela conduta justificada não foi buscado pelo agente, mas resultou de indesculpável falta de cuidado, atenção ou diligência.

Quanto ao Júri, se seria permitido formular quesito sobre a moderação na repulsa caso tivesse sido respondido “não” no quesito da escolha dos meios necessários. No campo da ilicitude penal, preceituam doutrinadores, advogados e juízes, o enfoque novo deve ser dado às causas de justificação, principalmente à legítima defesa. É necessário, entretanto, um exame realista das condições, das circunstâncias e do comportamento humano na ocasião do fato. Um exame que contextualiza o homem à sua natureza humana psíquica, punindo os atos realmente perniciosos à coletividade, sem, para tanto, objetivar o jeito humano de ser. Deveria prever expressamente causa obrigatória de diminuição de pena para os atos cometidos em excesso, tanto doloso quanto culposo, quando movidos por elementos estênicos (raiva, ciúmes, excitação e vingança) e causa legal de exclusão da culpabilidade, com a conseqüente isenção de pena para os atos excessivos movidos pelos astênicos (medo, surpresa, susto e perturbação de ânimo).

4 CONCLUSÃO

No campo da ilicitude penal, preceituam doutrinadores, advogados e juízes, o enfoque novo deve ser dado às causas de justificação, principalmente à legítima defesa.

A legítima defesa se fundamenta em princípios de direito natural, sendo de algum modo, uma parcela de guerra privada, reconhecidos pela Bíblia italiana e pelo Talmud israelense. Sua história é muito antiga, mas mesmo tendo contornos bem definidos na legislação penal, ainda está passível de ajustes capazes de delinear sua melhor aplicação à realidade psicossocial dos povos, sem, contudo, colidir com a consciência social e a lógica do mínimo ético de convivência.

A defesa pessoal é, portanto, uma causa de justificação, porquanto seu objeto coincide, totalmente, com o objeto do direito, qual seja a proteção dos bens juridicamente tutelados.

O sistema jurídico brasileiro, no que concerne ao instituto da legítima defesa, está filiado à família Romana-Germânica do Direito, ampliando extensão à proteção de diversas espécies de direito, não somente à vida e à integridade física.

O instituto atingiu no Brasil, notável grau de acabamento e a doutrina aceita que a legítima defesa deriva de uma ação determinada pela consciência, mas praticada com a vontade de defender-se, mesmo quando haja excesso.

Há de apreciar-se que o elemento subjetivo e o elemento objetivo na configuração da legítima defesa real. Ademais, a agressão injusta deverá ser atual e iminente e, na reação, os meios necessários devem ser usados dentro dos limites da moderação. Incorrendo está, o agente poderá responder pelo crime que tiver praticado.

Não se cogita nas causas de exclusão de ilicitude das denominadas excludentes putativas, que o autor, em razão de uma estruturação errônea do campo físico, alega inculpabilidade, em sua conduta – que é típica e ilícita.

Nos casos de reconhecimento de excesso doloso motivado por elementos astênicos (perturbação de ânimo, medo, susto e surpresa), deve ser aceito o fato ilícito, mas isento o sujeito de pena; ou deveria ser especialmente atenuada, se motivado por elementos estênicos (ódio, a excitação ou emoção, os ciúmes e a inveja) haja vista não ter o defendente dado azo ao evento na causa inicial.

O agente que excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo excesso culposos, se punível. Trata-se do excesso intensivo, referente à espécie dos meios

empregados e ao grau de sua utilização. O excesso culposo é um abuso de Direito, consistente na incompetente avaliação da proporção entre o perigo e a reação.

É necessário, entretanto, um exame realístico das condições, das circunstâncias e do comportamento humano na ocasião do fato. Um exame que contextualiza o homem à sua natureza humana psíquica, punindo os atos realmente perniciosos à coletividade, sem, para tanto, objetivar o jeito humano de ser.

Neste sentido é a legislação estrangeira, onde o excesso em legítima defesa é previsto sob a forma dolosa e culposa, aplicando-se, quase sempre, no primeiro caso, o abrandamento de pena. Também é comum a não punição quando derivado de perturbação de ânimo decorrente do ataque sofrido.

Do que conclui, em atendimento às recomendações dos autores, juristas e professores trazidos neste trabalho que, a legislação penal brasileira, à guisa de reestudo e atualização, deveria prever expressamente causa obrigatória de diminuição de pena para os atos cometidos em excesso, tanto doloso quanto culposo, quando movidos por elementos estênicos (raiva, ciúmes, excitação e vingança) e causa legal de exclusão da culpabilidade, com a consequente isenção de pena para os atos excessivos movidos pelos astênicos (medo, surpresa, susto e perturbação de ânimo).

O que, pela proposta do percuciente jurista gaúcho, Altair Venzon, deveria ser assim incluído como § 2º e § 3º no artigo 23 do Código Penal Brasileiro, logo abaixo do “*Excesso punível*” para que, malgrado tenha sido feito menção ao excesso em legítima defesa, se estabeleçam melhores alternativas, maiores esclarecimentos e tratativas sobre o tema:

Excesso escusável

§ 2º. Elide-se a pena dos atos, dolosos e culposos, cometidos em excesso na legítima defesa, pela não-censurabilidade dos mesmos e em virtude da ocorrência de elementos astênicos, tais como a surpresa, a perturbação de ânimo, o medo e o susto sofrido pelo deficiente, o qual, em face da situação, fique tolhido do livre controle de sua conduta.

Excesso doloso

§ 3º. Faculta-se ao Juiz atenuar a pena, de um terço a um sexto, respeitando o mínimo cominado “*in abstracto*” na lei penal, em virtude da influência de elementos estênicos manifestados pelo deficiente e pelo grau de agressividade da agressão injusta por ele sofrido.

Portanto a classificação do equilíbrio entre as suas menções em plena proporção às suas tratativas de como o excesso seria punível, mas seria uma pretensão no sentido

de como deveria proceder aos entendimentos ao seu excesso de legítima defesa, caso que sua possibilidade de ser desclassificada em seus elementos astênicos. Que tem caráter de valor na direção de quem se defende, assim tem a razão da exculpante a favor de condutas que são atribuídas para o momento em virtude dos elementos astênicos e estênicos.

Ao caminho de demonstrar que a excludente de ilicitude, caso tenha uma chance que a coalisão jurídica em seus elementos (astênicos ou estênicos) em qualquer forma de lei, será interpretada sua criminalidade, em razão de seu ato que possibilita a exclusão da antijuridicidade através da imobilidade da justiça.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Francisco Toledo. **Projeto para reforma da parte geral**. Supremo Tribunal Federal, 1984, p.37.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Crônicas del crimen**. Buenos Aires: Ediciones Pennedille, 1970.

BATISTA, Nile. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, 136p.

BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal: La doctrina del delito-tipo**. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

BÍBLIA. **Antigo testamento**, Êxodo, Cap 22, v. 2.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado por Clóvis Beviláqua - Edição histórica**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

_____. **Decreto-Lei n. 3689**, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 jan. 2022.

_____. **Lei nº 7209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências.

_____. **Lei nº 9.113, de 16 de outubro de 1995**. Dá nova redação ao inciso III do art. 484 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 369-378.

CARRARA, Francesco. **Proframma del corso di diritto criminali**. Roma: Janusa Editrice, 1976.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2º ed. Campinas: Russel, 2009.

CÉSPEDES, PINTO E WINDT, Livia, Antônio Luiz de Toledo e Márcia Cristina Vaz dosSantos. **Código de Processo Penal**. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 6 ed atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de direito penal**: parte geral. Imprensa: Coimbra, Almedina, 2010, 232 p.

FERRI, Enrico. **Principios do direito criminal**. Trad. Paolo capitano. São Paulo: Bookseller, 1996.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**. 10. ed., 1828, § 36.

FONSECA, Lilian Simone Godoy. 1999. 223 p. **O Princípio de Univeisalização na Ética do Discurso de Jürgen Habermas**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte UFMG/FAFICH, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: Parte Geral. 16ª ed. rev. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 242.

FREUD, Sigmund. Uma nota sobre o inconsciente na psicanálise. In: **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud**, v. XII, Rio de Janeiro, Imago Editora, 1969.

FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas**. São Paulo: Saraiva, 1990.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 7. ed., rev. e atual, 2008.

GOMES, Eusébio. **Tratado de Derecho Penal**, tomo I, Buenos Aires: Compañia Argentina, 1939.

GUERRA, Cordeiro. **Recurso Extraordinario nº 1445**. Rio de Janeiro: Supremo Tribunal Federal, 2002.

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

HEGEL, G. W. F. **Ciência da Lógica**. A Doutrina do Conceito. Trad. de Christian G. Iber, Federico Orsini. Petrópolis e Bragança Paulista: Editora Vozes e Universitária São Francisco, 2018.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. v. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 281.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 15 ed. Ver. E atual. São Paulo, Saraiva, 1991-1994. 4 v.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo. Nova Cultural, 1996.

LEMOS SOBRINHO, Antônio. **Da legítima defesa**. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 156.

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

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Ed. fac-sim. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006.

LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura jurídica do crime**. 4.ed. acresc. São Paulo, Saraiva, 1993.

MANZINI, Vincenzo. **Trattado di diritto penale italiano**. V. I. Torino: Utet, 1981.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Apelação Criminal 1.0027.00.009926-0/002, Relator(a): Des.(a) Herculano Rodrigues , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 20/04/2006, publicação da súmula em 16/05/2006). Disponível

em:<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=tese%20excesso%20culposo%20culpa%20impropria&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em:29 jun. 2022.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Repositório de Jurisprudência do Código Penal**. v. II, 1959, n. l. 945, p. 750.

MUCCIO, Hidejalma. **Prática de processo penal**: teoria e prática. 4 ed. São Paulo: HMEditora, 2005.

NORONHA, E. Magalhães, **Direito Penal** São Paulo, Saraiva, 1990, vol. 1.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Vol. 1.

QUESITO de Júri. **Revista Jurisprudência Mineira**, vol. 139/140, 2000, pág. 44/63.

RODRIGUES, Herculano. TJMG – **Apelação Criminal 216665-0/99**. Segunda Câmara Criminal, 2001.

SAUER, Guillermo. **Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1956.

SUPREMO Tribunal Federal. **Revista dos Tribunais**. RT 229/74

TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilicitude penal e causas de exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

VENZON, Altayr. **Excesso na legítima defesa**. Porto Alegre: Fabris, 1989.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Montevideo: Editorial B de F, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de derecho penal**: parte general. 4 ed. Buenos Aires: Ediar, 1985.