

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR CESUL

EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

VANDER HENRIQUE DOS SANTOS MORETTI

FRANCISCO BELTRÃO-PR

2023

VANDER HENRIQUE DOS SANTOS MORETTI

EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

Monografia apresentada como requisito parcial para avaliação da Disciplina de Orientação à Monografia II, do 9º período do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ensino Superior CESUL.

Orientadora: Me^a. Suyane Jensen

FRANCISCO BELTRÃO-PR

2023

TERMO DE APROVAÇÃO

VANDER HENRIQUE DOS SANTOS MORETTI

EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

**Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito do CESUL – Centro de Ensino Superior.**

Orientadora: Prof^a Me^a. Suyane Jansen.

Professor Dr. Gustavo Ellwanger Calovi

Professora Me^a. Ana Maria Zanini

FRANCISCO BELTRÃO- PR

2023

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

(Constituição Federal, Art. 5º, Caput, 1988.

AGRADECIMENTOS

Elaborar um trabalho de conclusão de curso é uma experiência que exige muito esforço e determinação, e para que tudo vá bem, é necessário que estejamos rodeados de pessoas que nos tragam palavras de ânimo para não desistir na caminhada, então primeiramente quero agradecer a Deus pela sua infinita fidelidade e bondade, agradecer aos meus pais, Vera e Pedro que sempre foram exemplos do que é correr atrás do que a gente almeja, com honestidade e perseverança mesmo diante de tropeços da vida, e se sou o que sou hoje, foi observando vocês.

Agradeço também meus irmãos que estiveram do meu lado me ajudando e apoiando, e agradeço principalmente a minha namorada Luana que é e sempre foi uma inspiração para mim, sempre me mostrando a importância do conhecimento.

E por fim, agradeço à minha orientadora, prof^o Suyane Jansem, que se dispôs a me ajudar neste processo tão importante na minha carreira acadêmica.

RESUMO

A presente monografia buscou tratar sobre a temática excesso na legítima defesa. É notório que o estado não pode se fazer onipresente em todos os momentos, desta forma, deve permitir que o cidadão exerça a autotutela sobre seus bens jurídicos, por isso, uma das excludentes de ilicitude presente no nosso ordenamento jurídico é a legítima defesa, porém, mesmo o cidadão tendo este amparo legal, se ao repelir uma injusta agressão acabar se excedendo, responderá pelo excesso na sua forma dolosa ou culposa, como determina o artigo 23 § único do Código Penal Brasileiro. Por isso o presente trabalho tem como objetivo demonstrar como ocorre esse excesso e quais modalidades as doutrinas e jurisprudências trazem a respeito, também verificar quais meios e formas de agir serão proporcionais para repelir a agressão sem que o agente passe de vítima para criminoso na mesma ação.

Palavras- chave: Direito, legítima defesa, excesso, modalidades de excesso, meios proporcionais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A ORIGEM DA LEGÍTIMA DEFESA E ASPECTOS CONCEITUAIS	9
1.1 ORIGEM DA LEGÍTIMA DEFESA.....	9
1.2 CONCEITO DA LEGÍTIMA DEFESA.....	13
1.3 EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA EM SUA FORMA DOLOSA.....	14
1.4 EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA EM SUA FORMA CULPOSA.....	16
2. ESPÉCIES E REQUISITOS DE LEGÍTIMA DEFESA	20
2.1 ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA.....	20
2.1.1 Legítima defesa putativa.....	20
2.1.2 legítima defesa sucessiva.....	22
2.1.3 Legítima defesa antecipada.....	23
2.1.4 Legítima defesa de honra.....	24
2.2 REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA.....	25
2.2.1 Agressão injusta.....	25
2.2.2 Agressão atual ou iminente.....	26
2.2.3 Defesa de direito próprio ou alheio.....	27
2.2.4 Repulsa com os meios necessários.....	27
3. LIMITES, OUTRAS MODALIDADES DE EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA, E ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL	29
3.1 LIMITES À LEGÍTIMA DEFESA.....	29
3.2 OUTRAS MODALIDADES DE EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA.....	31
3.2.1 Excesso voluntário.....	31
3.2.2 Excesso involuntário.....	32
3.2.3 Excesso exculpante.....	33
3.2.4 Excesso intensivo e extensivo.....	35
3.2.5 Excesso acidental.....	37
3.3 ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL ACERCA DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

Todo Estado possui um ordenamento jurídico punitivo, que dentre outros objetivos, tutela bens e valores da vida. Quanto à proteção Estatal, esta é realizada através de vedações de condutas sociais e defesa de direitos inerentes ao cidadão. Assim, uma vez praticada determinada conduta típica que o legislador proíbe – conduta ilícita -, estará configurada a prática de crime.

Tendo o Estado a tutela sobre bens e valores da vida, tem a responsabilidade através de seus agentes públicos e políticos de realizar a proteção da sociedade. Todavia, é sabido que o Estado tem sido ausente em seu poder-dever de punir, e que não cabe estritamente ao cidadão assumir tal responsabilidade. Porém, diante da ausência estatal, principalmente pela demora do judiciário, faz-se necessário utilizar-se de outros meios para proteção dos nossos direitos.

Por vezes, mesmo que existam condutas típicas presentes no Ordenamento Jurídico, algumas dessas, se praticadas, não vão acarretar antijuridicidade, uma vez que alguns elementos ou situações que abarcam a infração afastam a ilegalidade da ação.

A exemplo disto, está presente no artigo 23 do Código Penal Brasileiro, as excludentes de ilicitude, em que o agente, ao agir em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, ou exercício regular do direito, não estará cometendo crime algum, já que estas são atuações que o Estado permite que o cidadão às cometa para defesa de direito próprio ou alheio.

Neste trabalho será analisado apenas uma dessas excludentes, presente no inciso II, a legítima defesa, por meio da qual se determina que o cidadão ao sofrer uma injusta agressão, poderá repeli-la sem prejuízo de incorrer em algum tipo de crime.

Contudo, mesmo tendo essa prerrogativa, ao agir em legítima defesa diante de alguma situação e se exceder, sua conduta incorrerá no parágrafo único do mesmo artigo, em que menciona que o agente responderá pelo excesso, doloso ou culposos.

Então, mesmo que se tenha o direito de aplicar a legítima defesa em uma situação para afastar uma agressão, ao aplicá-la sem moderação e

proporcionalidade, comete crime , estando assim desamparado por conta de sua conduta.

Assim sendo, o principal objetivo deste trabalho é demonstrar como será configurada a legítima defesa sem que o agente acabe se excedendo na conduta e torne o fato que iniciou sendo a vítima e terminou cometendo ato criminoso contra bem jurídico de outrem.

Será delimitado esse limite entre a conduta praticada e o direito e forma de reagir, também far-se-á uma análise da linha tênue que converge entre a agressão sofrida e a defesa realizada, até onde o agente ao repelir a injusta agressão poderá chegar sem que incorra em excesso, também serão demonstrados quais são as modalidades de excesso dentro da excludente legítima defesa.

Portanto, a problemática da pesquisa será pautada na seguinte pergunta: Qual o meio utilizado para repelir uma injusta agressão sem agir em excesso na legítima defesa, de que forma será respeitada a linha tênue entre a agressão sofrida e a defesa realizada?

Visando uma apresentação mais clara, este trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro será tratado a respeito da origem da legítima defesa, versando sobre a evolução do ordenamento jurídico no mundo, de como foi seu surgimento e por quê, e como houve essa ascensão no ordenamento jurídico brasileiro, discorrendo sobre os principais pontos da história e a importância dessa progresso para a sociedade em si. Será também abordado aspectos conceituais e modalidades de legítima defesa na sua forma dolosa e culposa, exemplificando como cada uma irá se caracterizar diante de determinadas condutas praticadas.

Posteriormente, no segundo capítulo, serão abordadas as espécies de legítima defesa e os requisitos necessários para se caracterizar como tal. Após isso, já no terceiro capítulo, serão apresentados os limites da legítima defesa para que o agente não atue em excesso, além de outras modalidades de excesso na legítima defesa, sendo elas: excesso involuntário, voluntário, extensivo e intensivo, excesso exculpante, expondo as características e em quais condutas serão aplicadas. Por fim serão trazidos entendimentos jurisprudenciais de tribunais superiores acerca de temas envolvendo excessos, ao apresentar ao menos uma emenda sobre cada caso concreto.

1 A ORIGEM DA LEGÍTIMA DEFESA E ASPECTOS CONCEITUAIS

Este capítulo será dividido em três tópicos, sendo que no primeiro será feita uma abordagem em relação à origem da legítima defesa no direito, em um segundo momento será tratado a respeito dos aspectos conceituais, e por último sobre duas modalidades do excesso da legítima defesa sendo a sua forma dolosa e culposa.

1.1 ORIGEM DA LEGÍTIMA DEFESA

A origem da legítima defesa conforme será abordada em seguida, teve seu surgimento através de guerras e conflitos, onde não havia ordem nas condutas praticadas entre os cidadãos, ao se depararem com uma situação de injusta agressão, revidava de forma descontrolada, sem que o Estado se manifestasse a respeito, porém através da evolução social e jurídica, o mesmo foi se fazendo mais presente e buscando amparar as pessoas, para que essas, tenham o direito de repelir uma injusta agressão, porém com amparo legal e proporcional.

A legítima defesa teve origem nas civilizações romanas, onde inicialmente a justiça era feita com as próprias mãos, usando somente a força para defesa de seus direitos. Porém, em decorrência de um processo evolutivo, a justiça passou de uma vingança privada para uma vingança pública. (CRETELLA, 1995).

A Lei de Talião foi encontrada no Código de Hamurabi, e teve sua origem em 1780 A.C na Babilônia, essa lei permitiu que as pessoas não se matassem sem ter ordem e ultrapassassem os limites impostos pelos governantes da época. Desta forma a Lei de Talião mantinha uma reciprocidade entre o crime e forma que daria a punição, assim seguindo um princípio que seria “olho por olho e dente por dente”, então a lei era aplicada da seguinte forma: se uma pessoa matasse o filho da outra, a primeira pessoa teria que dar seu filho para ser sacrificado pelo primeiro ofendido, não permitindo assim que os primitivos se excediam na defesa de seu direito. (VIEIRA, 2011).

Conforme esclarecido por María José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Telles.

Durante milênios o castigo dos atos criminais se levava a cabo mediante a vingança privada. A intervenção da coletividade se dava somente para aplacar a cólera de um deus que se supunha ofendido. Se produzia uma identificação delito-pecado, ideia que informará durante anos de forma decisiva toda a fisionomia penal. Nesta evolução, o talião supôs um tímido intento a fim de superar a absoluta arbitrariedade com que se aplicava a pena anteriormente (FALCÓN Y TELLA, 2005, p.97).

Se sabe que as primeiras formas de limitações do uso da força foram feitas pelos Estados, essas que limitam as guerras para que não ocorram de qualquer forma, sem uma justa causa para iniciar uma batalha, ou seja, um país não poderia apenas por vontade própria se deslocar e atacar o outro sem dar um parecer do porquê atacar. Neste sentido destaca-se os ensinamentos de Jesus (2014).

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

Esta evolução da legítima defesa pode ser vista através de quatro etapas: A primeira etapa sendo conhecida como a fase da vingança privada teve o descobrimento do Código de HAMURABI, onde predominou a Lei de Talião (olho por olho, dente por dente), que foi estabelecida através lei das doze tábuas.

Já em um segundo momento com a evolução do direito romano, sem que houvesse intervenção do Estado, os conflitos eram individuais e com um árbitro apenas. Em uma terceira fase, o estado obrigava o litigante escolher um árbitro e este quem iria determinar a indenização que seria paga pelo ofensor. E na quarta e última etapa, seria como a justiça pública, que se faria a justiça na presença de um Juiz como é feito nos dias de hoje. (CRETELLA, 1995).

Os romanos tinham a violência pela violência com um direito reconhecido, Guerrero (1997), afirma que:

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

Os romanos, mesmo executando suas vinganças de forma individual, faziam-se necessário observar algumas formalidades. O mesmo não acontecia no direito Germânico, onde o agente ofendido de imediato poderia fazer sua vingança sem nenhuma formalidade. Seu fundamento permitia que uma pessoa pudesse fazer a vingança por um parente, no agente causador ou na família do agente causador.

A Igreja Católica foi uma grande aliada para o Estado na evolução dos direitos a legítima defesa de forma organizada, admitia-se a repulsa, porém teria que ser proporcional ao ataque sofrido, assim não se excedendo sobre seu agressor, surgindo a moderação sobre o dano sofrido e a repulsa sobre esse dano.

De acordo com Jesus (2002):

A norma jurídica da legítima defesa surgiu quando o Estado reclamou para si o castigo do autor em face da prática de uma ofensa pública ou privada, iniciando-se o processo evolutivo do direito de punir e do direito de liberdade: de um lado, o magistério estatal punitivo como forma de repressão ao delito; de outro; a legítima defesa exercida por qualquer particular injustamente vítima da agressão. (JESUS, 2002, p.94).

Ainda no direito atual, permanecem muitos resquícios da época, sendo possível o uso da autodefesa para proteção dos direitos, podendo ser usado a força para repelir a força, sendo possível usar a autodefesa privada.

Deste modo, tendo-se referência a defesa a vida, o direito romano usava do instituto da legítima defesa, sendo passível utilizar dessa defesa a favor da honra e terceiros, sendo necessário que essa agressão fosse injusta e atual. (CRETELLA, 1995).

Já no Brasil, a legítima defesa e seu excesso tiveram origem quando ainda era colônia, que através das ordenações Filipinas teve seu direito imposto por Portugal, o qual já possuía regulamentação a respeito da legítima defesa, que era esclarecido em seu livro 5º, no título XXXV, no qual dizia:

“Qualquer pessoa, que matar outra, ou mandar matar, morra por isso morte natural. Porém se a morte for em sua necessária defesa, não haverá pena alguma, salvo se nela excedeu a temperança, que deverá, ou poderá ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso” (ALMEIDA, 2004, p.239).

Já no título XXXVIII, dispõe sobre a legítima defesa de honra, na qual, se o homem flagrasse sua companheira cometendo adultério, este teria o direito sobre a vida dela, sem prejuízos penais, porém o excesso não era presente nesse ordenamento da época como hoje.

Então em 1830, a legítima defesa entra no Código Criminal, já com suas excludentes de ilicitude presentes no artigo 14, nos parágrafos 1º e 2º. trazendo no primeiro a legítima defesa de estado de necessidade, que dizia que o cidadão para evitar um mal maior poderia agir sem que configure um crime.

já no segundo diz respeito a quando uma injusta agressão atingir sua esposa, seus familiares, seus direitos e a terceiros o mesmo poderá agir em defesa, porém tendo que cumprir com os requisitos presentes código e se o agente agir com excesso em decorrência da falta de descrição no código, será uma atenuante caso tenha que responder por algo.

Posteriormente foi concebido pelo decreto nº 847, em 11 de outubro de 1890, o Código Criminal de 1890, o qual tinha sido tipificado a legítima defesa em seus artigos 32 e 34 §2º, no qual em seu artigo 1º tratava a respeito da exclusão da antijuridicidade e no artigo 34 §2º traz os requisitos, porém neste mesmo código não está presente a modalidade do excesso na legítima defesa.

Já após a contemplação da consolidação das leis penais de 1932, entrou em vigor o Código Penal de 1940 mantendo as mesmas disposições do código anterior o referido código expõe o estado de necessidade e excesso na legítima defesa em seus artigos 20 e 21, porém expondo apenas a modalidade de excesso culposo na legítima defesa, não se referindo ao excesso doloso. O motivo de não ter entrado o excesso doloso é que o agente agindo em excesso doloso já responderá direto como sendo um crime praticado de forma dolosa, pouco importando o estado inicial da legítima defesa.(ALMEIDA,2004).

Todavia o Código Penal brasileiro de 1969 surge com algumas mudanças, essas que incluem em seu artigo 30 e parágrafos, uma forma mais complexa de excesso na legítima defesa, estando presente em todas as formas de excludentes de ilicitude, presentes o excesso culposo e escusável no parágrafo primeiro, e o

excesso doloso presente no parágrafo segundo, especificando que no caso de excesso escusável o agente reagir em decorrência de medo, surpresa ou perturbação de ânimo a agressão sofrida, não seria punido.

Por fim, entrou em vigor no ano de 1984 o código penal brasileiro no qual está vigente até os dias atuais, mantendo o excesso doloso e culposo em todas as excludentes de ilicitudes, estas que estão previstas no artigo 23, §único, tendo como modificação apenas a retirada do excesso escusável do código. (ALMEIDA, 1992, apud, LINHARES. 1975).

1.2 CONCEITO DE LEGÍTIMA DEFESA

O Código Penal contém normas permissivas que autorizam a prática de determinadas condutas típicas. A legítima defesa é um direito e causa de exclusão de antijuridicidade, por não ser possível considerar ilícita a afirmação de um direito contra uma agressão contrária ao ordenamento jurídico. Ademais, é uma causa de justificação, pois atua a bem do direito de quem comete a reação para proteger direito próprio ou alheio, ao qual o Estado, devido às circunstâncias, não pode oferecer a tutela necessária (BETTIOL, 2000), não devendo, portanto, o direito ceder perante o ilícito.

Como já é de conhecimento de todos, se sabe que o Estado sendo nossa segurança contra violações aos nossos direitos, não pode estar em todos os lugares garantindo a nossa proteção, e por esta razão, todo cidadão tem permissão de agir em algumas situações em que o estado não estará presente, sendo permitido agir em legítima defesa. Porém essa permissão que o estado oferece, de defesa por conta própria tem uma certa limitação, onde o cidadão comum não pode ultrapassar.

Deste modo, para que se fale em legítima defesa, não poderá ser confundida com a vingança privada, é necessário que o agente se veja em uma situação que não haja condição de recorrer ao estado e não possa fazer nada além de repelir a injusta agressão por conta própria, com os meios que estiverem ao seu alcance. então, se presentes todos os requisitos legais, o agente poderá dar continuidade a sua defesa ou a de terceiros. (GRECO, 2016).

Entre todas as causas de ilicitude, a legítima defesa foi a primeira a se afastar das partes especiais do Código Penal para assim assumir sua própria vida. corresponde a uma exigência natural, a um instituto em que leva o agredido a repelir uma injusta agressão ao seu bem tutelado, sempre foi conhecida por todas as legislações por fazer uma representação primitiva de reação contra o injusto. Giuseppe Bettiol nos traz que:

[...] Somente o Estado tem o direito de punir e impedir as consequências da prática de um crime. Mas nem sempre o Estado, inclusive o moderno [...], está em situação de intervir direta ou indiretamente para resolver os conflitos que podem apresentar-se na vida cotidiana (BETTIOL, 2000, p.275).

Masson (2012), nos traz um breve conceito referente a modalidade do excesso na legítima defesa:

Excesso é a desnecessária intensificação de um fato típico inicialmente amparado por uma causa de justificação. Pressupõe, portanto, uma excludente da ilicitude, a qual desaparece em face de o agente desrespeitar os seus limites legalmente previstos, suportando a punição pelas abusivas e inúteis lesões provocadas ao bem jurídico penalmente tutelado. Exemplo: a pessoa que, agredida fisicamente, sem risco de vida, defende-se moderadamente, provocando lesões no ofensor, age em legítima defesa e fica livre da atuação do Direito Penal. Se, todavia, matar o seu agressor, desnecessariamente, por não usar moderadamente os meios necessários para a defesa, responde por homicídio (excesso).

1.3 EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA EM SUA FORMA DOLOSA

Esse excesso, poderá ocorrer de duas formas, sendo dolosa ou culposa. O excesso doloso pode ser considerado quando o agente que sofreu agressão ao seu direito, usa do amparo que a lei lhe oferece para se proteger e mesmo depois de cessada a injusta agressão, o agente se excede ainda mais, movido por um desejo autônomo que na maioria das vezes é por ira, e o parágrafo único do artigo 23 do Código Penal é bem claro quando diz que “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”, então mesmo ele agindo em legítima defesa sobre seu direito, ao se exceder responderá pelo crime de excesso na legítima defesa. (BAYER,2013).

Em relação a imprescindibilidade do uso correto da legítima defesa sem concorrer no excesso, leciona Mirabete (2000).

(...) Estará excluída a legitimidade da defesa quando não estiverem presentes todos os requisitos previstos em lei. Assim, exigindo a lei o uso dos meios necessários e a moderação, não se configura a legítima defesa se houver excesso doloso ou culposo. Descaracteriza-se a legítima defesa quando a lesão ao bem jurídico do agressor é desproporcional ou desnecessária à defesa do beneficiário. (MIRABETE,2000, p.175).

Greco trará um breve conceito sobre o excesso doloso na legítima defesa, que seria quando o agente depois de cessar a injusta agressão sobre seu direito, continua o ataque sobre o que em primeiro momento feriu seu direito, com o único intuito de causar-lhe mais lesões ou até mesmo, lhe causar a morte, não mais por legítima defesa, mas sim, por maldade e má-fé (GRECO,2011).

Já Toledo (1987), quando fala do excesso doloso, diz que este ocorre quando ao se defender de uma injusta agressão comete ato defensivo desproporcional, e como exemplo, pode ser usado a situação em que uma pessoa ao receber um tapa no seu rosto, saca uma arma e dispara contra seu agressor o matando.

Outro exemplo em que há uma certa imoderação, onde o autor dos disparos prossegue na reação até que haja a morte do agressor, desta forma o excesso doloso como se viu, pode ser de natureza variada, será na modalidade dolosa quando o agente de forma consciente e deliberada, se aproveita da situação vantajosa de defesa, para que de uma forma desnecessária, provoca no agressor uma lesão muito mais séria, podendo ser por vingança, ódio ou por pura perversidade.

TOLEDO (1987), traz também que: "Caracterizado o excesso doloso, responde o agente pelo fato como um todo doloso, beneficiando-se apenas com a atenuante do art. 65, III, c, parte final, ou, quando for o caso, com a causa de diminuição do § 1º do art. 121" (TOLEDO, 1987)".

Na visão do autor Jesus, este entende que:

vislumbra-se o excesso doloso quando o agente inequivocamente deseja um resultado que ultrapassa o que é necessário para pôr fim ao ataque. Assim, responderá o agente pelo excesso, ou seja, pelo fato típico realizado dolosamente" (JESUS,1997, p.231).

Deste modo, percebe-se que é necessário demonstrar que esta conduta de excesso é realizada com a intenção por parte do agressor, de forma que este tenha consciência que irá agir de uma maneira desnecessária para realizar a defesa a seu direito que fora violado, provocando um dano bem acima do uso moderado com amparo em lei.

Então neste ponto se tem dificuldade em identificar a conduta se foi dolosa ou não por parte do agente, não sabendo se os atos foram praticados de forma intencional ou de forma involuntária.

1.4 EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA NA SUA FORMA CULPOSA

Na modalidade culposa, o excesso ocorre por conta da inobservância do dever de cuidado do agente quando atua amparado por alguma das excludentes de ilicitude. Um exemplo desta situação seria o agressor com um físico consideravelmente mais avantajado, o agredido para poder se defender dos socos que viria a levar, apanha do chão um pedaço de madeira e com ele se defende do agressor, o atingindo na cabeça causando-lhe ferimentos graves e levando o mesmo a óbito. Neste caso o agredido pelo descuido irá responder por homicídio culposos.

De acordo com o parágrafo único do artigo 23 do Código Penal, o excesso culposos na legítima defesa terá punição, *in verbis*:

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

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

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

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

Desta forma, terá o excesso culposos se quando o agente quis um resultado proporcional e moderado, porém por um descuido acabou gerando um excesso na sua reação a injusta agressão, sendo essa tanto na escolha, quanto na aplicação do meio. Entretanto, se isso derivar de caso fortuito, terá a isenção de pena. (NORONHA, 2004).

Porém alguns doutrinadores não seguem esse mesmo raciocínio, Zaffaroni e Pierangeli assevera que:

A única explicação plausível para o chamado "excesso culposo" é o de que se trata de uma ação dolosa, mas que, aplicando-se a regra da segunda parte do §1º do artigo 20, a lei lhe impõe a pena do delito culposo. Em face da definição de dolo do artigo 18, não se pode dizer jamais que, para a nossa lei, o chamado „excesso culposo "seja uma conduta culposa, e sim que o „culposo ", no máximo, seria o excesso, mas nunca a ação que causa o resultado, posto que, a se admitir o seu caráter culposo, se estaria incorrendo num flagrante contradição intra legem (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p.321).

O excesso na sua forma culposa está atrelado a uma causa objetiva do crime, que ocorre como sendo a consequência de um erro vencível, com um resultado que se torna mais grave que o necessário para repelir uma injusta agressão, isso por conta de um erro sobre a intensidade relativa ou a gravidade do perigo para evitá-lo. Erro ligada a diligência de um cidadão comum ao observar, agindo assim com culpa. (VENZON, 1989).

O agente de uma agressão acredita que ainda pode continuar sofrendo uma agressão, então ele dá continuidade a repulsa, Rogério Greco (2003), nos trará um exemplo, que seria a situação de um homem de grande porte, campeão de luta livre, começa por pura covardia a agredir outra pessoa, este que tem um porte físico muito inferior ao do campeão de luta livre, então este para se defender do agressor, sacou uma arma e disparou à queima roupa no lutador, que caiu desfalecido e com ferimentos graves no chão. Então o homem ainda com a arma na mão e com medo que o campeão de luta livre se levante e o ataque novamente, erroneamente aponta sua arma em direção ao homem caído e efetua mais um disparo, quando já não se fazia mais necessário repelir violência alguma. O homem agredido pelo campeão de luta livre agiu de uma forma desnecessária, mas por medo do que poderia acontecer, pensando que o seu agressor iria se levantar, agiu em legítima defesa na sua forma putativa, que mesmo agindo com dolo por exceder-se, responderá de forma culposa. (GRECO,2003).

Greco (2016),dirá também que da mesma forma, poderá se manifestar também de duas maneiras, sendo que na primeira quando o agente no calor do momento avalia de maneira errada a situação ao qual o envolvia, torna a acreditar que ainda está em estado de perigo e poderá sofrer um novo ataque a qualquer momento, então em razão disso, dá continuidade ao ato de repulsa. Já na

segunda situação, o agente ao não avaliar de uma forma correta os fatos e agindo com negligência em relação às circunstâncias que o cercavam, se excede em virtude do “erro de cálculo quanto a gravidade do perigo, ou seja, pensa que o perigo em que está exposto é gigante, porém é bem menor que pensa.

Já o excesso accidental, por sua vez, não tem relevância penal porque decorre de um caso fortuito ou de força maior. Um exemplo disto seria se o agredido para repelir a agressão, acerta um soco na cara do seu agressor e em razão da alteração de ânimo, ocorresse um colapso cardíaco o levando a morte. Neste caso, por ser um caso fortuito, o agressor que desferiu o soco, não responderia pelo excesso. (CUNHA, 2020, p.129).

Na lição de Greco (2011) sobre essa discriminante:

Diz respeito à situação em que o agente, nos termos do § 1º do art. 20 do Código Penal, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. (...) Diante dessa expressão, podemos fazer a seguinte ilação: somente quando o agente tiver uma falsa percepção da realidade no que diz respeito à situação de fato que o envolvia, levando-o a crer que poderia agir amparado por uma causa de exclusão da ilicitude, é que estaremos diante de um erro de tipo. Quando o erro cair sobre a existência ou mesmo sobre os limites de uma causa de justificação, o problema não se resolve com erro de tipo, mas, sim, como erro de proibição, previsto no art. 21 do Código Penal. (GRECO,2011).

Aníbal Bruno expõe, ainda, outro pensamento importante sobre o tema:

Mas, no outro extremo, o excesso pode resultar sem dolo nem culpa do agredido, reduzindo-se a um puro fortuito, que não afeta a legitimidade da defesa. Pode, enfim, o agredido, por erro inescusável quanto à força real da agressão ou à violência da repulsa, penetrar no excesso, e o resultado, então, punir-se-á como crime culposos, se a espécie admitir a forma culposa. Se o erro é escusável, não funciona a causa de exclusão do injusto, mas o agente ficará isento de pena por ausência de culpabilidade. (BRUNO, 1978, p.213).

É importante salientar que, da mesma forma que agindo em dolo, quando culposos o excesso, o agente que repelir a injusta agressão, responderá por aquilo que ele fez para que a investida ao seu direito fosse cessada, pois não provocará a exclusão total da legítima defesa pelo excesso.

De acordo com Francisco de Assis Toledo (1994), se faz necessário a presença de alguns requisitos na modalidade culposa do excesso na legítima defesa, esses que são: a) Estar o agente, inicialmente, em uma situação de

legítima defesa clara; b) dela se desviar, em momento posterior, seja na escolha dos meios

de reação, seja no modo imoderado de utilizá-los, seja por culpa estrito senso; c) estar o resultado lesivo previsto em lei como crime culposos.

Faz-se então necessário a presença de tais requisitos para que seja configurada a modalidade culposa.

Entende-se então que como foi visto até agora, a legítima defesa teve uma grande evolução através dos tempos, se modernizando e amparando o cidadão para que este não fique sem o direito de se proteger por conta própria, já que o Estado não se faz presente a todo o momento para socorrê-lo, e que mesmo tendo este direito de se defender, existem certos limites impostos por normas, não podendo ser ultrapassadas, a risco de agir em dolo ou culpa na ação praticada.

Sendo assim, no próximo capítulo será tratado sobre a previsão legal da legítima defesa e seu excesso, e em um segundo momento serão abordadas outras modalidades que compõem o excesso na legítima defesa.

2. ESPÉCIES E REQUISITOS DE LEGÍTIMA DEFESA

2.1 ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA

A fim de obter o objetivo do presente trabalho, será tratado neste capítulo a respeito das espécies de legítima defesa, em quais situações o cidadão estará amparado pela excludente de ilicitude, então será realizado essa busca, para entender mais sobre este determinado tema.

A princípio, será abordado a respeito das diferentes formas de legítima defesa, trazendo conceitos, e exemplos de como se configurava. Posteriormente passará aos requisitos, onde será demonstrado em quais tipos de ação, em que momento e que forma o agressor deve ter agido contra a vítima para que se tenha o direito de revidar sem que sua conduta configure crime.

2.1.1 Legítima defesa putativa

Essa modalidade de legítima defesa de acordo com Mirabete e Fabbrini (2016), ocorre quando o agente por erro, supõe que está prestes a sofrer uma injusta agressão, então no calor do momento revida sem observar atentamente que não se tratava de uma agressão propriamente dita, então neste caso não será excluída a antijuridicidade do fato, mas sim a culpabilidade.

Mirabete e Fabbrini nos trazem um exemplo disto

(...) agente que, em rua mal iluminada, se depara com um inimigo que lhe aponta um objeto brilhante e, pensando estar em iminência de uma agressão, lesa o desafeto. Verificando-se que o inimigo não iria atingi-lo, não à legítima defesa real por não ter ocorrido a agressão que a justificaria, mas a excludente de culpabilidade por erro plenamente justificado pelas circunstâncias. (MIRABETE e FABBRINI, 2006, p.324).

O mesmo autor também nos trará um outro exemplo, onde seria absolvido o acusado que com a ajuda de outrem, reage violentamente ao se deparar com alguém tentando abrir o seu carro por equívoco.

Então nota-se que a legítima defesa putativa se caracteriza pelo erro que o agente comete ao ter uma perspectiva errônea da verdadeira realidade, deste modo, a conduta praticada será analisada para saber se a conduta poderia ou não ser evitada.

Desta forma, deverá ser observado então se o erro caracterizador é desculpável, invencível ou escusável. Todavia se o erro for indesculpável, inescusável ou vencível, o agente responderá a título de culpa, por ter oportunidade de ter evitado, passando então a responder pelo crime culposos, sem a intenção, mas com possibilidade de evitar e não evitou. (JESUS, 2022).

Um exemplo de possibilidade de conduta diversa, seria quando o cidadão verifica alguém mexendo no seu carro, e tendo a possibilidade de perguntar o porquê, não o faz e chega dando socos e chutes, lesando assim a pessoa que tentava abrir o carro pensando ser o seu.

Deste modo, Flávio Augusto Monteiro de Barros leciona:

Ocorre quando o agente supõe erroneamente existir a agressão injusta, atual ou iminente. Exemplo: "A" atira em "B" supondo que este iria sacar do revólver, quando na verdade enfiara a mão no bolso para pegar um cigarro. Nesse caso, subsiste a antijuridicidade. Se o erro for escusável (art. 20, §1º, 32 1ª parte), exclui-se a culpabilidade; se inescusável, o agente responde pelo crime culposos, desde que o fato seja punível na modalidade culposa (art. 20, §1, última parte) (BARROS, 2006, p.147).

Francisco de Assis Toledo nos traz também que:

O art. 20, § 1º Código Penal (atual redação) estabelece ser isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Na parte final, admite o preceito a punição a título de culpa, se prevista em lei a figura culposa. Disso resulta que situações reais, configuradoras das causas de justificação do art. 23 do Código (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito), podem, quando irreais, isto é, quando, por erro, existirem apenas na imaginação do agente, transformar-se, dentro de certos limites, em causas de erro escusável, denominando-se, então, discriminantes putativas, isto é, discriminantes imaginárias, irreais (TOLEDO, 1994, p.243).

Desse modo, a legítima defesa putativa é um tema controverso no direito penal, já que parte da doutrina entende que a pessoa que age através de uma

falsa percepção deve ser responsabilizada de qualquer maneira se este for considerado ilegal, tendo em vista que a legítima defesa é uma excludente de ilicitude e deve ser aplicada somente quando existir uma injusta agressão, então não existindo uma injusta agressão, não se deve falar em legítima defesa

Por outro lado, a doutrina entende também que há exceções onde deve ser aceita a legítima defesa putativa, situações onde uma pessoa pensando ver outra em perigo eminente, age em sua defesa, então neste caso entende-se que deve ser reconhecido a legítima defesa putativa, já que agiu de boa-fé, não devendo responder pelo ato praticado.

2.1.2 Legítima defesa sucessiva

Entende-se por legítima defesa sucessiva aquele quando alguém está agindo em legítima defesa, porém, se excede ao repelir a injusta agressão, então aquele que está sofrendo o excesso, tem o direito de agir em legítima defesa sucessiva, para cessar o excesso que está sofrendo. (CAPEZ, 2007).

Conseqüentemente, é necessário que o agente esteja de acordo com a causa de justificação, uma vez que o agente inicialmente repelir uma agressão injusta e continua mesmo sem ter necessidade, então de acordo com Fernando Capez, passará de agredido para agressor, já que perde o direito de que detinha no início, para a outra pessoa, que passa ser o detentor da legítima defesa sucessiva. (CAPEZ, 2007).

Neste mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci nos trará um exemplo do que seria a legítima defesa sucessiva.

(...) se um ladrão é surpreendido furtando, cabe, por parte do proprietário, segurá-lo à força até que a polícia chegue (constrangimento admitido pela legítima defesa), embora não possa propositadamente lesar sua integridade física. Caso isso ocorra, autoriza o ladrão a se defender (é a legítima defesa contra o excesso praticado). (NUCCI, 2014, p.179).

Nota-se, que mesmo o ladrão estando cometendo um crime de furto com previsão legal no artigo 155 do Código Penal Brasileiro, o dono da residência se

não observar seus direitos de forma proporcional e moderada, passará o direito que de início era seu para o ladrão.

2.1.3 Legítima defesa antecipada

Esta é uma espécie de legítima defesa que não tem amparo por lei, já que é uma reação defensiva sobre uma agressão que ainda é futura e incerta, ou seja, é uma agressão que ainda não aconteceu.

Desta forma, levando em consideração que essa modalidade de legítima defesa não existe, a pessoa que atar outra por que recebeu uma ameaça, responderá por crime doloso, já que os requisitos para se caracterizar a legítima defesa é que a injusta agressão seja atual e iminente, diferente deste que é incerta e futura. (CAPEZ, 2007).

Mesmo o cidadão tendo certeza de que a ameaça de morte que recebeu irá se concretizar, não poderá agir em defesa própria antes de consumado o fato da ameaça, restando-lhe apenas comunicar a autoridade pública para que não se consuma o crime contra ele.

Porém há doutrinadores que tem outros posicionamentos acerca da legítima defesa antecipada

Nas palavras de Santana Júnior e Gadelha Junior (2006):

A definição de legítima defesa preventiva não é absolutamente diversa da legítima defesa clássica. Poder-se-ia dizer que legítima defesa antecipada seria a repulsão a uma agressão injusta, futura e certa (termos que cabem na expressão agressão iminente), a direito próprio ou alheio, usando proporcionalmente os meios necessários.

Deste modo, na visão destes doutrinadores, a legítima defesa antecipada nada mais é que a definição da legítima defesa clássica, onde a repulsa seria a uma injusta agressão que de certa forma seria certa e futura, e que o estado da mesma forma não estaria junto a ele para realizar sua defesa.

Também para que se fosse cabível essa excludente, na visão de Douglas Junior, seria necessária esses requisitos presentes ao praticar essa modalidade de legítima defesa.

Como requisito para a acatção da tese, e conseqüente absolvição, teremos sempre a demonstração do conjunto de circunstâncias que justifiquem a conduta do réu, por exemplo, quanto à certeza da agressão (futura e certa). Sempre terá que haver suficiente e robusta prova de que

o agente seria atacado, que tinha motivos bastantes para proceder em legítima e antecipada defesa. Sendo alegação do réu, as circunstâncias referidas teriam que ser demonstradas e provadas pela defesa (art.156, CPP). Tudo ainda sujeito à livre convicção judicial (art.157, CPP) ou ao crédito a ser dado pelos pares, no Júri, onde o princípio da convicção íntima revigora a admissão da tese.(JUNIOR,1995, p.235).

Nota-se então, que é necessário que haja sempre a certeza de que a injusta agressão irá se concretizar de fato, tendo que ser analisado o caso concreto.

2.1.4 Legítima defesa da honra

Esta modalidade refere-se a quando o agente tem sua honra violada, isto é, quando a violência não é contra sua vida ou patrimônio, mas sim sua dignidade e o que ele é perante a sociedade.

Nosso ordenamento jurídico nos traz três tipos de crime contra honra, que é calúnia, difamação e injúria, crimes esses que não permitem que haja a legítima defesa se cometidos, podendo somente cobrá-los em juízo.

Porém, além dessas ofensas contra a honra, há outras que ferem diretamente o ego de muitas pessoas, como por exemplo, casos de traição. E foi levando isso em conta que o Supremo Tribunal Federal, decidiu por unanimidade que a legítima defesa da honra não poderia ser usada como excludente de ilicitude, sendo que era usada como tese em crimes de feminicídio e violência doméstica para justificar a conduta do acusado.

Segundo Fernando Capez:

Nessa medida, não poderá, por exemplo, o ofendido, em defesa da honra, matar o agressor, ante a manifesta ausência de moderação. No caso de adultério, nada justifica a supressão da vida do cônjuge adúltero, não apenas por falta de moderação, mas também devido ao fato de que a honra é um atributo de ordem personalíssima, não podendo ser considerada ultrajada por um ato imputável a terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido do adúltero (CAPEZ,2007, p.323).

Portanto, não há proporcionalidade e moderação em uma comparação de vida e honra, onde alguém que teve sua honra violada tira a vida de outrem, deste

modo não se pode falar em legítima defesa e muito menos em excesso, já que desde o início a conduta será considerada criminosa.

2.2 REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA

Para que seja configurada a legítima defesa, será necessário que estejam presentes os seguintes requisitos; agressão injusta, agressão atual ou iminente, defesa de direito próprio ou alheio, repulsa com os meios necessários, uso moderado, elemento subjetivo do tipo permissivo, erro de execução na legítima defesa.

Portanto, se não observados os requisitos apresentados no parágrafo anterior, se desconfigurará a legítima defesa.

2.2.1 Agressão injusta

Segundo Fernando Capez:

Agressão injusta é a contrária ao ordenamento jurídico. Trata-se, portanto, de agressão ilícita, muito embora injusto e ilícito, em regra, não sejam expressões equivalentes. Não se exige que a agressão injusta seja necessariamente um crime (CAPEZ, 2007, p.121).

Então se faz necessário que a agressão seja de forma intencional, não podendo ser de uma forma culposa, sendo também necessário que a vítima saiba que está sofrendo uma injusta agressão, e que venha a agir unicamente para repelir essa agressão contra si ou terceiro, e não usar desta excludente para outras finalidades, como agredir, se vingar ou algo relacionado a estas condutas, pois sendo assim, responderá pelos atos praticados.

Não se pode confundir agressão injusta com provocação injusta. Uma agressão poderá ser uma forma de provocação, quando alguém chega e dá um tapa na cabeça de outro sem o agredido merecer, portanto, recebeu o tapa simplesmente para começar uma briga, porém nem toda a provocação constituirá

uma agressão, que tem como exemplo uma pessoa que recebe várias ofensas verbais sem que atinja sua honra. segundo Hungria, a provocação injusta deve ser analisada de uma forma mais objetiva, pois, tal conduta pode ser mera provocação para uns, mas para outros pode ser considerado uma agressão. (AZEVEDO; SALIM, 2020).

2.2.2 Agressão atual ou iminente

Faz-se necessário para a configuração desse requisito que, a agressão seja atual, ou seja, que o agente esteja sofrendo a agressão naquele exato momento, já quando eminente, o agente sabe que irá acontecer, é atual em futuro imediato, e um exemplo disso é quando o agressor de longe vem com uma faca na mão e já anuncia a agressão.

Nos ensinamentos de Flávio Augusto Monteiro de Barros:

Atual é a agressão que já começou a lesar o bem jurídico, mas ainda não cessou. [...]. Iminente é a agressão prestes a se tornar atual. [...]. Assim, a reação deve ser imediata e contemporânea à agressão atual ou iminente, pois o fundamento da legítima defesa é a necessidade de proteção urgente ao bem jurídico ameaçado (BARROS, 2006, p.325).

A agressão futura ou passada não irá abrir espaço para a caracterização da legítima defesa, pois o agente terá a possibilidade de procurar autoridade para defesa de seu bem jurídico tutelado, e se agisse diante de uma agressão futura, o agente estaria criando a modalidade de legítima defesa antecipada, esta que não está presente no rol taxativo do código penal, todavia, perante circunstância anormal, diante disto estaria a vítima sob inexigibilidade de conduta diversa, Azevedo e Salim (2020), nos trazem um exemplo do que foi explanado, que seria quando uma pessoa presa em uma penitenciária sofre uma ameaça de um companheiro de cela que diz, “ se o diretor do presídio não atender meu pedido eu vou matar meu companheiro de cela”, então o ameaçado com medo de ser morto já que o preso que o ameaçou já havia matado outro colega de cela pelos mesmos motivos, se apropria de um objeto pontiagudo e mata o homem que o ameaçou duas horas antes da momento em que lhe foi prometida sua sentença morte por parte do mesmo.

Portanto, o medo e a vingança não autorizam que seja praticado a legítima defesa, mas apenas a necessidade de uma defesa urgente, então se autorizada a legítima defesa contra fato futuro, seria um convite ao duelo, não estimulando a pessoa em situações como essa a recorrer ao estado como meio de proteção. (AZEVEDO; SALIM, 2020, p.345).

2.2.3 Defesa de direito próprio ou alheio

Este requisito trata também da defesa não somente da própria pessoa, mas também de um terceiro que está em atual e iminente perigo.

Admite-se a legítima defesa não somente para direito próprio, mas sim de outrem também, pois a legítima defesa irá se consagrar como sendo um ato de solidariedade de um com o outro em um momento de extrema dificuldade e necessidade, não sendo como requisito para isso um grau de parentesco ou amizade, somente a simples vontade de exercer a legítima defesa sobre o outro.

Este terceiro pode ser qualquer um, seja uma pessoa jurídica, um nascituro ou até mesmo o próprio estado, pois a legítima defesa é uma autotutela que tem exatamente a função de auxiliar o estado a manter a preservação do direito quando este não puder se fazer presente, para ele mesmo dar esta garantia ao agente lesado. (BARROS, 2006).

2.2.4 Repulsa com os meios necessários

O meio necessário será aquele que estiver à disposição do agredido e que acarretará um dano mínimo ao seu agressor, mas suficiente para cessar a injusta agressão contra si ou a outrem, então no momento de repelir deverá ser observado esse requisito, para que assim o agredido não acabe agindo com excesso na legítima defesa. Porém não sendo possível a escolha de um meio menos danoso ao agressor, terá o agredido utilizar aquilo que estiver ao seu alcance, então depois de cessada a agressão, o meio necessário será verificado de acordo com o caso concreto. (AZEVEDO; SALIM, 2020, p.123).

Ao sofrer a injusta agressão no calor do momento não é possível calcular de forma milimétrica um meio na proporção exata da agressão sofrida, então em casos assim, deve ser analisado tal situação de forma flexível e não de forma milimétrica, pois o agredido não tem o dever de naquele momento de desespero calcular de forma exata o que poderá ser mais ou menos danoso ao seu agressor.

Azevedo; Salim (2020) também nos trará que, o meio utilizado para a defesa pode ser desproporcional à agressão sofrida, porém o modo como se defendeu não poderá ser desproporcional, devendo ser de uma forma moderada, um exemplo disso seria quando alguém está sendo atacado com uma barra de ferro, então, como único meio possível no momento cessar a injusta agressão seria sacar uma pistola e fazer um disparo contra o agressor, então notasse que uma pistola em relação a barra de ferro é extremamente desproporcional, porém a forma como foi manuseada a pistola para afastar o agressor não, já que se continuasse sendo atingido pela barra de ferro, o agente poderia ser facilmente morto.

E partindo destes requisitos apresentados neste capítulo, será abordado no próximo capítulo acerca dos limites legais impostos pela lei, quais as modalidades de excesso que ocorrem dentro das excludentes e algumas abordagens jurisprudenciais acerca do excesso na legítima defesa.

3. LIMITES, OUTRAS MODALIDADES DE EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA, E ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL

A fim de alcançar o objetivo deste presente trabalho, será abordado a linha tênue entre a ação causadora da injusta agressão e a forma de repelir.

Em um primeiro momento será apresentado os limites impostos pelo estado sobre a legítima defesa e até onde se pode ir para defender o bem jurídico, então logo após será elencado as modalidades de excesso presentes na legítima defesa, e ao final, será tratado sobre algumas jurisprudências que versam sobre essa temática.

3.1 LIMITES À LEGÍTIMA DEFESA

A legítima defesa se caracteriza como sendo uma excludente de ilicitude e antijuridicidade conforme o artigo 23 do Código Penal, tendo um papel muito importante na sociedade, pois sem ela, não se tem a chance de defender se de uma injusta agressão, podendo ter nossos direitos violados de todas as formas possíveis já que não teria o estado a todo tempo junto ao cidadão, então tem sido uma maneira de todas as pessoas agir para não precisar perder seus bens ou morrer em silêncio nas mãos de criminosos, a excludente é um meio pelo qual deve ser entendida como medida necessária para defesa de direito próprio ou de terceiros, tendo a necessidade de ser feito de forma moderada e proporcional.

Então como visto até agora, agindo dentro dos parâmetros legais permitidos, o agente que precisar agir em legítima defesa contra uma injusta agressão, não cometerá crime algum, visto que se tratará de uma ação necessária. Porém, aquele que se exceder de alguma forma, incorrerá em excesso, que também poderá se dar de várias formas.

A legítima defesa tem se revelado ser um excelente modo legal e eficiente para se ter a garantia da ordem jurídica, já que o estado não poderá estar presente em todos os momentos. É um direito essencial que o cidadão tem para proteger seu bem jurídico, substituindo o estado e seus agentes, é uma

permissão legal do próprio estado, todavia, tendo seu excesso mensurado, pois a repulsa imoderada poderá ocorrer numa inversão de papel, tornando a vítima da ação em autor da ação. Então se faz necessário não ultrapassar a linha tênue entre o crime cometido e a forma de repeli-lo.

De acordo com Luís Carlos Avansi Tonello

Para que se dê a legítima defesa perfeita, há de existir proporcionalidade entre a repulsa e o perigo causado pela agressão, medida individualmente, em cada caso, não, porém, subjetivamente, mas conforme o critério aferido de acordo com o homem equilibrado que nesse instante e circunstância se vê agredido (2003, p.182).

Deste modo, os limites ao serem ultrapassados ocorrerá uma desproporção conforme determina a lei quanto ao direito. Por isso, na moderação se faz necessário que a vítima da ação que se defende, nunca vá além da exigência razoável da circunstância, (TOLEDO, 1994).

Conforme diz Rogério Greco:

Geralmente, o excesso tem início depois de um marco fundamental, qual seja, o momento em que o agente, com a sua repulsa, fez estancar a agressão que contra ele era praticada. Toda conduta praticada em excesso é ilícita, devendo o agente responder pelos resultados dela advindos (GRECO, 1999, p.300).

Sendo assim, ao se exceder na forma de repelir uma agressão, não deverá esta conduta ser vista de forma isolada, ou independente, pois tendo em vista que este ramo do direito penal não tem autonomia jurídica própria, deve estar vinculada a uma causa legal da excludente. Então para que haja a existência do excesso, se faz necessário ter a conduta primária da ação que é a legítima defesa que é a causa de justificação.

Rogério Greco (1999), nos trará também que em um primeiro momento deve estar presente os pressupostos que determinam uma legítima defesa, tendo em mente que o agente de início agiu amparado pela causa de justificação, que logo em seguida acabou ultrapassando a linha permitida pela lei, e por consequência, sofrerá o desamparo que tinha ao iniciar a ação.

Após isto, é feita a análise para que seja identificado se o agente agiu com dolo ou culpa. Algumas correntes discorrem acerca do tema, de um lado tem os que dizem que o excesso sempre será doloso, pois mesmo depois de haver cessado a agressão que sofria no início da ação, não interrompe seus atos, dá prosseguimento mesmo sem haver mais necessidade, somente pelo simples fato de alcançar o resultado almejado, e para estes que agem dessa forma, deve

haver a descaracterização da excludente e responder pelo ilícito causado no agressor primário. Já para outros, o agente deu prosseguimento no ato pois não há a obrigação de saber quando já é o suficiente para imobilizar o seu agressor, já que a pessoa que sofreu a injusta agressão está tomada por uma forte emoção e tudo que quer é repelir o ataque a todo custo, e por isso deixa de se atentar ao limite que ultrapassa os parâmetros legais. (GRECO, 1999).

3.2 OUTRAS MODALIDADES DE EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

O código penal no seu artigo 23 § único, nos trará apenas duas modalidades de excesso na legítima defesa, que será a forma dolosa e culposa, estas que já foram apresentadas no primeiro capítulo deste trabalho. Porém a doutrina além destas duas, irá nos trazer mais cinco outras formas de excesso, que tem o objetivo delinear um parâmetro existente na forma como o excesso foi causado ao repelir uma injusta agressão, como cada conduta praticada não se prenderá apenas em modalidade culposa ou dolosa, mas sim em outras modalidades bem mais específicas.

3.2.1 Excesso voluntário

Nesta modalidade, o agente irá se exceder no meio que utilizou para repelir a injusta agressão ou no uso que fez do meio, a pessoa irá agir com vontade não de apenas se defender, mas sim ultrapassar os limites e causar danos ao seu agressor sem haver a necessidade, já que mesmo depois de cessada a injusta agressão, a vítima primária continua, e neste caso ele responderá a título de dolo, praticando assim o excesso doloso. (AZEVEDO E SALIM, 2020)

Guilherme de Souza Nucci nos traz um breve conceito e em seguida um exemplo do que se trata o excesso voluntário na legítima defesa.

"(...), pode-se falar em excesso voluntário (ou consciente) quando o agente tem plena consciência de que intensifica desnecessariamente sua conduta de início legítima. Exemplo: depois de ter dominado o ladrão, a vítima efetua disparos de arma de fogo contra ele, por raiva, matando-o (NUCCI, 2020,p.127).

Então de certa forma, a vítima de um roubo que mesmo depois de ter dominado o ladrão que a roubou, saca uma arma e efetua disparos no ofensor, sem haver qualquer necessidade, visando unicamente lesar o bem jurídico dele, esta que inicialmente foi a vítima da ação, torna-se a autora de um homicídio

doloso contra a vida daquele que já não tinha reação nenhuma, aquele que já não apresentava nenhum perigo ao autor dos disparos.

3.2.2 Excesso involuntário

Diferente da modalidade apresentada acima, nesta forma de excesso o agente agirá de maneira que não apresenta dolo em sua ação, pois agiu de maneira involuntária excedendo-se nos limites da legítima defesa, porém, cometendo erro de tipo, ultrapassando os limites sem se dar conta. Então para que seja determinada qual será sua responsabilidade, far-se-á necessário ser feita uma avaliação para que se identifique se o erro poderia ser evitado ou não.

Será considerado um erro evitável se uma pessoa mediana no lugar do agente tivesse agido de forma diversa, um exemplo disto é quando a vítima durante um assalto, consegue desarmar e dominar o assaltante, e mesmo depois de cessada a ação do mesmo, o agente pensando ainda haver risco de ele tornar o assalto, o agride fisicamente. Então nesta situação o agente responderá a título de culpa pelo resultado produzido excessivamente.

Porém, por outro lado, se entende por erro inevitável, quando a vítima da ação não tem como agir de forma diversa da conduta que poderia ser praticada por uma

pessoa mediana, onde que neste caso afasta-se a culpa do agente, não respondendo ele por excesso na legítima defesa. Um exemplo disto seria quando uma pessoa que andando tranquilamente na rua é abordada por um ladrão que ao aproximar-se da vítima e saca uma pistola de brinquedo e o ameaça de morte caso não entregue seus pertences, sem se dar conta que a pistola que o ladrão porta é de brinquedo, saca uma arma de verdade que portava legalmente e efetua disparos em direção ao bandido até que o mesmo não apresente mais ameaça. Então neste caso a vítima do assalto não tem a obrigação de identificar de imediato que o que o ladrão portava não era uma simples arma de brinquedo, e, portanto, não se faz a exigência de uma conduta diversa do autor dos disparos, pois no calor do momento e com uma ameaça a seu bem jurídico mais valioso

que é a sua vida, não teria como identificar se a arma poderia ou não efetuar disparos. (ESTEFAM, 2020).

3.2.3 Excesso exculpante

Esta modalidade de excesso se dá quando a situação incorre de perturbação de ânimo, susto ou medo. Neste caso o agente não irá responder pelo excesso, pois de certa forma se faz presente a inexigibilidade de uma conduta diversa. (AZEVEDO E SALIM, 2020).

Alberto Silva Franco (2005), Trará que:

A locução 'excesso exculpante' define bem a matéria que se abriga sob sua área de abrangência. Trata-se da ocorrência de um excesso, na reação defensiva, que não é, por suas peculiaridades, reprovável, ou melhor, merecedor de apelação. Não se cuida de excesso culposo porque, neste, o excesso deriva da falta do dever objetivo de cuidado enquanto, naquele, há um excesso resultante de medo, surpresa ou de perturbação de ânimo. É evidente que o excesso exculpante pressupõe uma agressão real, atual ou iminente, e injusta, isto é, com todas as características de uma ação ofensiva. A resposta deve, no entanto, ser havida como excessiva e tal excesso não é devido a uma postura dolosa ou culposa, mas a uma atitude emocional do agredido.

Trata-se de uma causa supralegal de exclusão de culpabilidade, ilustrando esta modalidade de excesso: O agente ao ser abordado e sofrer um ataque inesperado e violento, estando na posse de uma arma saca e efetua disparos contra o seu agressor, porém por conta do susto dispara mais vezes que o necessário para repelir o ataque, levando assim, o agressor a óbito (NUCCI, 2020).

Se tratando de uma causa supralegal de exclusão de culpabilidade, não há previsão legal a respeito do excesso exculpante no Código Penal Brasileiro, apenas construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. Porém em outros países o excesso exculpante tem previsão legal em seus respectivos códigos. A exemplo disto está o código espanhol, alemão e português.

O código alemão e português dispõe que: "Ultrapassando o agente os limites da legítima defesa por perturbação, medo ou susto, não será ele punido"; "o

agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis” (LOBATO, 2019).

Já na Espanha, o medo derivado de uma injusta agressão é considerado como uma causa de exclusão de ilicitude, então o agente ao agir em legítima defesa e por medo excede na reação, não estará praticando ato ilícito, já que estará amparado legalmente pelo seu código vigente.

Embora no direito brasileiro não se considera o medo como sendo uma excludente de culpabilidade, é certo dizer que ele pode dar reações inesperadas ao agente que está sofrendo uma injusta agressão e agiu de maneira excessiva em decorrência do medo, ao analisar uma situação de legítima defesa ou estado de necessidade, deve ser levado em conta esse estado de espírito. (NUCCI, 2020).

Não se deve confundir o excesso culposo com o excesso exculpante, Já que o primeiro é chamado de excesso culposo em sentido estrito já que é derivado do erro inescusável de discriminante putativa, já que este ocorre por conta da não observância de dever de cuidado que é exigido no caso concreto pelo agente.

Isto posto, Rogério Greco (2017), nos traz que a diferença entre ambos:

Já no excesso exculpante, o pavor da situação em que se encontra envolvido o agente é tão grande que não lhe permite avaliá-la com perfeição, fazendo com que atue além do necessário para fazer cessar a agressão. Essa perturbação mental o leva, em alguns 36 casos, a afastar a culpabilidade. Dissemos em alguns casos porque, como regra, uma situação de agressão que justifique a defesa nos traz uma perturbação de espírito, natural para aquela situação. O homem, como criatura de Deus, tem sentimentos. Se esses sentimentos, avaliados no caso concreto, forem exacerbados a ponto de não permitirem um raciocínio sobre a situação em que estava envolvido o agente, podem conduzir à exclusão da culpabilidade, sob a alegação do excesso exculpante. (GRECO, 2017, p.213).

Guilherme de Souza Nucci (2011), nos trará que, o medo decorre de um estado de espírito onde exaltando advindo de um temor consolidado por um mal autêntico, atual ou iminente, que afasta a percepção de que a reação para repelir a injusta agressão está sendo de forma excessiva por conta de uma perturbação psíquica, esta que se não houvesse configura uma ação criminosa, então para que seja caracterizado esta excludente é imprescindível que a emoção seja móvel da ação. O direito brasileiro embora, não considera como excludente de

culpabilidade a emoção, poderá considerar que as reações inesperadas causadas pelo transtorno sofrido pelo agente em decorrência da situação na qual se encontra, sejam o suficiente para que seja feita a exclusão da culpa no caso do excesso praticado pelo mesmo.

Desta forma é visível que o excesso exculpante de alguma forma visa retirar a culpabilidade por não ser necessário a exigibilidade de uma conduta diversa da praticada pelo agente da ação, mesmo sendo típico e antijurídico, deixa de haver a culpa em decorrência do caso concreto.

3.2.4 Excesso intensivo e extensivo

O excesso intensivo ou próprio, acontece quando o agente se depara com uma injusta agressão e se utiliza de algum meio para repelir, porém ao realizar age de uma forma desproporcional à agressão sofrida, agindo assim em excesso ao ultrapassar os meios legais a que está amparado para garantir a sua segurança.

É o que ocorre quando ainda estão presentes os pressupostos das causas de exclusão de ilicitude, a título ilustrativo, Cleber Masson nos trará que:

Assim, enquanto no excesso *intensivo* há um excesso em sua virtualidade lesiva, ou melhor, um excesso no qual o agente sobrepesa os limites impostos pela necessidade ou pela proporcionalidade, no excesso *extensivo* há um excesso na duração da defesa, isto é, a defesa se prolonga por mais tempo do que a duração da atualidade da agressão: reage-se frente a uma agressão que, a rigor, *deixou de existir*. (MASSON, 2020, p. 233).

Cleber Masson (2020) nos traz que de certa forma o excesso extensivo será considerado como sendo um crime autônomo, fora do contexto da excludente de ilicitude. Esta situação poderá ser dividida em duas etapas, a primeira será quando estão presentes os pressupostos da justificativa, ou seja, quando ainda está ocorrendo o fato, quando o agente ainda está sofrendo a injusta agressão e age de maneira imoderada ao repelir a mesma.

Um exemplo disso seria quando a pessoa ao sofrer uma injusta agressão através de arma branca, pega uma arma de grosso calibre e dispara várias vezes

no autor da agressão mesmo tendo ao seu dispor armas mais leves e que seriam o suficiente para imobilizar o criminoso. Então percebesse que o ato praticado pela vítima dos ações, não foi realizado de forma isolada, mas sim juntamente com a conduta primária do fato, todavia não responderá por crime autônomo pois ainda estava presente o pressuposto da justificativa.

Já uma segunda etapa diz respeito à qual a excludente já foi encerrada, e o indivíduo acaba praticando outro delito, ou seja, após repelir a injusta agressão de forma legal e moderada, o agente que havia sofrido a investida contra seu direito acaba imobilizando o seu agressor, porém após ter feito a imobilização, o agente desfere golpes de faca contra o seu agressor, o levando a óbito, então o autor das facadas que havia iniciado a ação como agindo em legítima defesa, acaba se excedendo de forma extensiva e concorre no crime de homicídio doloso.

Então nota-se que o primeiro ato tem ligação com o segundo, porém irão se desprender e o agente irá responder pelo homicídio como sendo um crime autônomo, não estando mais amparado na legítima defesa.

O excesso extensivo ou impróprio, é aquele em que não se faz mais presente os pressupostos das causas de exclusão de ilicitude. Não se faz mais existente a agressão ilícita, a situação de perigo já está encerrada, houve o cumprimento do dever legal e foi regularmente exercido o direito resguardado por lei. Em seguida o agente ao ofender bem jurídico alheio, acaba por responder por resultado doloso ou culposos. (MASSON, 2020)

Damásio de Jesus (2002), apresenta como seria a possibilidade de simular uma legítima defesa mesmo tendo ultrapassado os limites da proporção:

(...) excesso extensivo (excesso na causa) ocorre nas hipóteses em que o autor simula uma situação de legítima defesa (pretexto de justificação) ou há desproporção entre a agressão e a reação (ex.: morte de uma criança que estava furtando uma maçã). Neste caso, o excesso extensivo a legítima defesa. (DAMÁSIO, 2002, p. 324).

Celso Delmanto (1993), nos trará outro exemplo a respeito do excesso extensivo.

Ao defender-se de injusta agressão, o sujeito põe seu contendor desacordado e gravemente ferido; após este estar caído ao solo, ainda lhe causa mais uma lesão leve. Embora a lesão grave esteja acobertada pela justificativa, a posterior lesão leve foi excessiva e será punida por dolo, caso

a intenção tenha sido provocá-la; ou por culpa, se decorrente da falta de cuidado do agente. (DELMANTO, 1993,p. 341).

Nota-se que no exemplo dado por Delmanto, o agente mesmo tendo causado lesão grave em seu agressor ao se defender de forma legal, excedeu-se com uma lesão leve após o mesmo já estar no chão, então da mesma forma irá responder a título de dolo, mesmo que a primeira tenha sido mais grave. (MASSON, 2020).

3.2.5 Excesso accidental

Por fim, o excesso accidental, que muitas vezes é confundido com o excesso exculpante, pois em ambos o agente ao repelir a injusta agressão, não teve a vontade de se exceder, ou seja, ele não quis agir de forma moderada.

Um exemplo seria quando o agente ao repelir uma injusta agressão, dá um soco na cara do seu agressor, que se desequilibra e cai de cabeça no meio fio e vem a óbito. Então neste caso, diferente dos outros excessos, não foi extrapolado nenhum meio necessário, o agente não agiu desproporcionalmente, nesta modalidade a vítima reage de forma proporcional, porém, por um acidente acaba acontecendo um resultado inesperado.

Outro exemplo que poderia ser dado para acrescentar no mesmo raciocínio, é na situação em que o agredido para se proteger de uma injusta agressão e fazer cessar por completo, revida com o intuito apenas de realizar sua defesa e nada mais, com isso, dá um soco no seu agressor, e ao levar a invertida da vítima tem seu ânimo alterado e por consequência disso acaba sofrendo um ataque cardíaco e morrendo ali mesmo no local do fato.

Seria um caso fortuito, já que a pessoa que deu o soco não teve controle sobre o que foi acontecer logo após ele ter efetuado o soco no agressor, deste modo, o

agente não poderá responder nem a título de dolo e nem a título de culpa. (NUCCI, 2020).

3.3 ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL ACERCA DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

A forma de determinar o excesso na legítima defesa é de certa maneira bastante complexa já que é necessário primeiramente analisar todos os requisitos para que seja verificado se existe a presença da respectiva causa excludente, e após isso sim determinar se houve ou não o emprego de excesso na situação analisada. Deste modo, se encontra o entendimento do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Homicídio doloso. Júri. Quesito. Relativo a excesso culposo na legítima defesa. Submissão aos jurados. Inadmissibilidade. Resposta negativa sobre a ação excludente. Prejuízo reconhecido aquela outra questão. Nulidade inexistente. HC denegado. Recurso improvido. Aplicação do art. 484, III, do CPP. Precedente. Quando os jurados negam que o réu tenha agido em legítima defesa, fica ipso facto prejudicado o quesito sobre excesso culposo da ação excludente de ilicitude (TJRS – Rel. Min. CEZAR PELUSO - RHC 81396 – O. J. 2ª Turma – J. 25.9.2007)

Já referente a modalidade a forma dolosa do excesso na legítima defesa, o agente que age com excesso o faz com a livre e consciente vontade, agindo de forma imoderada e propositalmente ao repelir a injusta agressão, podendo ser em razão de vingança, raiva ou ódio. Todavia, na forma culposa do excesso, no momento de repelir a injusta agressão, o agente falta com cuidados, ou comete erro de cálculos, desta forma ele produz um resultado que não era de sua intenção. Já em relação a algumas emoções, devido a cargas de elementos, como medo, susto e perturbações, tem-se outra modalidade de excesso que não é punível, esta que é chamada de excesso exculpante. Isto dito, caberá ao julgador analisar caso a caso para saber identificar diante de qual modalidade de excesso está presente, Assim, tem-se o entendimento da Corte Suprema, in verbis:

EMENTA: JÚRI - QUESITOS - ORDEM - COMPETÊNCIA - DOLO DIRETO E INDIRETO - Empolgado pela defesa o homicídio culposo, cumpre formular, após os quesitos gerais - materialidade, autoria e consequência da lesão - os relativos ao dolo, indispensáveis à definição da própria competência do Tribunal do Júri. Assegurada constitucionalmente a competência do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra

a vida, a indagação através de quesitos, se o crime é doloso ou culposo, deve preceder às teses da excludente de ilicitude ou justificativas previstas no Código Penal. Se a defesa sustentar a prática de crime culposo e não doloso, o Conselho de Sentença deverá definir se o réu agiu sob influência de um dos elementos do crime culposo elencados no art. 18 do Código Penal. Afirmativa ou negativa a resposta, os jurados terão definido a modalidade de culpa ou, afastando-a, fixado a sua competência. JÚRI - QUESITOS - LEGÍTIMA DEFESA - AGLUTINAÇÃO - MEIOS NECESSÁRIOS - MODERAÇÃO - Descabe englobar em quesito único as indagações sobre os meios necessários e a moderação. O desdobramento dos quesitos, com inclusão das modalidades do crime culposo, proporciona definição da conduta do réu. A junção de tópicos da defesa em quesito único - meios necessários e moderação, bem como o silêncio no tocante ao excesso doloso - vicia o julgamento perante o Tribunal do Júri. JÚRI - QUESITOS - LEGÍTIMA DEFESA - EXCESSOS CULPOSO E DOLOSO. A simples resposta negativa ao quesito referente ao excesso culposo não torna dispensável o alusivo ao doloso. A ordem jurídica em vigor contempla, de forma implícita, o excesso escusável (ASSIS TOLEDO, DAMÁSIO E ALBERTO SILVA FRANCO). No campo de processo-crime, a busca incessante da verdade real afasta o exercício intelectual da presunção; cabe indagar se o réu excederá dolosamente os limites da legítima defesa. O excesso exculpante não se confunde com o excesso doloso ou culposo, por ter como causas a alteração no ânimo, o medo, a surpresa. Ocorre quando é oposta à agressão injusta, atual ou iminente, reação intensiva, que ultrapassa os limites adequados a fazer cessar a agressão. Habeas Corpus deferido para anular o julgamento e determinar que outro seja realizado, formulando-se os quesitos com atenção às circunstâncias em que o crime ocorreu (TJRS – Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - RHC 72341 – O.J. 2ª Turma – J. 13.6.95).

Desta maneira, em conformidade o Supremo Tribunal Federal entende também:

EMENTA: - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. JÚRI. LEGÍTIMA DEFESA: EXCESSO DOLOSO OU CULPOSO. "HABEASCORPUS". 1. Tendo sido suprimida a formulação de quesitos sobre o excesso doloso e culposo, considerados obrigatórios pela jurisprudência desta Corte, ficou evidenciada a perplexidade dos Jurados, quando admitiram que o réu se defendeu de uma agressão atual e injusta, mas que o fez por motivo torpe. 2. Em circunstâncias que tais, os precedentes do Supremo Tribunal Federal desconsideraram o fato de não ter havido protesto a respeito dos quesitos durante a sessão do Tribunal do Júri, porque têm por caracterizada hipótese de nulidade absoluta. 3. "H.C." deferido, para se anular o acórdão impugnado e o julgamento perante o Tribunal do Júri, para que a outro se submeta o paciente, como de direito. (STF – Rel. Min. 42 SYDNEY SANCHES - RHC 78167/RJ – RIO DE JANEIRO – O.J. 1ª Turma. J.14.12.1998).

Não poderá servir como meio de vingança privada o instituto da legítima defesa, mas deve ter como utilidade uma saída para aquele que ao se deparar com uma injusta agressão possa repeli-la se o estado não estiver presente para defendê-lo. Assim sendo uma medida de exceção onde o estado abre mão de sua restrita exclusividade de punir para que o cidadão possa ter a possibilidade

de proteger seu bem jurídico das injustiças, se defendendo com os meios necessários e de forma moderada, e cabendo ao juiz determinar esta linha tênue que separa o ataque da defesa, desta forma, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Depois da Reforma Penal de 1984, segundo o parágrafo único do art. 23 do CP, o agente responderá pelo excesso doloso ou culposo em qualquer das causas de exclusão de ilicitude. Desde então, tornou-se obrigatório o questionamento do excesso doloso ou culposo, sempre que o Conselho de Sentença negar, na excludente da legítima defesa, o uso dos meios necessários ou a moderação no emprego dos meios. (TJRS – Ap. Crim. 697.023.711 – Rel. Des. DANÚBIO EDON FRANCO - 4ª C. – J. 25.6.97 – M. V.) (RT 746/662).

Da mesma forma, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

EMENTA: I. É nula a decisão do Tribunal que acolhe contra o réu nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício: Súmula 160, que alcança precisamente as nulidades absolutas - com relação às quais veio a pacificar a divergência anterior -, pois, quanto às nulidades relativas, na hipótese, é óbvia e incontroversa a ocorrência da preclusão. II. Júri: quesitos da legítima defesa: excesso culposo ou doloso: acolhido o entendimento de que, negada a moderação da defesa, se deve indagar ao Júri tanto do excesso doloso quanto do excesso culposo, a orientação da Súmula 162 tenderia a indicar a precedência do quesito referente à qualificação culposa do excesso, mais favorável à defesa. (STF – Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RHC 76237/MG – MINAS GERAIS – J. 14.08.1998 O.J. 1ª Turma).

Na mesma linha de entendimento, há também algumas disposições jurisprudenciais a respeito das outras modalidades de excesso na legítima defesa, essas que serão apresentadas em seguida.

Então deste modo, jurisprudência do tribunal de justiça a respeito de excesso exculpante na legítima defesa.

. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 129, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. EXCESSO EXCULPANTE. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA.

PRIMEIRA FASE. AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: ANTECEDENTES, PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. SEGUNDA FASE. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO E AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. 1. Na hipótese não se caracteriza a legítima defesa, pois, ainda que tenha agido logo em seguida as agressões da vítima, o réu não utilizou os meios estritamente necessários para repelir a injusta e atual agressão perpetrada, circunstância exigível para o reconhecimento da excludente.

e de ilicitude, pelo contrário, efetuou três golpes certos na cabeça da vítima. Com efeito, a narrativa dos fatos dada pelo réu aliada ao laudo pericial e as demais provas constantes dos autos, tenho que comprovado, que o réu, ao revidar as agressões usou de meios imoderados e desproporcionais causando as lesões na vítima que veio a óbito, configurando, assim, o crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do Código Penal. 2. O excesso exculpante elimina a culpabilidade do agente em razão de não se pode exigir dele conduta diversa dá por ele escolhida. Entretanto, para a sua admissibilidade faz-se necessário que a ação do agente tenha sido motivada por uma perturbação extrema, pavor e medo. 3. No caso, a defesa não logrou comprovar qualquer situação que pudesse alterar o ânimo do réu, a tal ponto de não ser possível exigir-lhe conduta diversa daquela efetivada, em que desferiu diversas pauladas contra a vítima, quando já tinha o domínio da situação. 4. Condenação transitada em julgado posterior ao fato em deslinde e processos em trâmites não conduzem a valoração negativa da circunstância judicial antecedentes. 5. Afasta-se a valoração negativa da circunstância judicial personalidade, tendo em vista ter sido utilizado o mesmo fundamento para avaliar negativamente a conduta social. 6. O falecimento da vítima é ínsito ao tipo penal, eis que o legislador penaliza com uma pena mais grave a lesão corporal seguida de morte, razão pela qual, a morte da vítima não constitui fundamento idôneo para valorar negativamente a circunstância judicial das consequências do crime. 7. O entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de aplicação da atenuante da confissão mesmo quando circundada por teses defensivas exculpantes. 8. O delito pelo qual houve o trânsito em julgado foi praticado em momento posterior ao crime em tela, a qual ainda se encontra em fase de julgamento, motivo pela qual não se vislumbra, no caso, a ocorrência do instituto da reincidência. 9. Recurso conhecido e provido em parte. (TJPI | Apelação Criminal Nº 2016.0001.006858-1 | Relator: Des. Joaquim Dias de Santana Filho | 2ª Câmara Especializada Criminal | Data de Julgamento: 15/02/2017)

Aqui tem-se um exemplo de um recurso que não foi dado provimento, pois foi alegado o excesso exculpante, porém o agente agiu de maneira imoderada, sendo rejeitado o pedido.

Porém, neste outro caso, é apresentada outra jurisprudência do TJ-AL, no qual o recurso foi conhecido e provido.

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA ANTE A CONFIGURAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA. POSSIBILIDADE. CONTEXTO FÁTICO QUE EVIDENCIA QUE O RECORRENTE AGIU EM LEGÍTIMA DEFESA DE TERCEIRO. EXCESSO EXCULPANTE NA LEGÍTIMA DEFESA. ACUSADO QUE VIU A SEGURANÇA DE SEU FILHO AMEAÇADA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I Restou cabalmente demonstrado que o acusado agiu em legítima defesa de terceiro, tendo em vista que seu filho estava sofrendo agressão injusta e atual, pois a vítima o agrediu, o ameaçou de morte e por fim apontou uma arma de fogo para sua cabeça, momento em que o réu interviu, entrou em vias de fato com o ofendido, conseguiu desarmá-lo e deflagrar disparos da arma de fogo em face dele. II Ademais, o fato de o acusado ter deflagrado 11 (onze) tiros não obsta o reconhecimento da legítima defesa, restando configurado em verdade uma legítima defesa com excesso exculpante, caracterizada quando o agente age com excesso para repelir agressão injusta, porém, diante das

circunstâncias do caso concreto, seria inviável exigir dele conduta diversa. III Recurso conhecido e provido.

A exemplo, tem-se o provimento deste recurso, onde foi constatado legítima defesa de terceiro, e dado reconhecimento a modalidade exculpante. Onde o acusado ao ver seu filho sendo ameaçado com uma arma, interviu e matou a vítima do fato, é visto que neste caso o autor do homicídio não teve escolha a não ser defender seu filho, diferente do recurso apresentado acima, onde o acusado se excedeu ao repelir a agressão que havia sofrido com vários golpes de facão, pois mesmo depois de imobilizado, continuou, desta forma, agindo com excesso doloso, não podendo alegar que teve seu ânimo alterado, restando só comprovado que agiu com o intuito de se aproveitar da situação para provocar danos a outrem.

Há também jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a respeito de excesso intensivo:

EMENTA: APELAÇÃO - HOMICÍDIO TENTADO - ABSOLVIÇÃO SUMARIA - AFASTAMENTO - PRONUNCIA - NECESSIDADE - LEGÍTIMA DEFESA - **EXCESSO INTENSIVO** - POSSIBILIDADE - QUALIFICADORA - MOTIVO FÚTIL - ADMISSIBILIDADE. A presença de elementos de cognição que indicam a possibilidade de **excesso intensivo** na defesa contra a injusta agressão torna inviável a absolvição sumária do apelado na primeira fase do procedimento do júri, pois o julgamento de mérito acerca da causa de excludentes de ilicitudes cabe aos jurados. Comprovada a materialidade e presentes indícios suficientes da autoria impõe-se a pronúncia do apelado. Vislumbrando-se que o fato teria sido praticado por conta de cobrança agressiva de dívida natural de pequena monta, é admissível a qualificadora de motivo torpe. (Art. 21, § 2º, II, CPP).

A Partir disto, também acerca do excesso extensivo na legítima defesa, Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. LESÕES CORPORAIS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA. LEGÍTIMA DEFESA. EXCESSO. CRIME DE AMEAÇA. NÃO COMPROVAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL. 1. A palavra da vítima no âmbito da violência doméstica e familiar contra mulher se reveste de especial valor probatório para fins da atribuição da autoria delitiva. 2. Configura excesso extensivo de legítima defesa o prolongamento da conduta de repressão à agressão injusta além da duração da atualidade da agressão sofrida. 3. Não configura crime de ameaça aquela realizada em contexto de troca de injúrias quando, pelas provas contidas nos autos, não restar demonstrado o propósito de causar temor na vítima. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Há também outra jurisprudência a respeito do excesso extensivo do TJ-AP:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. APELAÇÃO. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CABIMENTO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. LEGÍTIMA DEFESA. EXCESSO EXTENSIVO. AUSÊNCIA DE EMPREGO DE MEIOS MODERADOS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA PARA MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. 1) O excesso extensivo, situação em que há desproporção entre a agressão e a reação, afasta a justificante da legítima defesa, vez que, nesta hipótese, está ausente o requisito do “uso moderado dos meios necessários”, conforme redação do art. 25 do CPB; 2) Corroboradas pelo conjunto probatório a materialidade e a autoria, não há como acatar o pedido para que, reformada a sentença, seja o réu absolvido; 3) Sendo a condenação inferior a 04 anos, aplicável ao caso a Súmula nº 269 do STJ, para estabelecimento de regime inicial semiaberto, mesmo que o réu seja reincidente, conquanto que favoráveis as circunstâncias judiciais; 4) Recurso de apelação provido parcialmente.

Então há uma certa diferença entre ambas decisões, onde a primeira, que diz respeito a excesso intensivo, o agente causador do excesso não haja prolongando a ação de defesa ao tentar repelir a injusta agressão, mas sim se utiliza de meios desnecessários para se defender, mesmo tendo ao seu alcance uma forma mais proporcional, o mesmo escolhe outra que vá causar mais danos à vítima. Já na segunda ocasião onde se refere ao excesso extensivo, o agente não se utiliza de meios desproporcionais para defender-se, mas sim estende sua forma de repelir a agressão, sendo desproporcional ao tempo de duração da sua defesa, dando prosseguimento na reação sem ter mais necessidade, desta forma, concorrendo na modalidade de excesso extensivo.

Por último, sobre o excesso accidental, à uma jurisprudência do TJ-DF.

APELAÇÃO. JÚRI. LEGÍTIMA DEFESA. EXCESSO ACIDENTAL. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. - NÃO É ACIDENTAL O EXCESSO DOS MEIOS EMPREGADOS NA LEGÍTIMA DEFESA QUANDO PROVENIENTE DE CAUSA ADVINDA DA VONTADE HUMANA OU DO SEU CONTROLE, PORQUE SÓ TAIS CAUSAS INFLUEM NA PREVISÃO OU NA POSSIBILIDADE DE SER PREVISTO O RESULTADO DA AÇÃO EXCESSIVA. APELAÇÃO. JÚRI. LEGÍTIMA DEFESA. EXCESSO ACIDENTAL. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. - NÃO É ACIDENTAL O EXCESSO DOS MEIOS EMPREGADOS NA LEGÍTIMA DEFESA QUANDO PROVENIENTE DE CAUSA ADVINDA DA VONTADE HUMANA OU DO SEU CONTROLE, PORQUE SÓ TAIS CAUSAS INFLUEM NA PREVISÃO OU NA POSSIBILIDADE DE SER PREVISTO O RESULTADO DA AÇÃO EXCESSIVA.

Apelação na qual não foi dado provimento, pois o excesso accidental só acontecerá quando independe de vontade humana, é um caso fortuito, onde a

situação foge do controle daquele que foi se defender e por acidente acaba ocorrendo a morte do agressor, casos onde o agressor ao ser empurrado depois de tentar assaltar alguém, cai e bate a cabeça no meio fio e acaba morrendo.

Neste contexto, é evidente que a legítima defesa não será apenas justificada com dolo ou culpa, mas sim, ainda mais especificamente sobre a conduta da ação para repelir a injusta agressão, é notório que a cada detalhe da ação serve para determinar em qual modalidade de excesso o agente incorre.

Então de certa forma a legítima defesa não é um meio jurídico utilizado para vingança, ou por estar com ódio de alguém e se aproveita da situação para exceder-se e causar danos ao bem jurídico de outrem, mas sim, para ser um escape para a pessoa que está sofrendo algum tipo de violência e não tem o estado ao seu lado para defendê-la.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O Estado com o objetivo de disciplinar as pessoas, atua através de conjunto de regras, que é utilizada para controlar a conduta dos cidadãos, regras essas que são emanadas de representantes que foram eleitos pelo próprio povo, visa buscar a proteção dos bens jurídicos de cada um por meios coercitivos, então o objetivo principal é buscar a satisfação da necessidade da justiça.

Esse conjunto de normas preestabelecidas é regida por garantias constitucionais sendo esses, princípio da legalidade e princípio da reserva legal que irão tipificar ilícitos penais e combinar penas a condutas valoradas.

Porém, mesmo o ordenamento jurídico brasileiro tendo muitas regras que regulam a conduta do cidadão, à também normas permissivas, onde o estado permite existir uma liberdade de ação, estas que ao serem praticadas pela pessoa, irão acarretar na exclusão da ilicitude do fato típico, sendo essas: estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular do direito, e a legítima defesa. Deste modo, essas excludentes ao serem colocadas em ação, como consequência, farão com que a conduta praticada deixe de ser crime.

Entende-se então que o estado não podendo se fazer presente a todo o momento, transfere ao cidadão essa prerrogativa, para que não dependa totalmente da proteção do estado ao se ver em uma situação de injusta agressão. Sobretudo, está prerrogativa dada pelo estado tem limitação também, não podendo a pessoa ao se encontrar numa situação como apresentada acima agir de qualquer maneira sem um limite imposto, e torna-se desnecessário que alguns requisitos sejam verificados, devendo a agressão ser injusta, ser atual ou iminente, ser proteção de direito próprio ou alheio, repulsa aos meios necessários, e uso dos meios moderados.

Então o estado mesmo dando a oportunidade de o cidadão gozar desta ação defensiva de seus direitos, o mesmo estado a regulará através de normas que irão regular a ação de defesa, não permitindo que ao repelir uma injusta agressão, o agente não acabe cometendo algum tipo de excesso. Excessos esse que poderão

ser dar na forma dolosa e na forma culposa. Desta forma, quando se age excessivamente na legítima defesa se dará tanto pela falta de moderação, quanto pelo emprego de meios desnecessários utilizados para repelir a injusta agressão.

Praticado o excesso na legítima defesa, não será analisado apenas se foi realizado na modalidade dolosa ou culposa, mas também feito uma análise detalhada do caso concreto para que seja verificado em qual das modalidades especificamente foi exercido a defesa, modalidades essas que são: excesso intensivo, extensivo, exculpante e excesso acidental, cada uma com suas características específicas, determinando se o agente agiu de forma imoderada ou utilizou meios desnecessários para realizar a conduta que está tipificada como crime.

Então através de análise jurisprudencial, nota-se que os casos levados a julgamento, são julgados de forma cuidadosa diante da sua complexidade, onde o acusado tem o direito de ter sua ampla defesa garantida, onde é determinado se o agente agiu em legítima defesa e se cometeu excessos. Excessos esses que serão identificados de forma mais complexa em qual modalidade agiu, já que cada um tem seus requisitos para que seja aplicada.

Então, nota -se como o nosso ordenamento jurídico evoluiu através dos tempos, um estado que outrora foi totalmente negligente e sem organização, onde os povos realizavam suas vinganças de forma privada de modo que a legítima defesa era exercida até mesmo envolvendo terceiros, a exemplo da lei de talião presente no código de Hamurabi, em que dizia, "olho por olho, dente por dente", pessoas que tinham como direito matar o filho de outro se o seu filho tiver sido morto, de certa forma tinha uma regulamentação, porém uma regulamentação falha e equivocada, já que a constituição não tem a vingança como forma de legítima defesa e agora um estado organizado e com regras normativas feitas em favor do povo, para que o cidadão não fique totalmente dependente do estados em algumas situações, onde seu bem jurídico sofra algum tipo de investida.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, **Marcelo André de. Direito Penal: Parte Geral.** 10 °.ed. Salvador: Jus podivm, 2020.

ALMEIDA, apud LINHARES, Marcello. **Legítima defesa.** 4 °. ed.Rio de Janeiro: forense, 1992.

ALMEIDA, Cândido Mendes. **Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal.** Tomo I. Ed. fac-similar da 14. ed., 2ª a 1a, 1603, e a 9ª, de Coimbra, 1821. Brasília: Senado Federal, 2004.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral.** 3ª ed. introdução, norma penal, fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 1978, tomo 1°.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal: parte geral.** Zacarias, 2000.

BAYER, D.A, **Legítima defesa: a linha tênue entre o excesso doloso e o excesso exculpante:** Jusbrasil. Jaraguá do sul- SC, 2013.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral.** v.1. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2007

CRETELLA JR, José. **Curso de direito romano.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral:** arts. 1° ao 120. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

(ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral:** arts. 1° a 120. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 300).

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?** Madrid: Marcial Pons, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

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

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. 18^a. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, v.1.

GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 19^a. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**, v. 1, 25^o. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal. Parte geral**, vol.1. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: parte geral**. 1^o v., São Paulo: Saraiva, 1997.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado. Parte Geral**, v.1. 6. ed. Rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte geral**. 16^a. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral - Parte Especial**. 6^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2009.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 34^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v.1.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal: introdução e parte geral**. v. I, 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16^o. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SANTANA JUNIOR, Francisco das Chagas de; GADELHA JUNIOR, Francisco das Chagas. **A legítima defesa antecipada**. Revista Direito e Liberdade. Mossoró, v.3, n. 2, 2006.

SILVA FRANCO, Alberto. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte geral**, 2005.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Jurisprudências acerca da legítima defesa**. Jurisprudências publicadas em 04 mai. 2006. Disponível em . Acesso em 10 junho. 2023.

TONELLO, Luis Carlos Avansi. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. Cuiabá: Janina, 2003.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Jurisprudências acerca da legítima defesa**. Jurisprudências publicadas em 22 maio. 2019. Disponível em . Acesso em 10 junho. 2023.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed São Paulo: Saraiva, 1994.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 3ª ed São Paulo: Editora Saraiva, 1987

Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Jurisprudências acerca da legítima defesa**. Jurisprudências publicadas em 21 junho. 2023. Disponível em . Acesso em 15 junho. 2023.

VENZON, ALTAYR. **Excessos na legítima defesa**. Porto Alegre: Fabris, 1989.

VIEIRA, Jair Lot. **Código de Hamurabi; Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono); Lei das XII Tábuas / (Série Clássicos)**, São Paulo: Edipro, 3.ed., 2011,

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002