

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO
RIO GRANDE DO NORTE**

LEGÍTIMA DEFESA E SUA PROBLEMÁTICA

Petrônio Costa de Paiva

NATAL

2004

PETRÔNIO COSTA DE PAIVA

LEGÍTIMA DEFESA E SUA PROBLEMÁTICA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:

Luiz Eduardo Marinho Costa, Dr.

**NATAL
2004**



Catálogo na Publicação na Fonte / Biblioteca da FARN

Setor de Processos Técnicos.

Paiva, Petrônio Costa de.

Legítima defesa e sua problemática / Petrônio Costa de Paiva. - Natal: FARN, 2004.
59 p.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Natalense para o
Desenvolvimento do Rio Grande do Norte.

Orientador: Luiz Eduardo Marinho Costa, Dr.

1.Direito Penal – Monografia 2. Direito Ambiental – Monografia 3. Responsabilidade
penal da Pessoa Jurídica – Monografia.

RN/FARN/BC

CDU 343.2



M
343.131.5
P17l
2004

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE.
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO RIO GRANDE DO
NORTE

LEGÍTIMA DEFESA E SUA PROBLEMÁTICA

Petrônio Costa de Paiva

Monografia apresentada e aprovada em _____ de _____ de _____, pela banca
examinadora composta pelos seguintes membros:

Luiz Eduardo Marinho Costa, Dr.
Orientador

Membro examinador

Membro examinador

Natal, _____ de _____ de _____.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, acima de tudo, pelo dom da vida.

Também aos meus pais e demais familiares, como reconhecimento pelo apoio recebido em todos os projetos de minha vida.

A todos os meus professores, pelos ensinamentos ministrados e estímulo aos desafios profissionais que recebi no decorrer de toda a graduação.

De maneira especial, ao Prof. Luiz Eduardo Marinho Costa, que orientou este trabalho, percebendo os erros e acertos do mesmo, e fazendo-o sempre com sabedoria e competência.

A todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a elaboração deste trabalho, meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

A pesquisa é um trabalho exploratório sobre uma das causas de exclusão de antijuridicidade permitidas pelos regramentos legais brasileiros que é a legítima defesa. De acordo com essa discriminante, praticado um ato inicialmente típico, o mesmo não vai ser considerado crime porque conta a seu favor com uma causa que exclui a ilicitude de tal ato. Porém para se enquadrar um determinado comportamento como sendo de legítima defesa é necessário que o mesmo atenda aos vários requisitos reclamados pelo art.25 do Código Penal, transformando tal verificação numa série de exigências que uma vez não atendidas gerará a punição do agente, por essa razão a seguinte problemática: Quando um ato pode ser considerado como de legítima defesa? Responder a essa pergunta é o objetivo deste trabalho, que foi desenvolvido de acordo com a seguinte metodologia: pesquisas a doutrina especializada a respeito, legislação em vigor correlata e por último, consultas a jurisprudências. Com tal desiderato, num primeiro momento foram analisados alguns aspectos importantes relacionados com o tema como o Direito de punir do Estado, conceito de crime, regramento legal e conceito, direito comparado, teorias que a justificam entre outros. Em seguida, foi realizada a análise de cada um dos requisitos da excludente presentes no Código Penal. Por fim, foi feito um estudo a respeito do excesso na legítima defesa, de maneira que ao término do trabalho, foi possível avaliar se aquele ato foi desencadeado com o intuito de defesa legítima ou não.

Palavras-chave: Direito de punir; Legítima defesa; Agressão injusta.

ABSTRACT

The research is a exploratório work on one of the causes of exclusion of antilegality allowed by the Brazilian legal regramentos that are self defense. In accordance with this discriminante, practised an initially typical act, the same does not go to be considered crime because it counts its favor with a cause that excludes the illegality of such act. However to be fit one definitive behavior as being of self defense it is necessary that the same it takes care of to the some complained requirements for art.25 of the Criminal Code, transforming such verification into a series of taken care of requirements that a time will not generate the punishment of the agent, therefore following the problematic one: When an act can be considered as of self defense? To answer to this question is the objective of this work, that was developed in accordance with the following methodology: research the specialized doctrine the respect, legislation in vigor correlata and finally, consultations the jurisprudences. With such desideratum, at a first moment some related important aspects with the subject had been analyzed as the Right to punish of the State, concept of crime, legal regramento and concept, comparative jurisprudence, theories that justify it among others. After that, the analysis of each one of the requirements of exculpatory the gifts in the Criminal Code was carried through. Finally, a study regarding the excess in self defense was made, thus to the ending of the work, it was possible to evaluate if that act was unchained with the intention of legitimate defense or not.

Words-Key: Right to punish; Unjust aggression; Self defense.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 DIREITO DE PUNIR	09
3 CONCEITO DE CRIME	12
4 LEGÍTIMA DEFESA : REGRAMENTO LEGAL E CONCEITO.....	15
4.1 LEGÍTIMA DEFESA E SEUS LIMITES-DIREITO COMPARADO.....	15
4.2 LEGÍTIMA DEFESA – TEORIAS QUE A JUSTIFICAM.....	16
4.3 LEGÍTIMA DEFESA – RAÍZES HISTÓRICAS E REQUISITOS.....	18
4.4 AGRESSÃO ATUAL OU IMINENTE E INJUSTA.....	20
4.5 DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO.....	24
4.6 USO MODERADO DOS MEIOS NECESSÁRIOS.....	27
4.7 INEVITABILIDADE DA AGRESSÃO.....	31
4.8 ELEMENTO SUBJETIVO.....	32
4.9 TIPOS DE LEGÍTIMA DEFESA.....	33
4.10 LEGÍTIMA DEFESA RECÍPROCA.....	35
4.11 PROVOCAÇÃO E DESAFIO.....	36
4.12 LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA.....	37
4.13 LEGÍTIMA DEFESA E ESTADO DE NECESSIDADE.....	38
4.14 LEGÍTIMA DEFESA SUCESSIVA.....	39
4.15 HIPÓTESES DE CABIMENTO DE LEGÍTIMA DEFESA.....	39
4.16 HIPÓTESES DE NÃO CABIMENTO DE LEGÍTIMA DEFESA.....	41
4.17 EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA.....	42
5 CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

O homem sempre viveu em sociedade desde os tempos primitivos e desde o momento em que surgiu mais de uma pessoa para habitar uma mesma localidade, apareceu o conflito de interesses entre elas. Inicialmente, o Estado era omissor em relação à resolução dos problemas evidenciados no convívio social, deixando que cada um resolvesse a sua maneira toda e qualquer querela.

Essa era a fase da vingança privada, em que prevalecia a lei do mais forte quando nem sempre havia garantia de justiça. Com o passar dos tempos, o Estado reclamou para si a administração da Justiça, de maneira que, ao surgir qualquer infração ao ordenamento jurídico, o ofendido deveria procurar o Estado para que o mesmo tomasse as medidas legais cabíveis, uma vez que somente este detinha o monopólio da Justiça. A justiça pelas próprias mãos não era mais tolerada e o direito de punir agora pertencia exclusivamente aos entes governamentais.

Sabe-se que o convívio humano social é composto por uma série de atos, no entanto, nem todos são permitidos pelos regramentos legais brasileiros, existindo alguns que são proibidos tendo estes sido batizados pela dogmática jurídica de crime. Portanto, somente os atos repugnados pelas nossas leis e previamente definidos, merecem a punição estatal, de maneira que é imprescindível haver um conceito e codificação para todos esses atos.

Porém, observa-se que em algumas situações uma ação, que na sua aparência exterior se assemelha a um crime, não merece a reprimenda penal, porque está acobertada por uma excludente de antijuridicidade trazida no Código Penal Brasileiro, como é o caso da legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal, exercício regular do direito e o estado de necessidade.

Por essa razão, a legítima defesa é citada como uma das causas de exclusão de antijuridicidade e constitui-se objeto de estudo deste trabalho, pois entende-se que a legítima defesa consiste no direito que tem todo cidadão de defender-se de qualquer agressão injusta que lhe atinja bens valiosos protegidos legalmente. Vale salientar que para que esta reação seja considerada legítima, é necessário que a mesma atenda aos vários requisitos legais reclamados,

pois acaso algum deles, não seja atendido, desconfigurada estará a discriminante e como consequência ter-se-á a punição do ato.

Dessa forma surge a pergunta. Quando um ato pode ser considerado como de legítima defesa? Para respondê-la, deve-se analisar se o mesmo derivou de uma agressão injusta, se o agente usou moderadamente dos meios necessários e ainda se o seu direito ou de outrem está sendo agredido ou na iminência de sê-lo.

Este trabalho objetiva analisar toda problemática referente à legítima defesa. Para isso, pretende-se analisar cada um dos requisitos referidos, no parágrafo acima, e que são exigidos pelo art.25 do Código Penal para que uma reação seja considerada legítima, como também os tipos existentes da excludente de antijuridicidade, a diferença entre a mesma e o estado de necessidade, hipóteses de cabimento e de não cabimento, entre outros itens.

Por fim, será analisado o excesso que é a intensificação desproporcionada de uma reação que inicialmente era legítima. Ou seja, o indivíduo na sua defesa não pode exercê-la de forma excessiva, indo além do que considera-se necessário para cessar a agressão, pois se acaso isso acontecer, o ato será punido, obedecendo-se o parágrafo único do art.23 do Código Penal, tendo em vista que não foi obedecido o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Logo o excesso pode ser doloso, culposos ou exculpante e cada qual gera consequências diversas, podendo ainda ser classificado como intensivo ou extensivo. Também pretende-se verificar as diferenças e os efeitos que esses excessos propiciam.

2 DIREITO DE PUNIR

Viver em sociedade é uma característica inata ao homem e à medida que o número de pessoas reunidas num grupo vai aumentando, o número de problemas também segue o mesmo caminho. Essa é uma consequência inevitável da evolução da humanidade que temos presenciado nos últimos tempos.

Primitivamente, o homem buscava por seus próprios meios a reparação do dano sofrido e a punição agindo diretamente sobre o ofensor. Essa era a fase da vingança privada ou da autotutela na qual o Estado não intervinha e deixava que cada um resolvesse a seu modo toda e qualquer querela. Nesse período, inexistia um Estado suficientemente forte para vencer os âmbitos individualistas humanos e impor o Direito acima da vontade dos particulares. Não havia um órgão estatal soberano e com autoridade nem leis para garantir o cumprimento do Direito. Desse modo, quem pretendesse algo e fosse resistido pela vontade de outrem, teria de usar a própria força para obter a satisfação da sua pretensão. Como consequência, nem sempre havia garantia de justiça no desenlace da questão, pois o mais forte vencia o mais fraco impondo o seu desejo. A pena significava apenas a vingança, revide à agressão sofrida, desproporcionada com a ofensa e sem preocupação de ser uma atitude justa. Nessa fase, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam instintivamente, sem proporção à ofensa, atingindo não apenas o agressor, como também todo o seu grupo. Caso a violação fosse praticada por alguém não pertencente à tribo, travava-se uma verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele a que pertencia o ofensor, resultando em algumas ocasiões a dizimação completa de um dos grupos.

Porém, com o passar dos tempos, sentiu-se a necessidade de abolir a vingança privada, passando-se para o Estado a incumbência de dirimir os conflitos sociais. Surge então a jurisdição, fase na qual o Estado detém, com exclusividade, o direito de punir alguém pela prática de um ato delituoso. Hoje, se há conflito de interesses entre duas pessoas e uma se opõe à pretensão da outra, em regra o Direito impõe que, caso o prejudicado queira pôr fim a essa situação, seja chamado o Estado-Juiz, o qual irá declarar a vontade do ordenamento jurídico no caso concreto e, se for o caso, fazer com que os fatos se comportem na realidade prática conforme essa vontade (Execução).

É de conhecimento de todos que a vida em sociedade, gera a ocorrência de crimes, pois o convívio social faz surgir inúmeros fatores que impulsionam o homem a cometê-los, de maneira que erradicá-los é algo praticamente impossível. A prática de crimes desestabiliza a sociedade porque atinge não somente o sujeito passivo da infração penal, mas a sociedade como um todo, contribuindo para a desordem social. Então, diante de tal quadro, incumbe ao Estado garantir a preservação da paz social. Para alcançar este objetivo, é o Estado dotado do direito de punir ou *jus puniendi* que vem a ser o direito da aplicar a sanção estabelecida na norma penal incriminadora. No entanto, tal aplicação é delimitada pelo Princípio da Reserva Legal insculpido na Carta Magna no art 5º, XXXIX, que afirma não haver crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal. Logo, para o Estado aplicar uma sanção, o agente deve enquadrar-se em um tipo penal previamente estabelecido.

Nessa segunda fase (Jurisdição), o Estado é titular privativo do *jus puniendi* e como tal deve aplicar a pena a todo aquele que agredir o ordenamento jurídico estatal, ou seja, para obter a harmonia da paz social, que é violada por uma infração, ele opõe-se a quem transgrediu os mandamentos legais, impondo ao transgressor uma pena.

O *jus puniendi* revela-se, portanto, como uma das facetas da soberania do Estado que monopolizou a administração da Justiça, trazendo para si, toda e qualquer aplicação de sanções penais e além do mais desautorizou a vingança privada que agora serve apenas como referência histórica.

No entanto, vale salientar que, contrariamente ao direito de punir do Estado há o direito de liberdade do indivíduo amplamente assegurado pelo art 5º, caput, da Constituição Federal quando enuncia: "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 segurança e à propriedade[...]" (BRASIL, 1999, p.2-3).

Ao ser praticada a infração penal, surge o conflito de interesses, de um lado o Estado querendo punir o agressor aplicando-lhe uma pena e de outro, o indivíduo buscando manter o seu *status libertatis*. Para o desenlace dessa questão, há o Processo Legal para que seja dado cumprimento ao Princípio Constitucional, assegurado também no art 5º, LIV, quando afirma: "Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal." (BRASIL, 1999, p.9).

Para aplicar a pena, o Estado assegura o devido processo legal e só através dele pode ser restringida a liberdade de qualquer pessoa. Mesmo na hipótese em que o indivíduo queira, por sua vontade própria, submeter-se ao direito de punir, não será este aplicado, pois como afirmado acima, o direito de liberdade é protegido e só através do processo pode ser aplicada a pena. Logo, para aplicar o *jus puniendi*, o Estado precisa de um instrumento imparcial que garanta aos litigantes a observância de um rol de direitos mínimos assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro o qual vem a ser o Processo.

3 CONCEITO DE CRIME

O crime pode ser conceituado segundo os aspectos material e formal ou analítico.

O aspecto material busca estabelecer a essência do conceito, procurando-se justificar o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não, indagando-se a razão pela qual o legislador previu que tal conduta seria punida pelo ordenamento ao contrário de outras, bem como conhecendo-se o critério utilizado para distinguir os ilícitos penais de outras condutas lesivas. Para tal investigação, os estudiosos utilizaram-se de ciências extra-jurídicas como a Sociologia, a Filosofia, a Psicologia entre outras. Sob esse enfoque, entende-se que o crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem ou interesse jurídico tutelado pela norma penal e considerado fundamental para a existência da coletividade e da paz social.

O aspecto formal ou analítico busca sob um enfoque jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime, ou seja, determina os elementos componentes do mesmo. Tem como finalidade, propiciar a correta e mais justa decisão sobre a infração penal e seu autor, possibilitando que o julgador desenvolva em etapas o seu raciocínio, a partir de cada integrante do conceito. Porém, vale salientar que sob esse ângulo não há unanimidade na doutrina, existindo duas correntes com conceitos divergentes tratadas a seguir.

Para a primeira corrente, crime é fato típico, antijurídico e culpável (Teoria tripartida do Crime). Essa definição foi defendida pelos adeptos da teoria causalista da ação que afirma que sendo o crime um ato voluntário não é relevante a sua intenção. Para se caracterizar a ação típica, é necessário apenas apreciar o comportamento do agente, sem se importar com a intenção do mesmo. Dolo e culpa estão inseridos na culpabilidade e não na ação, fato esse que justifica a culpabilidade como um dos elementos integrantes do conceito de crime.

A conduta é tratada como simples exteriorização de movimento ou abstenção de comportamento, desprovida de qualquer finalidade. O único nexos que importa estabelecer é o natural (causa e efeito), desprezando-se os elementos volitivos (dolo) e normativos (culpa). Segundo essa teoria, é totalmente irrelevante, para a caracterização do crime, saber se o resultado foi produzido pela vontade do agente ou se decorreu de sua atuação culposa, interessando apenas identificar quem foi o causador material. A culpabilidade consiste pois num vínculo subjetivo que liga a ação ao resultado, ou seja, no dolo (querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo) ou na culpa em sentido estrito (dar causa ao resultado) por imprudência, imperícia ou negligência.

Para a segunda corrente, o crime existe em si mesmo por ser um fato típico e antijurídico (Teoria bipartida do Crime) e a culpabilidade não contém o dolo ou a culpa em sentido estrito, mas representa a reprovabilidade ou censurabilidade de conduta, sendo então um pressuposto de aplicação da pena. Esse conceito foi influenciado pelos defensores da teoria finalista da ação. Para ela, todo comportamento humano é voltado para uma finalidade, não sendo apenas uma relação causal.

O delito não poderia mais ser qualificado apenas como um simples desvalor do resultado, passando antes a configurar um desvalor da própria conduta. Não se pode considerar a existência de crimes ignorando-se totalmente a vontade, como se as pessoas não fossem dotadas de livre-arbítrio e como se todos os resultados fossem, *a priori*, idênticos. Não existe conduta relevante para o Direito Penal se não for conduzida pela vontade humana. Esta é o núcleo da ação voltada para um fim criminoso.

Dessa forma, dolo e culpa estão inseridos no fato típico. É a corrente que adotamos, por entendermos que a culpabilidade não pode ser integrante do referido conceito, mas apenas um item a ser verificado, na hora de se penalizar um agente, tendo em vista que mesmo se o agente não for culpável como quando age em erro de proibição, o crime subsistirá. Além do mais, o Código Penal, ao tratar da culpabilidade, menciona sempre a exclusão da pena e não do crime nos arts. 26, 27 e 28, por exemplo.

No entanto, convém lembrar que se por um lado essa nova concepção bipartida inspirou-se no finalismo, cumpre recordar que Welzel, precursor do finalismo, mantinha a culpabilidade dentro do crime. Outros finalistas também adotam esse entendimento, porque estão apegados à antiga concepção tripartida do delito, ou seja, o crime continua sendo fato típico, antijurídico e culpável, porém a culpabilidade é tratada de forma diferente nas teorias finalista e causalista.

Adotando-se a teoria bipartida do crime, permite-se que o julgador desenvolva o seu raciocínio em etapas, como afirmado acima. Dessa maneira, deve-se observar em primeiro lugar, a tipicidade da conduta, ou seja, a mesma tem que estar descrita na lei como infração penal. Caso a resposta seja afirmativa, verifica-se se a mesma é antijurídica, isto é, contrária ao direito por não estar abrigada por nenhuma causa que exclua a sua ilicitude, trazidas no Código Penal no art. 23 que são o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular do direito.

Por último, verifica-se se o autor foi ou não culpado pela prática do crime, avaliando-se se o mesmo deve sofrer ou não um juízo de reprovabilidade pelo crime cometido, lembrando ainda que o Código Penal traz algumas causas que excluem a culpabilidade como é o caso da inimputabilidade decorrente da idade (CP, art.27), embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior (CP, art 28, §1º), doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (CP, art 26), coação moral irresistível (CP, art.22), erro de proibição (CP, art.21), entre outras.

4 LEGÍTIMA DEFESA : REGRAMENTO LEGAL E CONCEITO

A legítima defesa é a segunda causa de exclusão de antijuridicidade. É prevista no Código Penal Brasileiro no artigo 23, inciso II, que afirma: “Não há crime quando o agente pratica o fato: em legítima defesa” (BRASIL, 1988, p.49).

É também regulada pelo artigo 25 do mesmo Código, o qual a define: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” (BRASIL, 1988, p.49)

O Código Civil igualmente contempla a legítima defesa, como causa de exclusão de ilicitude, no art. 188, I, quando enuncia: “Não constituem atos ilícitos: os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido” (BRASIL, 2004, p.185-186).

O §1º do art.1.210 deste Código, a institui como uma forma especial de autodefesa da posse, abrangendo até atos posteriores ao esbulho, senão vejamos: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”(BRASIL, 2004, p.1110).

Podemos conceituá-la como uma causa de exclusão de ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. Nesse caso, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro, legitimando a repulsa.

4.1 LEGÍTIMA DEFESA E SEUS LIMITES – DIREITO COMPARADO

A legítima defesa é um instituto que também se encontra presente no direito alienígena, conforme veremos abaixo.

No Código Penal Alemão, a legítima defesa está prevista no artigo 53, tal como já era antes de 1969, e na Nova Parte Geral está no artigo 32.

Com pequena diferença de forma, o legislador alemão não modificou substancialmente quanto consta de seu Código a respeito de legítima defesa. E, facilmente percebe-se quão mais

precisa é a forma adotada no Código Brasileiro. O Código alemão não faz referência a uma agressão iminente, nem à necessidade de moderação, nem aos meios utilizados para a legítima defesa.

O legislador alemão estabeleceu a não punição de quem age em legítima defesa, se o excesso é causado por confusão, precipitação, medo ou susto. Define-se na atual Parte Geral, artigo 53, que o excesso de legítima defesa não é punível quando o agente ultrapassa os limites da defesa por precipitação, medo ou susto; e na Nova Parte Geral, artigo 33, foi acrescentada a confusão como causa de impunidade do excesso

Na Argentina, a condição imprescindível para que exista excesso é a preexistência de uma situação objetiva de legítima defesa. Desse modo, deve haver uma agressão injusta, de maneira que o excesso refere-se aos limites da conduta do agredido e não à sua inicial ilicitude. De acordo com o Código Penal Argentino o excesso, na legítima defesa, seria uma intensificação desnecessária de uma conduta inicialmente justificada.

Em Portugal, a legítima defesa é regulada nos artigos 31 e 32 do Código Penal Português. No art.31, há a exclusão da ilicitude do fato praticado em legítima defesa. Já no art.32 encontra-se a definição da mesma, tratando-a como meio necessário para repelir a agressão atual e ilícita de interesses juridicamente protegidos. Por sua vez, o excesso é contemplado no art.33 do mesmo Código, afirmando que caso venha a ocorrê-lo, o fato será ilícito, mas a pena pode ser especialmente atenuada, enfatizando que não haverá punição do agente se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto não censuráveis.

Na Itália, a legítima defesa é considerada como uma das causas que autorizam a antijuridicidade da conduta, sendo tratada no artigo 52 do Código Penal Italiano.

4.2 LEGÍTIMA DEFESA – TEORIAS QUE A JUSTIFICAM

Várias teorias foram expostas, explicando os fundamentos da legítima defesa. As teorias subjetivas que a consideram como causa excludente da culpabilidade, fundam-se na perturbação de ânimo da pessoa agredida ou nos motivos determinantes do agente, que conferem licitude ao ato de quem se defende. As teorias objetivas, que consideram a legítima defesa como causa

excludente da antijuridicidade, fundamentam-se na existência de um direito primário do homem de defender-se, na retomada pelo homem da faculdade de defesa que cedeu ao Estado, na delegação de defesa pelo Estado, na colisão de bens em que o mais valioso deve sobreviver, na autorização para ressaltar o interesse do agredido, no respeito à ordem jurídica, indispensável à convivência ou na ausência de injuridicidade da ação regressiva. A legítima defesa, no magistério de Bettiol, “constitui uma circunstância de justificação, por não atuar *contra ius* quem reage para tutelar direito próprio ou alheio, ao qual o Estado não pode de nenhuma maneira, dadas as circunstâncias do caso concreto, oferecer a mínima proteção”¹. O Estado não tem condições de oferecer proteção aos cidadãos em todos os lugares e momentos, logo, permite que os mesmos se defendam quando não houver alternativa.

Verificamos pois que os subjetivistas transportam a legítima defesa para o terreno da culpabilidade, enquanto os objetivistas fundam-se na idéia contratualista.

Atualmente, a opinião mais comum é que a legítima defesa constitui-se causa excludente de ilicitude. A ordem jurídica exige respeito ao direito de outrem. Se este não fosse protegido, seria impossível a coexistência social. É necessário respeitarmos o direito do próximo para que o nosso respeitado também seja. Ora, a legítima defesa é tutela do direito próprio ou de terceiro, e, assim sendo, integra-se na ordem jurídica; consequentemente é um direito.

A legítima defesa apresenta, portanto, um duplo fundamento: de um lado a necessidade de defender bens jurídicos perante uma agressão e de outro, defender o próprio ordenamento jurídico, que se vê violentado em decorrência de uma agressão ilegítima.

O seu exercício é um direito do cidadão e constitui uma causa de justificação. De modo que um indivíduo que se defende de uma agressão injusta, atual ou iminente, age em conformidade ao direito.

Referindo-se a ela, William Wanderley Jorge, citado por César Roberto Bitencourt afirma que: “a legítima defesa é um dos institutos melhor elaborados através dos tempos, representa assim uma forma abreviada de realização da justiça penal e da sua sumária execução. Afirmase que a legítima defesa representa uma verdade imanente à consciência jurídica universal, que paira num patamar acima dos códigos, representando uma conquista da civilização”².

¹ BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. São Paulo: RT, 1997, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, vol. I, p. 283

² BITENCOURT, César Roberto. **Manual de direito penal**. 4. ed. rev. amp. e atual. pelas Leis 9.099/95 e 9.271/96, do livro Lições de direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.282.

Bettioli, também citado por César Roberto Bitencourt afirmava que “ela na verdade corresponde a uma exigência natural, a um instinto que leva o agredido a repelir a agressão a um seu bem tutelado, mediante a lesão de um bem do agressor. Como tal, foi sempre reconhecida por todas as legislações, por representar a forma primitiva da reação contra o injusto”³.

O Estado, ao reconhecer a sua impossibilidade de solução imediata de todas as violações da ordem jurídica e com o intuito de não constranger a natureza humana a violentar-se numa postura covarde, autoriza, excepcionalmente, o cidadão a defender-se imediatamente de uma agressão injusta, desde que seja atual ou iminente, reação essa que foi batizada de legítima defesa.

Vim vi repellere licet, sed cum moderamine inculpatae tutelae (é lícito repelir a força pela força, mas com a moderação de uma justa defesa). Diante da omissão estatal, cada cidadão poderá, em dadas condições, arvorar-se em soldado: *omnes cives miles* (todo cidadão é soldado).

Discordando desse pensamento, Francisco de Assis Toledo afirma que: “O reconhecimento da autodefesa contra agressões injustas não constitui uma delegação estatal, como já se pensou, mas a legitimação pela ordem jurídica de uma situação de fato na qual o direito se impôs diante do ilícito”⁴.

Na legítima defesa, agente é aquele que reage a uma agressão injusta.

Welzel definia a legítima defesa como “aquela requerida para repelir de si ou de outro uma agressão atual e ilegítima. Seu pensamento fundamental é que o Direito não tem por que ceder ante o injusto”⁵.

4.3 LEGÍTIMA DEFESA – RAÍZES HISTÓRICAS E REQUISITOS

A legítima defesa era considerada uma reação defensiva desde o primitivo direito romano (*vim vi repellere licet*). Já neste direito, verifica-se a presença dela quase com as mesmas exigências do direito moderno. A injustiça da agressão (*agressio injusta*) e a atualidade desta

³ BITENCOURT, loc.citado.

⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.192.

⁵ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Trad. Juan Brestos Pamirez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970, p.283.

(*periculum proesens*), a necessidade da reação violenta (se outro recurso não podia ser empregado *sine periculo*), já eram, como hoje, condições à licitude da defesa privada. Nessa fase, o referido instituto abrangia apenas a proteção da vida, da integridade física, da liberdade sexual, e diante de certos casos, até mesmo do justo receio de ataque à pessoa.

No Direito Germânico, a legítima defesa configurava-se como a evolução do direito de vingança e da privação da paz.

Tal instituto também era admitido pelo direito canônico desde que exercida nos limites da necessidade e dentro de certa proporcionalidade (*cum moderamine inculpatae tutelae*), de acordo com as fontes romanísticas e bíblicas em que se inspirava. E ainda a admite, desde que mantida a devida moderação (*debitum servans moderamen*). Ou seja, seguiu na trilha aberta pelo direito romano, mas imprimindo maior relevo na moderação da repulsa. O Direito Canônico considera-a uma necessidade escusável, a qual corresponderiam algumas penitências; no entanto, caso se tratasse de terceiro, era mais que um direito, tratando-se de um verdadeiro dever.

Na Idade Média, o âmbito de seu alcance é ampliado para abranger também a proteção dos bens patrimoniais e a defesa alheia foi igualmente autorizada de modo extensivo.

Esses princípios desenvolvidos através dos séculos deram os contornos definitivos desse instituto.

De acordo com Mirabete, “São requisitos para a existência da legítima defesa:

- a) a reação a uma agressão atual ou iminente e injusta;
- b) a defesa de um direito próprio ou alheio;
- c) a moderação no emprego dos meios necessários à repulsa;
- d) o elemento subjetivo”.⁶

Com base nessa citação, será feita a análise de cada um dos requisitos necessários para a excludente.

⁶ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1997, v.1, p. 178.

4.4 AGRESSÃO ATUAL OU IMINENTE E INJUSTA

Agressão é um ato humano que lesa ou põe em perigo um direito ou ainda toda conduta humana que ataca um bem jurídico. Esta é a razão pela qual é necessário que inicialmente haja por parte do agente, reação contra aquele que está praticando uma agressão. Portanto, só os humanos praticam agressões. No caso de uma pessoa se defender de um ataque de animal, configura-se o estado de necessidade. Convém observar, entretanto que, se uma pessoa aça um animal para que ele ataque outra, nesse caso existe agressão autorizadora da legítima defesa, pois o irracional está sendo utilizado como instrumento do crime (poderia usar uma arma branca, uma arma de fogo, mas preferiu servir-se do animal).

A agressão pode partir também da multidão em tumulto e contra esta cabe legítima defesa, ainda que, individualmente, nem todos os componentes desejem a agressão.

A violência, em alguns casos, não estará presente na agressão, pois poderá consistir em um furto, e até em uma omissão ilícita como, por exemplo, o carcereiro que não cumpre o alvará de soltura ou o médico que arbitrariamente não concede alta ao paciente, entre outras. É reconhecida a legítima defesa daquele que resiste, ainda que com violência causadora de lesão corporal, a uma prisão ilegal, conforme já decidiu o TARS em caso semelhante: "Verifica-se a justificativa, se causa lesões corporais no policial que empregava força física para prendê-lo ilegalmente" (DELMANTO, 1988, p.47).

A reação pode inclusive ser contra uma agressão culposa. Não é ilícita a conduta de quem, de arma em punho, obriga o motorista de um coletivo, que dirige imprudentemente a ponto de causar risco à vida dos passageiros, a que pare o veículo. Um outro exemplo é o do carcereiro que, por negligência, deixa de soltar o preso que já cumpriu a pena, cometendo injusta agressão ao seu direito de liberdade e ensejando a repulsa legítima por parte do preso.

Não se exige necessariamente que a agressão injusta seja um crime. Constituem agressões atos que não constituem ilícito penal, como o furto de uso, o dano culposos, a prática de um ato obsceno em local não exposto ao público e que por isso não se enquadra no art 233 do CP, a perturbação de tranquilidade domiciliar e algumas outras.

Também é necessário que a agressão seja atual ou iminente. Atual é a agressão que está desencadeando-se, iniciando-se ou que ainda está desenrolando-se porque não se concluiu. Defende-se legitimamente a mulher vítima de rapto, embora esteja privada da liberdade há algum

tempo, pois existe agressão enquanto perdurar essa situação. Iminente é aquela reação que está prestes a ocorrer, a que existe quando se apresenta um perigo concreto, que não permita demora à repulsa. É aquela que está prestes a desencadear-se, *in itinere*, que está por iniciar-se. Não será necessário aguardar o agredido o desfecho do ataque, para dar início à defesa. Desde que a agressão esteja por desencadear-se, de maneira concreta e efetiva, poderá, desde logo, ser revidada. Conforme exprime um antigo brocardo jurídico, ninguém (para defender-se) está obrigado a esperar até que seja atingido por um golpe (*nemo expectare tenetur donec percutietur*). Isso poderá ser fatal. No entanto, é preciso que consideremos na agressão iminente, a sua certeza de acontecer quase que imediatamente, de maneira que nos impeça também de buscar socorro junto às autoridades públicas. Desse modo, é admitida a legítima defesa diante de uma agressão iminente. Assim já decidiu o TJSP: “Age em legítima defesa quem, na iminência de ser agredido a faca pela vítima, pessoa belicosa e temível, nela desfecha tiros de revólver, matando-a” (FRANCO, 1987, p.73)

Ainda com respeito à atualidade e à iminência da agressão, não se exclui da justificativa, a prática de atos preparatórios, sempre que estes denunciarem a iminência da agressão; o subtrair à pessoa a arma que um indivíduo comprou para matar um terceiro não constitui furto, agindo ela em legítima defesa de terceiro.

No entanto, não há legítima defesa contra uma agressão futura passível de ser evitada por outros meios. O temor, embora fundado, não é necessário para legitimar a conduta do agente. Não é admissível a excludente sequer contra uma ameaça desacompanhada de perigo concreto, pois não se concebe legítima defesa sem a certeza do perigo, e esta só existe em face de uma agressão imediata, isto é, quando o perigo se apresenta *ictu oculi* como realidade objetiva.

Não poderá alegar legítima defesa aquele que pratica o fato típico após uma agressão finda, que já cessou, conforme as seguintes jurisprudências do TJSP: “Não há falar em legítima defesa se a vítima se encontrava caída ao solo, desacordada, quando recebeu o golpe mortal, o que significa que já havia cessado a agressão” (FRANCO, 1987, p.73). “A ofensa já consumada ou agressão pretérita não justifica a repulsa” (DELMANTO, 1988, p.48).

A reação deve ser imediata à agressão ou tentativa dela; a demora na reação desfigura a discriminante. Ou seja, a legítima defesa deve exteriorizar-se antes que a lesão ao bem tenha sido produzida. A ação exercida após cessado o perigo caracteriza vingança, que é penalmente reprimida. Quem, provocada pela vítima, se dirige à sua residência, apanha uma arma e volta para

o acerto de contas não age lícitamente. Igual sorte tem o perigo futuro, que possibilita a utilização de outros meios, inclusive, a busca de socorro da autoridade pública. O TJSP já decidiu a respeito da seguinte maneira: “Demora na reação exclui a legítima defesa” (DELMANTO, 1988, p.48)

Não se compadece com a legítima defesa, nem com a hipótese de violenta emoção, que autoriza a conclusão do homicídio privilegiado, a conduta de quem vai armar-se para dar continuidade a atrito inicial com a vítima, vindo a matá-la a seguir, pois ambas exigem que a reação seja *incontinenti, sine intervallo*. As agressões findas ou pretéritas não a podem configurar. (FRANCO, 1987, p.73)
A legítima defesa não é desforço, é proteção. Não tem por fim punir, mas prevenir. Se o dano ainda não está realizado, mas se apresenta como perigo atual ou iminente, cabe a legítima defesa, a reação que busque evitar a lesão ao bem jurídico. Mas, se esta já se produziu, não se pode mais falar em defesa, mas em vingança, e, então, já não se aplica a isenção de crime. (FRANCO, 1987, p.73)

Sobre o mesmo assunto, o TACRIM-SP afirma que: “Não pode invocar legítima defesa quem, embora eventualmente agredido, recolhe-se à sua residência para armar-se e ao local retorna para ferir o desafeto. É que inexistente justificativa contra agressão passada” (FRANCO, 1987, p.73).

A lei apenas protege a reação contra uma agressão injusta que é aquela não autorizada pelo Direito. Opondo-se ao que é injusto, o defendente atua conforme o direito. É certo praticar um ato típico. Assim, quem mata em legítima defesa executa a conduta descrita no art. 121 do Código Penal, porém não comete crime, porque seu gesto não é um ilícito; conta a seu favor com uma causa que exclui a antijuridicidade do fato. Desse modo, pode-se dizer que a tipicidade é um elemento indiciário da legítima defesa.

Não se deve confundir, porém, agressão injusta e ato injusto, que não constitua em si uma agressão e que pode apenas provocar violenta emoção no agente, erigindo-se em certas circunstâncias em atenuante ou causa genérica de diminuição de pena. Se o proprietário de um automóvel, que está sendo furtado para transportar um ferido, reagir a tiros, não age em legítima defesa porque a agressão ao patrimônio alheio não era injusta. Também não se apresenta o estado de necessidade, porque o bem posto em perigo (vida) é de muito maior valia que o bem defendido (patrimônio).

Não age em legítima defesa aquele que reage a uma agressão justa: regular prisão em flagrante, cumprimento de mandado judicial, ordem legal de funcionário público etc. O raciocínio é lógico: se a agressão (ação) é lícita, a defesa (reação) não pode ser legítima.

Convém lembrar que a injustiça da agressão deve ser considerada objetivamente, pelo fato em si, e não quanto à impunibilidade do autor da agressão. Um ataque de um doente mental ou de um menor, embora não constitua ilícito penal punível, justifica a defesa. A inimputabilidade é causa de exclusão da culpabilidade e não da antijuridicidade. Assim, a conduta do inimputável, embora não culpável, é ilícita, constituindo agressão injusta. Pela mesma razão, pode o sujeito defender-se de uma agressão acobertada por excludente de culpabilidade (erro de proibição, coação moral irresistível etc.), já que não desaparece, no caso, a injuridicidade do ataque. Corroboram com esse entendimento os seguintes julgados do TACRIM-SP:

Legítima defesa – Acusado que fere levemente a vítima, sua filha, débil mental, ao se defender de sua violenta investida – Moderação no revide – Absolvição decretada – Inteligência dos arts. 21 (atual art.25) e 129 do CP – Existe legítima defesa se o agente reage a perigosa investida de alienado mental. (FRANCO, 1987, p.80)

Age em legítima defesa quem usa de moderação dos meios necessários para repelir injusta e iminente agressão, que deve, no caso, ser admitida em conformidade com o ponto de vista do sujeito ativo, independentemente das condições individuais que acarretam ao ofensor a falta de capacidade de sofrer imputação moral. (FRANCO, 1987, p.80).

Na mesma linha, o TACrSP afirma: “Pode haver legítima defesa na reação à investida de alienado mental.”(DELMANTO, 1998, p.47).

A reação deve ser exercida contra o agressor, mas se decorrente de um erro na execução, for atingida terceira pessoa, nem por isso deixará de existir a justificativa, aplicando-se a regra inserida na lei a respeito do erro de execução, em que se considera a pessoa visada e não a atingida (arts. 73 e 74 do Código Penal). Em relação ao terceiro, houve um acidente, causa independente da vontade do agente. Eis o que já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, relator Des. Adriano Marrey :

Se o agente estava procedendo em legítima defesa e houve erro na execução, nem por isso deixa a justificativa invocada de ser admissível, se comprovada. Em relação ao terceiro atingido terá havido mero acidente ou erronia no uso dos meios de execução. E quem dizidentalidade diz causa independente da vontade do agente. (FRANCO, 1987, p.79).

Porém, com relação ao terceiro inocente, não se exclui a responsabilidade civil pela reparação do dano causado, uma vez que quanto a ele, a lesão, apesar da absolvição do agente,

não pode ser considerada um ilícito civil. Trata-se, portanto, de uma hipótese em que a exclusão da responsabilidade penal não impede a afirmação da responsabilidade civil, restrita no caso ao terceiro inocente.

Ainda com respeito à questão da atualidade da agressão, podemos citar o uso preordenado de meios defensivos na propriedade, como a colocação de cacos de vidro em muros para dificultar a escalada dos ladrões, corrente elétrica na cerca, armas de fogo que disparam mediante dispositivos pré-dispostos, corrente elétrica na maçaneta da porta, dispositivos eletrônicos que liberam gases etc. Entendemos que aqui, há dois momentos distintos a serem considerados. No primeiro, os ofendículos (*offendicula*) são colocados, quando ainda não se faz presente o ataque, ou seja bem antes dele. Desse modo, não se faz presente o requisito da atualidade ou da iminência da agressão. Consequentemente, a conduta mencionada justifica-se como um exercício regular de direito, desde que não se configure o excesso. Porém, no segundo momento, o mecanismo funciona em face de um ataque e agora tal problema passa a ser tratado como legítima defesa pré-ordenada, desde que a ação dos referidos meios defensivos não tenha início até que a propriedade seja agredida e que a gravidade de seus efeitos não ultrapasse os limites da excludente da ilicitude. A agressão injusta ocorre, v.g., quando o ladrão tenta escalar o muro de uma residência com o intuito de furtá-la. A respeito desse item, o TACRIM-SP assim se pronunciou:

É de conhecimento geral que a energia elétrica, de baixa tensão, provoca choque mas raramente ocasiona morte. Entretanto a intensidade do choque depende da ligação maior ou menor com o "terra". Pouco importa que a invasão do seu quintal constituísse violação de seu direito de propriedade. Isso não lhe dava direito de colocar na árvore fios eletrificados capazes de matar o invasor. (FRANCO, 1987, p.79).

Age com manifesta imprudência quem, para proteger a sua propriedade, instala em seu interior sistema mecânico de defesa à base de eletricidade, olvidando outros direitos mais importantes que possam ser afetados ou sacrificados. (FRANCO, 1987, p.79).

4.5 DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO

Deve sempre amparar um direito próprio ou de terceiro. Embora, em sua origem, somente se pudesse falar em legítima defesa quando em jogo a vida humana, atualmente mudou-se o

entendimento de modo que qualquer direito pode ser preservado pela discriminante ora apreciada. Como consequência, podemos falar em proteger a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra, o pudor, a liberdade, a tranquilidade doméstica, o pátrio poder, ou seja, os bens materiais ou morais. Qualquer direito, isto é, bem tutelado pelo ordenamento jurídico admite a legítima defesa, desde que presente o requisito da proporcionalidade entre a lesão e a repulsa. Vejamos a posição do TACRIM-SP: “Ela alcança quaisquer bens ou interesses juridicamente protegidos, como a vida, saúde, honra, pudor, liberdade pessoal, patrimônio, tranquilidade do domicílio, pátrio poder, segredo epistolar etc.” (DELMANTO, 1998, p.47). “Todo bem jurídico é legitimamente defensável e pode ser legitimamente defendido” (FRANCO, 1987, p.69). “O vocábulo “direito” empregado pelo art.21 do CP (atual art.25) abrange a proteção pela excludente da legítima defesa de todo interesse juridicamente tutelado, como a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a propriedade e também a honra” (FRANCO, 1987, p.69).

Conforme o caso, teremos:

- a) legítima defesa própria: defesa de direito próprio;
- b) legítima defesa de terceiro: defesa de direito alheio.

Na legítima defesa própria, o sujeito defende o seu bem jurídico, enquanto na legítima defesa de terceiro, defende direito alheio, pois a lei consagra o elevado sentimento de solidariedade humana. Admite-se, no segundo caso, apenas a defesa de bens indisponíveis quando o titular consente na agressão, mas não quando há agressão consentida e a bens disponíveis. Assim, quando se trate de direitos disponíveis e de agente capaz, a defesa por terceiro não pode fazer-se sem a concordância do titular desses direitos.

Na legítima defesa de terceiro, a conduta pode dirigir-se contra o próprio defendido. Nesse caso, o agredido é ao mesmo tempo, o defendido. Exemplo: alguém bate no suicida para impedir que ponha fim à própria vida. A legítima defesa de terceiros inclui também a dos bens particulares e também o interesse da coletividade (como na hipótese da prática de atos obscenos em lugar público, da perturbação de uma cerimônia fúnebre etc), bem como do próprio Estado, preservando-se sua integridade, a administração da justiça, o prestígio de seus funcionários etc. O TAPR já decidiu que: “Age em legítima defesa quem vendo conhecido seu na iminência de ser

atingido por uma pessoa, ainda que seu conhecido houvesse dado início à contenda, agride o portador da arma moderadamente” (DELMANTO, 1998, p.47).

Polêmica é a possibilidade de legítima defesa da honra. É inegável, que o sentido da dignidade pessoal, a boa-fama, a honra, enfim são direitos que podem ser defendidos, mas a repulsa do agredido não pode exceder os limites do art 25 do Código Penal. Na jurisprudência tem-se admitido, aliás, como ato de legítima defesa, a imediata reação física contra injúria verbal, desde que não excessiva a reação. Nessa medida, o ofendido, em defesa da honra, não poderá matar o agressor, ante a manifesta ausência de moderação. Eis a posição do TACRIM-SP: “Age em legítima defesa quem, imediatamente, repele ofensa verbal pesada com leve agressão” (DELMANTO, 1998, p.48).

No caso de adultério, nada justifica a supressão da vida do cônjuge adúltero, não apenas pela ausência do requisito da moderação, mas também em virtude do fato de que a honra é 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 (nesse sentido: STJ, 6^ª T., RE 1.517-PR, DJU, 15-4-91, p.4.309). A honra não se desloca para o corpo de terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido do adúltero.

Concordando com esse posicionamento, E.Magalhães Noronha, afirma que: “Não existe legítima defesa no caso. A honra é um atributo pessoal, próprio e individual. Por que se dizer desonrado o marido que, ao se saber iludido, divorcia-se ou desquita-se? Se ele se porta com dignidade e correção no convívio social, por que será desonrado? E sobretudo por que se colocar sua honra na conduta abjeta de outra pessoa e, principalmente, numa parte não adequada de seu corpo? Desonrada é a prevaricadora. É absurdo querer que o homem arque com as consequências de sua falta.”⁷

Desse modo, a maioria da doutrina e jurisprudência é no sentido de não existir legítima defesa nessas hipóteses. Vejamos alguns julgados a respeito. O TJPR alega que:

Honra é atributo pessoal, independente de ato de terceiro, donde impossível levar em consideração ser um homem desonrado porque sua mulher é infiel... A lei e a moral não permitem que a mulher prevarique. Mas negar-lhe, por isso, o direito de viver, seria um requinte de impiedade. (DELMANTO, 1998, p.48)

Nessa linha de pensamento, o TJSP afirma que:

⁷ NORONHA, E.Magalhães. **Direito penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p.199.

A chamada legítima defesa da honra, que se invoca em benefício dos maridos que delinqüem ao surpreender a esposa em flagrante adultério, é figura que destoa gritantemente dos princípios fundamentais do nosso Direito Penal positivo. Nem cabe invocar, em favor desses infratores, a não exigibilidade de outra conduta, à qual, na própria Alemanha, hoje se atribui valor meramente histórico(cf.Mmaurach, Deutsches Strafrecht, Allg.Teil, p.338). Menos ainda se admitirá o apelo às causas supra legais de justificação dos germânicos, em que é fundamental a ocorrência de um sacrifício de um valor menor, em prol de um bem jurídico mais alto(cf.Mezger, Strafrech Ein Lehrbuch, 3.ed.,§32;Schonke-Schroeder, Strafgesetzbuch, 8.ed.,p.270 e ss;Welzel, Deutsche Scragrecht, 5.ed.,p.150 e ss). Pois na pretensa legítima defesa da honra o que ocorre é o sacrifício do bem supremo – vida- em face de meros preconceitos vigentes em algumas camadas sociais. Afinal, é patente que no adultério, perpetrado pela mulher, está é quem se desonra, não o marido. Na espécie ademais nem mesmo esta aberrante defesa da honra marital estaria em jogo, pois o réu e a vítima eram apenas amasiados e o comportamento da última era notório. (FRANCO, 1987, p.71).

4.6 USO MODERADO DOS MEIOS NECESSÁRIOS

O agente deve utilizar na reação, moderadamente os meios necessários para repelir a injusta agressão atual ou iminente. Tem-se entendido que meios necessários são aqueles que causam o menor dano indispensável à defesa do direito, já que, em princípio, a necessidade se determina de acordo com a força real da agressão. Necessários são os meios suficientes e indispensáveis para o exercício da defesa. É evidente, porém, que “meio necessário” é aquele de que o agente dispõe no momento em que rechaça a agressão, podendo ser até mesmo desproporcional com o utilizado no ataque, desde que seja o único à sua disposição.

No entanto, não se deve confundir “necessidade dos meios empregados” com “necessidade da defesa”. Considere-se o exemplo de um paralítico preso a uma cadeira de rodas, que não dispondo de um outro meio para repelir a agressão, atira em quem lhe tenta furtar algumas frutas. Nesse caso, ele pode até ter usado dos meios necessários, porém não exerceu uma defesa realmente necessária, tendo em vista que houve uma enorme desproporção entre a ação agressiva (furto de valor insignificante) e reação defensiva (lesões corporais ou tentativa de morte). O patrimônio e a vida são dois bens protegidos constitucionalmente e passíveis de legítima defesa, porém nesse caso há uma flagrante desigualdade nos valores defendidos de maneira que o valor de uma fruta está vários patamares abaixo do valor de uma vida humana de

modo que, em situações como essa, excluída estará a discriminante pela gritante disparidade existente nos valores dos bens além da agressão ao princípio da proporcionalidade.

Como afirmava Welzel, “a defesa pode chegar até onde seja requerida para a efetiva defesa imediata, porém, não deve ir além do estritamente necessário para o fim proposto”⁸. Havendo disponibilidades de defesas, igualmente eficazes, deve-se escolher aquela que produza menor dano. Se o sujeito tem a seu dispor vários meios para repelir aquela agressão injusta, deve escolher aquele eficiente e que resulte no menor dano no agressor. Assim, caso haja a disposição do mesmo uma barra de ferro e seja suficiente à defesa, não pode haver o emprego de um revólver.

O sujeito deve ser moderado na sua reação, não ultrapassando o necessário para afastá-la. No entanto, a legítima defesa é uma reação humana e não pode ser milimetricamente medida, quanto à defesa ao ataque sofrido pelo sujeito. Aquele que se defende não pode raciocinar friamente e pesar com perfeito e incomensurável critério essa proporcionalidade, pois no estado emocional em que se encontra não pode dispor de reflexão precisa para exercer sua defesa em equidade completa com a agressão.

Portanto, não se deve fazer um confronto rigoroso entre o mal sofrido pelo ataque e o mal causado pela reação, que pode inclusive ser superior ao primeiro, sem que devido a isso, se afaste a justificativa. Até porque a defesa em face da emoção que alcança o homem injustamente agredido pode ultrapassar, dentro dos limites da razoabilidade, aquilo que seria o necessário para a repulsa. O confronto deve ser feito entre os meios defensivos que o agredido tinha à sua disposição e os meios empregados, devendo a reação ser avaliada tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, a personalidade do agressor, o meio ambiente etc.

A defesa abrange desde a simples atitude de não permitir a lesão até a ofensiva violenta, dependendo das circunstâncias do fato, em razão do bem jurídico defendido e do tipo de crime em que a repulsa se enquadraria. Se um homem é atacado pelo campeão mundial de boxe e defende-se com um revólver, não há como negar-lhe a legítima defesa. Estranho seria que lhe fossemos exigir troca de golpes com ele. Eis algumas jurisprudências do TJSP: “Legítima defesa é reação humana, que não pode ser medida com transferidor, milimetricamente ou com matemática proporcionalidade, por ser ato instintivo, reflexo”. (DELMANTO, 1998, p.48). “O

⁸ WELZEL, *ibid*, p. 287.

critério de moderação é muito relativo e deve ser apreciado em cada caso”.(DELMANTO, 1998, p.48).

O TJRJ assim já julgou: “Há legítima defesa se, para preservar a própria vida e da filha, usa de punhal, repetidas vezes, até cessar o risco” (DELMANTO, 1998, p.48).

No caso de uma flagrante desproporção entre a ofensa e a reação, excluída estará a legítima defesa. Haverá excesso na hipótese de responder-se a um tapa com um golpe mortal, ou no matar-se uma criança porque penetrou no pomar e apanhou algumas frutas. O número exagerado de golpes, em alguns casos, também revela imoderação por parte do agente.

Havendo possibilidade de recurso a meio menos desproporcionado, ou de menor lesividade no emprego do meio disponível, há excesso, e sendo assim, excluído está do campo da legítima defesa, embora o agente possa ficar isento de pena por ausência de dolo e de culpa. O juízo da proporção não deve ficar adstrito ao cotejo entre o mal causado pela reação e o que poderia ter sido causado pela agressão, mas, sim, à necessidade e ao possível comedimento do emprego do meio defensivo. Por mínimo que seja o mal ameaçado ou por mais modesto que seja o direito defendido, não há como desconhecer-se a legítima defesa, se a maior gravidade da reação derivou da indisponibilidade de outro meio menos prejudicial, e desde que não tenha havido imoderação no seu emprego.

De acordo com a doutrina alemã, qualquer bem jurídico pode ser defendido mesmo com a morte do agressor, se não há outro remédio para salvá-lo. O sentimentalismo latino, porém, considera brutal esse ponto de vista, e reclama que a proporcionalidade da defesa deve ser condicionada, não apenas à gravidade da agressão, mas também à relevância do bem ou interesse que se defende. Dentro da lógica, entretanto, a primeira solução é que é a exata. Ou se reconhece que os bens de pouca relevância não são tuteláveis pela defesa privada; ou se admite que todo bem, por ínfimo que seja, merece essa tutela, e a conclusão não pode ser outra senão esta: a legítima defesa do mais humilde dos bens pode ser admitida, inclusive com a morte do agressor, desde que o evento letal seja necessariamente o único meio disponível.

Argumenta-se, em apoio da tese contrária, que seria pactuar com o crime o reconhecer-se a legítima defesa, por exemplo, no caso do proprietário que mata com um tiro de revólver o vagabundo que lhe invade o pomar para subtrair frutas. Ora, em tal caso, jamais haveria legítima defesa, porque bastaria a simples ameaça da arma empunhada, para que, afugentado o invasor, fosse impedido o furto. O disparo do tiro foi um meio desnecessário tendo em vista que a vítima

não opôs resistência alguma. Nos casos em que é legítima a inflição do mal, é obviamente permitida a simples ameaça de causá-lo, seja por meio de palavras, seja por meio de atos, como por exemplo, um disparo feito ao ar, com o fim de intimidar o agressor. Se a ameaça é suficiente, o agredido está obrigado a preferi-la.

O TACRIM-SP já decidiu que: “Impossível reconhecimento de legítima defesa na ação de quem, tendo se dirigido a outrem com palavras de baixo calão, ante réplica no mesmo tom, dispara arma de fogo contra seu contendor ” (FRANCO, 1987, p.74).

A proporção entre o ataque e a defesa deve ser avaliada *ex ante*, transportando-se o julgador ao momento do fato e levando em consideração as circunstâncias que o condicionaram. A valoração será sempre relativa, pois, como disse Farinaccio, o agredido *non habet staderam in manu* (não tem a balança na mão). Por isso é que o Min.Francisco Campos, em conhecida passagem da Exposição de Motivos ao Código de 1940, observa: “Uma reação *ex improviso* não permite uma escrupulosa escolha de meios, nem comporta cálculos dosimétricos: o que se exige é apenas a moderação do revide, o exercício da defesa no limite razoável da necessidade”.

O requisito da moderação exige que aquele que se defende não permita que sua reação cresça em intensidade além do razoavelmente exigido pelas circunstâncias para fazer cessar a agressão. Se no primeiro golpe o agredido prostra o agressor tornando-o inofensivo, não pode prosseguir na reação até matá-lo. Se o agressor, ao pressentir a reação do agredido, foge, não pode o agredido persegui-lo até a morte, uma vez que tal atitude configuraria excesso por parte do agredido.

César Roberto Bitencourt afirma que: “Modernamente, admitimos a invocação do princípio da proporcionalidade na legítima defesa, na medida em que os direitos absolutos devem circunscrever-se a limites muitos exíguos. Seria, no mínimo, paradoxal admitir o princípio da insignificância para afastar a tipicidade ou ilicitude de determinados fatos, e sustentar o direito de reação desproporcionada à agressão, como, por exemplo, matar alguém para defender quaisquer valores menores”.⁹

Nessa linha de raciocínio, manifesta-se Johannes Wessels, afirmando que: “O direito à legítima defesa encontra seu limite na proibição geral do abuso do direito e nos elementos

⁹ BITENCOURT, *ibid*, p.286.

normativos da imposição: uma defesa, cujas conseqüências situam-se em crassa desproporção para com o dano iminente, é abusiva e, assim, inadmissível”¹⁰.

Falando ainda sobre a proporcionalidade na legítima defesa, não se pode deixar de analisar o valor dos bens em conflito, como anteriormente alegado, evitando-se com isso o exagero que levam alguns a matar um ladrão de galinha afirmando que está sob o abrigo da defesa legítima. Desse modo, *a priori*, não é qualquer bem jurídico que pode ser defendido com a morte do agressor. Há a possibilidade de matar para defender a vida, a integridade corporal, a liberdade e também o patrimônio. No entanto, tudo porém dentro do razoável, analisando-se sob o ponto de vista de um homem criterioso, ou seja, a legítima defesa não pode servir de desculpa para os atos daqueles instintos assassinos. É evidente que diante de um assalto a mão armada de um veículo de alto valor monetário, não estará excluída a possibilidade do agredido, se não houver possibilidade de reagir com meios menos lesivos e eficazes, ocasionar até a morte do agressor. Porém tal evento letal, não deve ser permitido para um furto de um bem de valor ínfimo como no caso da criança que invade um mercado para se apoderar de um doce, pois o princípio da proporcionalidade sairia fortemente ferido.

4.7 INEVITABILIDADE DA AGRESSÃO

Alguns doutrinadores sustentam que também é um requisito da legítima defesa a inevitabilidade da agressão. Com isso, não se quer obrigar o homem a ser covarde, mas deverá evitar o confronto se, puder evitar a agressão a ele dirigida sem desonra. Entretanto, a legitimidade da defesa não pode ficar imposta à exigência de o agente evitar a agressão ou dela afastar-se discretamente. A nossa legislação não exige a obrigatoriedade de evitar a agressão (*commodus discessus*) como faz a legislação italiana. Não repete os termos utilizados no conceito do estado de necessidade (“nem podia de outro modo evitar”) e, como consequência, o agente sempre poderá, na ocasião em que for agredido, exercer o direito de defesa. Um agente não está obrigado, por exemplo, sabendo que um desafeto seu o espera para agredi-lo, a dar uma volta no

¹⁰ WESSELS, Johannes. **Direito penal, parte geral**. Trad. de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976, p. 125.

quartirão para ingressar em casa por uma outra entrada. Sobre esse assunto, o TJSP, assim já se posicionou: “É de todo indiferente à legítima defesa a possibilidade de fuga do agredido. A lei não pode exigir que se leia pela cartilha dos covardes e pusilânimes”(FRANCO, 1987, p.77).

Porém, essa regra sofre atenuação. Assis Toledo, com muita propriedade, faz uma ressalva quando se tratar de agressão proveniente de inimputáveis, pois, “segundo lição de Jescheck, diante de crianças, jovens imaturos, doentes mentais, agentes que atuam em estado de erro ou imprudentemente etc., a legítima defesa funda-se exclusivamente na faculdade de autodefesa, pelo que o agredido deverá limitar-se à proteção dos bens e só poderá causar lesão ao agressor se não puder dele afastar-se sem o abandono do interesse ameaçado. A *turpis fuga* com abandono de interesses legítimos nem mesmo nestas situações poderá ser exigida”.¹¹

4.8 ELEMENTO SUBJETIVO

A par dos requisitos de ordem objetiva, previstos no art.25 do Código Penal é indispensável, o elemento subjetivo, ou seja, o conhecimento de que está sendo agredido. É também conhecido por *animus defendendi*. Embora não se exija a consciência de ilicitude, é necessário que se tenha conhecimento da ação agressiva, além do propósito de defender-se. Não se tem em vista apenas o fato objetivo nas justificativas, não ocorrendo a excludente quando o agente supõe estar praticando ato ilícito. Inexistirá a legítima defesa quando, por exemplo, o sujeito atirar em um ladrão que se encontra na porta de sua casa, supondo tratar-se do agente policial que vai cumprir o mandato de prisão expedido contra o autor do disparo.

A legítima defesa deve ser objetivamente necessária e subjetivamente orientada pela vontade de defender-se. De modo que a ação de defesa é aquela executada com o propósito de defender-se da agressão. Quem se defende tem que conhecer a agressão atual e também ter a vontade de defender-se.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt: “A reação legítima autorizada pelo Direito somente se distingue da ação criminosa pelo seu elemento subjetivo: o propósito de defender-se. Com efeito, o *animus defendendi* atribui um significado positivo a uma conduta objetivamente desvaliosa. Contrapõe-se assim o valor da ação na legítima defesa ao desvalor da ação na conduta

¹¹ TOLEDO, *ibid*, p.197.

criminosa. Aliás, o valor ou desvalor de qualquer ação será valorado segundo a orientação de ânimo, que comandar a execução”¹². Eis alguns julgados do TJBA:

A legítima defesa somente justifica as ações defensivas necessárias para afastar uma agressão antijurídica da forma menos lesiva possível para o agressor. A necessidade deve ser considerada de acordo com as circunstâncias fáticas em que a ação e reação se desenvolvem. O *animus defendendi* é elemento estrutural do conceito de legítima defesa. Por isso, não o apresenta quem, irrogando-se uma falsa representação, mata outrem a tiros de revólver, pelas costas. (FRANCO, 1987, p.78).

Ante a inexistência de provas que mostrassem ter sido a ação do acusado objetivamente necessária e subjetivamente dirigida pela vontade de defender-se, está descaracterizada a causa de exclusão de antijuridicidade da legítima defesa. (FRANCO, 1987, p.78).

Desse modo, em se tratando de Direito Penal, um fato que na sua aparência exterior apresenta-se objetivamente com os mesmos aspectos, pode, dependendo da intenção do agente, receber diversas definições. Assim ao se produzir o resultado morte de alguém, dependendo do elemento subjetivo, pode configurar: homicídio doloso, homicídio culposo, legítima defesa real, legítima defesa putativa, excesso doloso ou culposo etc.

4.9 TIPOS DE LEGÍTIMA DEFESA

Quanto ao tipo de reação, a legítima defesa pode ser:

- a) Agressiva ou ativa: quando o agente ao reagir comete um fato típico; (ex : matou em legítima defesa);
- b) Passiva: quando o agente se limita a conter os atos do agressor, sem cometer um fato típico. Ou seja, há uma postura meramente defensiva. Em tese, é a maneira como deve ser reagido ao ataque de crianças, velhos ou enfermos; (ex: é o caso do cidadão que ao ser agredido por um velho, se limita a defender o soco).

¹² BITENCOURT, *ibid*, p.287.

Quanto à titularidade dos bens protegidos, a legítima defesa, pode ser:

- a)Própria: quando a defesa está sendo exercida sobre direito próprio; (ex: aquele que ao ser agredido por um desafeto, atira no mesmo);
- b)De terceiro: quando a defesa está sendo exercida sobre direito alheio; (ex: um cidadão que ao ver conhecido seu na iminência de ser atacado por um punquista, atira na direção deste com o intuito de afastá-lo e proteger o patrimônio do terceiro).

Quanto ao aspecto subjetivo do agente, pode ser:

- a)Real: nesse caso, ocorre uma agressão injusta, atual ou iminente, atendendo ao art.25 do Código Penal , excluindo a antijuridicidade da reação e legitimando a repulsa; (ex : aquele que numa discussão num bar, ao ser agredido com uma facada no braço por outrem, saca o revólver e atira neste com o intuito de assustá-lo. O agressor ao ouvir os tiros, foge e finaliza o desentendimento);
- b)Putativa: ocorre quando o agente supõe erroneamente que está sendo vítima de uma agressão injusta, atual ou iminente. Aqui, o fato será antijurídico. Se o erro for escusável, exclui-se a culpabilidade (art.20, §1º, 1º parte do Código Penal); se inescusável, o agente responderá pelo crime culposos, desde que o fato seja punível como crime culposos (art.20, §1º, parte final do Código Penal); (ex: dois desafetos se encontram na rua e um deles leva a mão ao bolso para tirar um lenço. O outro, pensando estar na iminência de ser alvejado, saca o revólver e atira no seu oponente que no bolso tinha apenas o lenço. Este tipo será tratado num item específico mais adiante).
- c) Subjetiva (ou excessiva): ocorre quando o agente excedeu-se aos limites da legítima defesa, por erro do tipo escusável. É o chamado excesso acidental; (ex: A sofre um ataque de B e começa a se defender. Após dominar completamente o seu agressor, pensa que ainda está sofrendo a agressão e prossegue desnecessariamente, passando neste instante à condição de ofensor.)

4.10 LEGÍTIMA DEFESA RECÍPROCA

É impossível falar-se em legítima defesa recíproca, pois a legítima defesa tem como um dos pressupostos a agressão injusta. Sendo assim, uma das pessoas, ou as duas no caso de um duelo, estará agindo ilicitamente quando toma a iniciativa da agressão. Poderá haver, absolvição de ambos se, por ausência de provas não se verificar qual delas tomou a iniciativa, mas nesse caso não se poderá falar em legítima defesa. Trata-se de mero recurso, para não condenar um dos protagonistas que é inocente.

É comum depararmos com inquéritos nos quais a autoridade policial indícia formalmente os dois contendores que se agrediram reciprocamente, pelo fato de haver dúvida na fase investigatória a respeito de quem seria o agressor inicial.

O membro do Ministério Público, por sua vez, ao receber os autos do inquérito policial e analisando as provas nele produzidas, oferece a denúncia contra os dois contendores. Essa denúncia oferecida em face de ambos é tecnicamente perfeita, uma vez que no início da ação penal a dúvida milita em favor da sociedade (*in dubio pro societate*), com o intuito de durante a instrução penal, realizada sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, descobrir-se o verdadeiro agressor injusto.

Porém, se ao final da instrução processual, prevalecer a dúvida, devem os dois agentes ser absolvidos, haja vista que nesta fase, prevalece o princípio do *in dubio pro reo*. Ou seja, é melhor absolver um possível culpado, que condenar um provável inocente.

Sobre esse assunto, temos os seguintes julgados do TACRIM-SP: “A impossibilidade de determinar quem teve a iniciativa da agressão colocando o agredido em situação de legítima defesa, impõe a absolvição de ambos os réus” (GRECO, 2004, p.392). “Ignorando-se qual dos contendores se encontrava em situação de legítima defesa, por ambos invocada, a solução deverá ser a absolvição por insuficiência de provas” (FRANCO, 1987, p.78).

Alegando ambos os contendores terem agido em legítima defesa e inexistindo provas de qual deles foi iniciador do entrevero, impõe-se a absolvição de ambos, por aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Nesse sentido, pacífica a jurisprudência. (FRANCO, 1987, p.79).

O TJSP já decidiu que: “Na dúvida de quem partiu a agressão, absolve-se.” (DELMANTO, 1998, p.47).

Em sede de lesões corporais de natureza grave e recíprocas, se ambos os briguentos sustentam a legítima defesa sem prová-la cabalmente e se a acusação não prova qual dos agentes iniciou o entrevero, impossível e injusta a condenação de apenas um dos adversários e absolvição do outro. Impõe-se a absolvição de ambos por incerta a culpabilidade, em face da insuficiência probatória. (GRECO, 2004, p.392).

Se uma agressão é injusta, a outra não a será. Poder-se-á admitir, tão somente a legítima defesa real da legítima defesa putativa; (ex: A, no quarto escuro, tomando B por ladrão, o ataca e B se defende. A está agindo em legítima defesa putativa, enquanto B está agindo em legítima defesa real).

4.11 PROVOCAÇÃO E DESAFIO

A provocação, dependendo da intensidade e conforme as circunstâncias, pode ou não ser uma agressão. Desse modo, uma injúria de certa gravidade, poderá ser considerada uma injusta agressão autorizadora da legítima defesa. Por outro lado, se a provocação consistir em uma mera brincadeira de mau gosto, não passar de um desafio tolerado no meio social, não se autorizará a legítima defesa. No entanto, deve ser sempre analisado o requisito da moderação, pois não pode alegar legítima defesa aquele que mata ou agride fisicamente quem apenas lhe provocou com palavras. Quanto ao provocador, em regra, também não pode invocar legítima defesa, já que esta excludente não protege aquele que foi o causador dos acontecimentos, visto que, a provocação visava justamente desencadear a agressão do provocado para revidar esta; trata-se, na hipótese, de provocação como mero pretexto para uma agressão ilícita. Vejamos algumas jurisprudências a respeito. O TJPR diz que: “Não pode invocar legítima defesa quem deu causa aos acontecimentos”. (DELMANTO, 1998, p.47). Enquanto o TJSP afirma que: “Não há legítima defesa se o réu atirou primeiro ou provocou” (DELMANTO, 1998, p.47).

Admitir-se-á, no entanto, a excludente em decorrência do excesso por parte daquele que foi provocado uma vez que, o provocador não pode ficar à mercê da vítima apenas pela provocação. Até mesmo na hipótese de um marido que surpreende a esposa com o amante e a ambos agride, a doutrina e a jurisprudência não exigem que estes se deixem sacrificarem inertes, admitindo a excludente ao menos por agirem por instinto de conservação.

No caso de desafio, duelo, convite para briga, a excludente é afastada, uma vez que nesses casos, os agentes não estão agindo em legítima defesa, pois os mesmos aceitaram o desafio e só estão lá porque querem. O duelo não é permitido pela legislação brasileira e os contendores responderão pelos ilícitos que praticarem, já que o desafio não cria a necessidade irremovível de delinquir. O TJMG já julgou da seguinte maneira: "Não age em legítima defesa quem aceita desafio" (DELMANTO, 1998, p.48).

Também, com maior razão, não há legítima defesa na conduta do agente que procura o desafeto para pedir satisfações, agredindo-o. Assim decidiu o TACRIM-SP: "Não há legítima defesa se vai atrás de desafeto e o lesiona". (DELMANTO, 1998, p.48).

4.12 LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

É aquela que ocorre devido à errônea suposição da existência da legítima defesa por erro de tipo ou de proibição. Só existe na imaginação do agente, pois o fato é objetivamente ilícito. Ela existe quando o agente, supondo por erro que está sendo agredido, repele a suposta agressão. Não está excluída a antijuridicidade do fato porque inexistente um dos seus requisitos (agressão real, atual ou iminente), ocorrendo na hipótese uma excludente de culpabilidade nos termos do art 20, § 1º do Código Penal. Exemplo é o do agente que, em rua mal iluminada, se depara com um inimigo o qual tira um isqueiro do bolso e, pensando o agente que era uma arma, agride-o. Verificando-se que o inimigo não iria atingi-lo, não há legítima defesa real por não ter ocorrido a agressão que a justificaria, mas haverá excludente de culpabilidade por erro plenamente justificado pelas circunstâncias. O TACRIM-SP, analisando o assunto julgou que: "Age assim quem supõe situação de fato que, se existente, tornaria legítima a sua ação" (DELMANTO, 1998, p.48). "Assim age quem, para defender sua casa, faz disparo contra pessoa que supõe ser ladrão" (DELMANTO, 1998, p.48).

O TJ-SP, por sua vez evidenciou que: "Não basta a situação imaginária, sendo necessário um princípio de realidade objetiva, da qual deriva a falsa suposição do agente" (DELMANTO, 1998, p.48)

Absolveu-se também o acusado, proprietário de um veículo, que, com o auxílio de outrem, reagiu violentamente contra a vítima que tentava abrir, por equívoco, seu veículo, induzindo o agente a supor que se tratava de furto. É conveniente lembrar que mesmo, nessas hipóteses, é necessário, o requisito da moderação.

4.13 LEGÍTIMA DEFESA E ESTADO DE NECESSIDADE

São várias as diferenças entre a legítima defesa e o estado de necessidade, entre elas podemos citar:

- a) No estado de necessidade há conflito entre titulares de interesses jurídicos lícitos enquanto na legítima defesa há uma agressão a um bem tutelado, tornando necessário uma repulsa a essa agressão;
- b) O estado de necessidade se exerce contra qualquer causa (de terceiro, caso fortuito etc), mas só há legítima defesa contra uma atitude humana;
- c) No estado de necessidade há ação e na legítima defesa, reação;
- d) Naquele o bem jurídico é exposto a perigo, nesta é exposta a uma agressão;
- e) Para se configurar a legítima defesa é necessário que se atue contra o agressor; enquanto no estado de necessidade a ação pode ser exercida contra um terceiro inocente;
- f) No estado de necessidade, a ação não precisa ser injusta, como por exemplo no estado de necessidade recíproco; na legítima defesa a agressão terá que ser injusta.

Ainda convém lembrar que, é possível a coexistência entre estado de necessidade e legítima defesa como no caso de uma pessoa que para defender-se de uma agressão injusta, pega a arma de terceiro sem a sua autorização. Nesse exemplo, o agente está agindo em legítima defesa contra o seu agressor e em estado de necessidade em relação ao furto da arma.

4.14 LEGÍTIMA DEFESA SUCESSIVA

Haverá legítima defesa sucessiva, na hipótese de excesso, que permite a defesa legítima do agressor inicial. Verifica-se quando, por exemplo, o agredido, exercendo a defesa legítima, excede-se na repulsa. Nesta hipótese, o agressor inicial, contra o qual realiza-se a legítima defesa, tem o direito de defender-se do excesso, posto que o agredido, pelo excesso, transformou-se em agressor injusto.

O agressor injusto inicial não pode, pelo fato de ter agredido inicialmente o agente, ficar inerte, sem nenhuma atitude frente ao mesmo que na sua defesa está se excedendo. Diante de tal fato, a partir do instante em que o agente se excede, o agressor inicial tem o direito de legítima defesa contra o ir além desnecessário do agredido inicial.

Negar esse direito ao agressor inicial, seria pactuar com sentimentos menores que não devem ser permitidos pelo nosso ordenamento como é o caso da vingança, do ódio, da perversidade entre outros.

Essa atitude de permitir a legítima defesa do agressor inicial em caso de excesso do agredido é um gesto que atende ao instinto de conservação inerente a todo ser humano e que diante disso deve sempre ser permitido por ser razoável a atitude de defender sua própria vida perante um cidadão que a partir de um certo instante age de maneira injustificada.

4.15 HIPÓTESES DE CABIMENTO DE LEGÍTIMA DEFESA

Caberá legítima defesa nas seguintes hipóteses:

a) Legítima defesa contra agressão injusta de inimputável.

Ocorre quando o agente se defende de uma agressão injusta praticada por um doente mental ou por um menor inimputável. É indispensável que a agressão seja injusta, desprezando-se

o fato de que foi ela praticada por um inimputável. No entanto, como afirmado anteriormente, diante de tais pessoas, tal regra sofre atenuação.

b) Legítima defesa contra agressão justificada por qualquer outra causa de exclusão da culpabilidade.

Não interessa saber se o agressor tem ou não condições de conhecer o caráter ilícito do fato que está praticando, pois independentemente disso, o agredido está sofrendo um ataque injusto e tem o direito de repelir essa agressão.

c) Legítima defesa real contra legítima defesa putativa.

Na descriminante putativa, o agente por incorrer num erro, acha que está se defendendo, mas na verdade, está praticando um ato injusto. No entanto, pelo fato dele não saber que está cometendo uma agressão injusta contra um inocente, este não pode ficar à mercê desse ataque podendo repelir esse ataque objetivamente injusto.

d) Legítima defesa putativa contra legítima defesa putativa.

É possível de ocorrer quando dois inimigos neuróticos se encontram, um pensando que o outro vai atacá-lo. Diante da situação, ambos partem para o ataque, supondo-o como justa a defesa. No entanto, avaliando-se esse caso objetivamente, verifica-se que são dois fatos ilícitos visto que não se trata de legítima defesa real, mas a ocorrência ou não de crime dependerá das circunstâncias do caso concreto, uma vez que a legítima defesa putativa, quando derivada de erro de tipo, exclui o dolo, podendo excluir também a culpa de acordo com o art 20, § 1º do Código Penal.

e) Legítima defesa real contra legítima defesa subjetiva.

Como afirmado anteriormente, ocorre a legítima defesa subjetiva quando há o excesso derivado de erro de tipo escusável, que exclui o dolo e a culpa. É o caso do agente que após se defender de um ataque inicial, começa a se exceder pensando que ainda está sendo agredido. Para o agente, ele ainda está defendendo-se porque a agressão ainda não parou, mas na realidade fática, já deixou a posição de agredido e passou a posição de agressor, legitimando daí a repulsa

por parte de seu agressor que neste instante poderá atuar em legítima defesa real contra o excesso (legítima defesa subjetiva).

f) Legítima defesa putativa contra legítima defesa real.

Essa situação é possível de ocorrer uma vez que se trata de uma causa putativa. O fato será ilícito, pois objetivamente não deixa de ser injusto, no entanto dependendo do erro que levou o agente a equivocar-se, poderá haver exclusão do dolo e culpa quando o erro for do tipo escusável. Tal hipótese ocorrerá apenas na legítima defesa putativa de terceiro. É o caso de uma pessoa que presencia seu amigo brigando e para defendê-lo agride seu oponente. Mas, tratou-se de um engano, pois o seu amigo era o agressor e o terceiro agredido apenas se defendia de uma agressão injusta.

g) Legítima defesa real contra legítima defesa culposa.

Ao se avaliar a agressão, verifica-se a injustiça dela com cunhos objetivos somente, desprezando-se o comportamento subjetivo do agente em relação ao fato. É o caso, por exemplo, da legítima defesa real contra legítima defesa putativa por erro de tipo evitável. Exemplo: "A", confundindo "B" com um inimigo e sem qualquer cuidado para constatar se realmente era, atira em sua direção. Nesse caso, houve uma agressão injusta decorrente de culpa na apreciação de fato (identificação do seu inimigo). Contra esse ataque culposos cabe legítima defesa real, uma vez que o agente está se defendendo de uma agressão injusta.

4.16 HIPÓTESES DE NÃO-CABIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA

Não se justifica a excludente, nos seguintes casos:

- a) Legítima defesa real contra legítima defesa real;
- b) Legítima defesa real contra estado de necessidade real;
- c) Legítima defesa real contra exercício regular de direito;
- d) Legítima defesa real contra estrito cumprimento do dever legal.

A justificativa é que em nenhuma dessas hipóteses houve uma agressão injusta, sendo todas elas, agressões amparadas por dispositivos legais.

Nos capítulos iniciais desse trabalho, vimos que age em legítima defesa, quem usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. É o que estatui o art.25 do Código Penal. Analisando tal frase, constatamos que para haver legítima defesa, é necessário entre outros requisitos que a agressão seja injusta. Nas quatro hipóteses enunciadas acima, não há injustiça da agressão em nenhuma delas, de forma que tais condutas são amparadas também pelo nosso Direito.

Permitir a legítima defesa em tais hipóteses seria autorizar um verdadeiro massacre ao nosso ordenamento como, por exemplo, permitir que um ladrão se defenda legitimamente de um policial que está em sua perseguição após um furto, com o intuito de prendê-lo.

Ou ainda, autorizar um assaltante de alta periculosidade a reagir a tiros quando o mesmo se encontrar, cercado por atiradores de elite, num assalto frustrado a banco.

Vê-se pois que nessas ocasiões, não pode haver legítima defesa, pois não há agressão injusta a ser repelida.

4.17 EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

Inicialmente cumpre destacar que para existir uma ação em legítima defesa é necessário que tenha havido uma situação de legítima defesa. Ou seja, esta é *conditio sine qua non* daquela e apenas quando se verifique uma verdadeira situação em legítima defesa é que há lugar para uma ação em legítima defesa.

Como analisado anteriormente, a situação de legítima defesa que é regulada pelo art.25 do Código Penal, compreende a presença de uma agressão injusta atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro.

Por outro lado, a ação em legítima defesa à luz do mesmo dispositivo requer a necessariedade dos meios de defesa empregados, a moderação no uso desses meios e também o elemento subjetivo caracterizador da ação.

Dessa maneira, presentes os requisitos imprescindíveis para a existência de uma situação de legítima defesa e os de ação de legítima defesa, perfectibilizada estará a excludente. O fato,

apesar de típico, será lícito, permitido pelo nosso ordenamento jurídico, não se constituindo numa infração penal.

O excesso na legítima defesa é derivado de uma reação e como tal pressupõe necessariamente uma situação de legítima defesa. Se não existir agressão, não existe defesa e por conseguinte, não há como considerá-la excessiva. Caso haja agressão, mas a mesma seja pretérita em relação ao tempo da repulsa, não há campo para considerações a respeito do excesso. Se a agressão é atual ou iminente, mas não é injusta como é o caso do estrito cumprimento do dever legal, exercício regular do direito, estado de necessidade real entre outros, da mesma forma, excluída estará a ação de legítima defesa e não há espaço para considerações a respeito do excesso defensivo.

Diante disso, pode-se afirmar que para haver o excesso é preciso que inicialmente haja uma situação de legítima defesa, que acarretará num segundo momento uma ação de legítima defesa. Só quando presentes esses dois requisitos é que poderá haver questionamentos a respeito do excesso ou do ir além defensivo, que será melhor analisado a seguir.

Ao falarmos em excesso, o primeiro raciocínio que devemos ter, é que o agente, inicialmente, agia amparado por uma causa de justificação, ultrapassando, contudo, o limite permitido pelas nossas leis.

Pode-se afirmar então, que no Direito Penal, o excesso é um instituto sem vida autônoma, uma vez que o mesmo é indispensavelmente vinculado à configuração de uma situação de legítima defesa que justifique a reação. Dessa forma, surge o excesso, quando o agente ao se defender legitimamente, viola os requisitos exigidos pelas nossas leis, ultrapassando os limites permitidos.

Quando alguém está sendo injustamente agredido por outrem, a lei penal permite que atue em sua própria defesa. No entanto, para que o agente afaste a agressão injusta, de modo que a sua conduta esteja justificada pelo nosso ordenamento, é necessário que a mesma atenda aos requisitos objetivos e subjetivos reclamados pelo art.25 do Código Penal.

Se após cessar a agressão injusta que estava ocorrendo contra a sua pessoa, o agente não interrompe os seus atos e prossegue na repulsa, a partir desse momento, estará configurado o excesso. Ou seja, o excesso se inicia a partir de um marco fundamental, qual seja o instante em que o agente com sua reação faz cessar a agressão que se dirigia contra ele.

A conduta praticada em excesso é ilícita e o agente por ela deverá responder, de forma que a legítima defesa constitui uma causa de exclusão de antijuridicidade e o excesso de legítima defesa é um excesso ilegítimo de defesa, pelo qual subsistirá um crime que será penalmente reprimido e imposto ao agente que se excedeu de maneira não permitida.

O excesso pode ser conceituado como a intensificação desnecessária de uma ação que inicialmente era justificada. De modo que, presente o excesso, os requisitos das descriminantes deixam de existir e como consequência o agente deve responder pelas desnecessárias lesões causadas ao bem jurídico ofendido. Esse excesso pode decorrer do uso inadequado do meio, quando o sujeito podia utilizar meio menos vulnerante, ou da falta de moderação na repulsa. O excesso poderá ser doloso, culposo e exculpante:

a) excesso doloso ou consciente é aquele que ocorre quando o agente se defende de uma injusta agressão, empregando meio que sabe ser desnecessário ou, mesmo tendo consciência de sua desproporcionalidade, atua de maneira não moderada. Exemplo: o sujeito para defender-se de um tapa, mata a tiros o agressor ou, então, após o primeiro tiro que fere e imobiliza o agressor, prossegue na reação até a sua morte. Em ambos os casos, estão caracterizados o excesso doloso, em virtude do agente consciente e deliberadamente valer-se de situação vantajosa de defesa em que se encontra para, desnecessariamente, infligir ao agressor uma lesão mais grave do que a exigida e possível, impelido por outros motivos exteriores à legítima defesa como, por exemplo: o ódio, a vingança, a perversidade etc. Como consequência, o agente responde pelo resultado dolosamente. Exemplo: aquele que mata quando era necessária apenas a lesão responde por homicídio doloso. 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 do Código Penal ou, quando for o caso, com a causa de diminuição de pena do § 1º do art.121 do Código Penal.

No excesso doloso, o sujeito conscientemente vai além do necessário para repelir a agressão, transformando uma conduta inicialmente lícita em um comportamento ilícito. Dessa maneira, o agente responde por crime doloso (CP, art 23, parágrafo único).

O excesso doloso pode ocorrer em duas situações:

a) na hipótese em que o agente, ao fazer cessar a agressão, continua o ataque porque quer causar mais lesões ou a morte do agressor inicial (excesso doloso em sentido estrito) impelido como afirmado acima por motivos exteriores à legítima defesa como o ódio ou a vingança. Exemplo: João está num bar e é injustamente agredido por um sujeito de maior porte físico. João

para se defender, saca de um revólver e atira no seu agressor que fica caído no chão sem oferecer qualquer perigo. Nesse instante, João se aproxima do mesmo, afirma que ele nunca mais voltará àquele bar e dispara o tiro fatal;

b) quando o agente, também ao cessar a agressão injusta cometida, pelo fato de ter sido agredido inicialmente, em virtude de erro de proibição indireto (erro sobre os limites de uma causa de justificação), acredita que possa prosseguir na reação, matando o seu agressor, por exemplo. Nesse caso, embora a conduta tenha sido dolosa, foi a mesma derivada de erro sobre os limites de uma causa de justificação e será preciso aferir se o erro era evitável ou inevitável. Se inevitável, embora o agente tenha atuado com excesso estará isento de pena; se evitável o erro, o fato será típico, antijurídico e culpável, porém o agente terá a sua pena reduzida entre os limites de um sexto a um terço, de acordo com a parte final do art.21 do Código Penal. Exemplo: A é um morador de um vilarejo isolado e um dia ao caminhar na rua é xingado por um desconhecido. A, pessoa rude de pouca instrução que até então nunca tinha sido xingado, saca de um faca e parte para agredir o seu ofensor. Ao acertar a primeira facada, prostrando o agressor inicial, A prossegue na reação até matá-lo, achando que sua conduta era justificada pelo fato de ter sido inicialmente xingado, consistindo pois numa desmoralização. Ou seja, A incidiu em erro sobre os limites de uma causa de justificação. Vejamos como alguns Tribunais vêm decidindo a esse respeito. O TJ-ES alega que: “Não há legítima defesa se, após ser ferido na mão, com faca, pela vítima, a desarma e lhe desfere dez facadas”(DELMANTO,1998, p.49). O TJ-SP proferiu as seguintes decisões: “O número desusado de facadas desferidas pelo réu na vítima, matando-a, já de si é fator que afasta a legítima defesa por ele invocada, pois revela fúria agressiva” (FRANCO, 1987, p.77). “Verifica-se o excesso na reação, que repele a legítima defesa, na conduta do acusado desfechando mais tiros no ofendido quando este ferido normalmente, já não oferecia qualquer perigo à sua incolumidade física” (FRANCO, 1987, p.77). “Configura-se a justificativa se, após levar um tiro na cabeça, arrebatada o revólver do agressor e desfecha-lhe tiros, sendo seu estado gravíssimo e podendo aquele ter dado continuidade à agressão” (DELMANTO, 1998, p.48). Enquanto isso, o TACRIM-SP afirmou: “Inadmissível possa alguém repelir legitimamente um simples pontapé, ou rasteira, com reiterados golpes de faca” (FRANCO, 1987, p.77)

b)excesso culposos ou inconsciente é aquele que ocorre quando o agente, diante do temor, emoção provocado pelo ataque injusto, acaba deixando a posição de defesa, partindo para o

ataque, após ter dominado o agressor. Aqui não há intensificação intencional ou dolosa, pois o agente imaginava-se ainda sofrendo o ataque, sendo o seu excesso ocorrido em consequência de uma falsa apreciação da realidade.

O excesso culposo é aquele resultante da imprudente falta de contenção por parte do agente, quando isso era possível nas circunstâncias, para evitar um resultado mais grave do que o necessário à defesa do bem agredido.

Segundo Francisco de Assis Toledo: “caracteriza-se o excesso culposo quando:

- a) o agente esteja, inicialmente, em uma situação de reconhecida legítima defesa;
- b) dela se desvia, em momento posterior, seja na escolha dos meios de reação, seja no modo imoderado de utilizá-los, por culpa estrito senso;
- c) o resultado lesivo esteja previsto em lei (tipificado) como crime culposo.”¹³

Ocorre o excesso culposo nos seguintes casos:

- a) o agente ao avaliar mal a situação que o envolvia, acredita que ainda está sendo ou poderá vir a ser agredido e, diante de tal situação, prossegue na repulsa, hipótese em que será aplicada a regra do art.20, §1º, segunda parte do Código Penal;
- b) o agente, em decorrência da má avaliação dos fatos e da sua negligência no que diz respeito à aferição das circunstâncias que o cercavam, excede-se em virtude de uma falsa apreciação do perigo no caso concreto ou quanto ao modo de reação(excesso culposo em sentido estrito).

Semelhante ao excesso doloso, no excesso culposo o agente responderá pelo que causar após fazer cessar a agressão contra a sua pessoa. Percebe-se que nessa hipótese, poderemos cogitar da chamada descriminante putativa. A situação da agressão só existe na mente do agente que por erro quanto à apreciação do fato, supõe que a agressão ainda não parou e prossegue no ataque. Nesse caso, também se aplica a regra contida no §1º do art.20 do Código Penal. Se o erro for escusável, haverá isenção de pena; se inescusável, responderá o agente por delito culposo. É a chamada culpa imprópria.

Suponhamos o seguinte exemplo: Fabiano, lutador de artes marciais, agride injustamente Márcio num local público. Márcio querendo fazer cessar os golpes de artes marciais de que estava sendo vítima, saca de um revólver e atira em direção a Fabiano atingindo-o gravemente

¹³ TOLEDO, *ibid*, p 209.

que diante do impacto cai e fica inerte. Márcio, apavorado com os golpes até então recebidos e supondo que Fabiano prosseguiria com a agressão, dispara um segundo tiro quando já não se fazia presente qualquer perigo. Num primeiro momento, ao fazer cessar a reação, Márcio agiu em legítima defesa real. Porém, no segundo momento, Márcio agiu em legítima defesa putativa, pois imaginou que ainda seria agredido, quando o agressor não oferecia perigo pois estava inerte, ou seja, criou uma situação imaginária que só existiu na sua cabeça. Como a hipótese de legítima defesa putativa, diz respeito a erro, deve-se verificar se o erro em que incorrera o agente era vencível ou invencível. Se invencível, será isento de pena conforme determina a primeira parte do §1º do art.20 do Código Penal; se vencível, embora tenha agido com dolo quando atirou, responderá pelo resultado advindo dessa conduta com as penas correspondentes às de um crime culposos. Neste segundo momento, como afirmado anteriormente, é que se localiza a chamada culpa imprópria.

O segundo caso de excesso culposos é aquele em que a repulsa do agente é desmedida *ab initio*. A sua reação era desnecessária desde o início, tendo decorrido de uma má avaliação do caso concreto. No primeiro caso, o agente defendeu-se legitimamente no primeiro momento e num segundo momento devido a erro, achando que ainda seria agredido continuou a repulsa. Aqui, não há esse intervalo de tempo. O agente atuou num único instante, motivado pela situação em que se encontrava, quando na verdade não havia necessidade de uma defesa tão intensa como a que foi desencadeada pelo agente.

De acordo com Nelson Hungria: “Para identificação do excesso culposos devem ser apreciadas, no seu conjunto, as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto. Não se pode adotar o ponto de vista apriorístico e simplista de Nicolini: “Atacado, ameaçado de perto, defendo-me, e estava inteiramente dentro da minha esfera de direito. Mas defendo-me como posso. Suceda, portanto, o que tiver de suceder. Não me demoro a examinar a igualdade ou o desequilíbrio dos meios, as circunstâncias da ação, nem a intenção ou estado de ânimo do agressor”. Nem irrestritamente pode ser aceito o raciocínio de Marciano: “Quem é atacado e agredido, dificilmente está em condições de calcular, com a balancinha de ourives, quando e como começa o delito de excesso. Se alguém alça a bengala para golpear-me, não poderei, em face da inopinada e enfurecida agressão, avaliar as dimensões e o alcance do meio ofensivo manejado contra mim, nem a medida do propósito do agressor. Serei apenas espancado, sofrendo uma contusão, ou serei gravemente ferido, com eventual perigo de vida? Como se poderia

pretender a dosimetria da reação, se não se está em condições, ordinariamente, de aquilatar da entidade da ofensa a que se está exposto?”. Em muitos casos, a situação será como a descrevem os citados autores italianos; mas daí a ser o que sempre ou ordinariamente acontece vai grande distância. Nem o direito positivo poderia conformar-se com a incontrolada instintividade da defesa privada, a não ser que viesse a consagrar, na espécie, o que alguém já chamou a “moral do assassino”. Não há dúvida, porém, que os conceitos acima transcritos devem servir de advertência, no sentido da relatividade com que deve ser apreciada, de caso em caso, a anormalidade do excesso. Binding justamente entendia que só se deve exculpar o excesso “quando o agredido, ao calcular o perigo, não contrastou o tipo de homem criterioso”.¹⁴

Como consequência do excesso, o agente responderá pelo resultado produzido, a título de culpa como afirmado anteriormente, porém, é importante ressaltar que a punição do excesso culposos somente se admitirá quando o excesso caracterizar crime culposos previsto em lei. No exemplo do homicídio, admite-se a punição do excesso culposos, diante do tipo do § 3º do art.121 do Código Penal. Na hipótese, porém, de danos materiais, sem outras implicações, o excesso culposos é impossível por inexistir previsão legal ou tipificação do crime de dano culposos, no Código Penal. Seu tratamento transfere-se para o direito civil.

Decidiu, a respeito, o Tribunal de Justiça de São Paulo: “Se o excesso tiver como antecedente causal um estado emotivo, haverá culpa e não dolo. Não existirá dolo porque a vontade, coagida pela necessidade de defesa, não pode ser pressentida na sua exata direção; haverá culpa porque muito embora envolvido por circunstâncias impeditivas de sua expansão completa, a vontade ainda tem livre um certo campo de ação, pode se frenada pela previsão do resultado excessivo da repulsa”. (TOLEDO, 1994, p.208-209).

No entanto, é importante observar que na hipótese em que o sujeito responde por homicídio culposos, por ter ultrapassado culposamente os limites da legítima defesa, não deixa de ter agido dolosamente quanto à morte da vítima, de maneira que o mesmo pratica um homicídio doloso e responde pela forma culposa, gerando uma aparente contradição. Porém esse tema pode ser comparado, *a contrario sensu*, ao crime preterdoloso. Neste, o sujeito age com dolo no primeiro delito e com culpa no tocante ao resultado qualificador. Exemplo: lesão corporal seguida de morte (CP, art.129, § 3º). Há dolo no antecedente (lesão corporal) e culpa no conseqüente (morte). No excesso na legítima defesa, de que resulta morte, há culpa no

¹⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1, p.246-247.

antecedente (suposição da necessidade de repulsa) e dolo no conseqüente (morte da vítima). O homicídio doloso é ocasionado por um erro culposos no que diz respeito à errônea suposição da gravidade do ataque ou quanto à maneira da repulsa. Puni-lo por homicídio doloso é injusto, uma vez que o fato não se originou do dolo, mas sim de culpa. Absolvê-lo também é injusto, uma vez que uma vítima foi morta. Diante de tal dilema, o nosso legislador optou por aplicar-lhe a pena do homicídio culposos, que seria um meio termo entre a condenação por homicídio doloso e a absolvição. Assim, o excesso culposos é uma conduta dolosa que, por questões de política criminal, é punida com as penas correspondentes à de um crime culposos.

c)excesso exculpante é aquele que não deriva nem do dolo, nem da culpa, mas de um erro plenamente justificado pelas circunstâncias. O excesso na reação defensiva decorre de uma atitude emocional do agente que foi agredido, cujo estado interfere na sua reação defensiva, impedindo assim que o mesmo tenha condições de balancear adequadamente a repulsa em função do ataque, não se podendo exigir que o seu comportamento seja conforme a norma. Como exemplo podemos citar a legítima defesa subjetiva.

Trata-se de um excesso na reação defensiva, que não é, por suas peculiaridades, reprovável, ou melhor, merecedor de pena. Resulta de medo, surpresa ou de perturbação de ânimo. É evidente que pressupõe uma agressão atual, iminente ou injusta. No entanto, a reação foi excessiva e tal excesso não deriva nem do dolo, nem da culpa, mas de uma atitude emocional do agredido.

Com o excesso exculpante, busca-se eliminar a culpabilidade do agente, ou seja, o fato é típico e antijurídico, deixando entretanto de ser culpável, em virtude de no caso concreto não poder ser exigida do agente outra conduta, senão a adotada por ele.

O TJMG, tendo como relator o juiz Freitas Barros, já decidiu:

É bom deixar enfatizado que o *excessus defensiones* pode ser censurável ou não. Se é antijurídico, pode ser doloso (o agente responde pelo resultado na forma de crime doloso) ou culposos (o agente responde pelo resultado na forma de crime culposos). Todavia, pode não ser censurável, o que ocorre quando deriva de escusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo. (GRECO, 2004, p.402).

No excesso exculpante, o pavor da situação em que o agente se encontra envolvido é tão grande que não permite avaliá-la com perfeição, fazendo com que o agente se exceda na reação.

Essa perturbação mental do agente, em alguns casos, afasta a culpabilidade. Isto é, naqueles casos em que os sentimentos do agente forem exacerbados a ponto de não permitirem um raciocínio sobre a situação em que o agente estava envolvido, pode a culpabilidade ser excluída sob a alegação do excesso exculpante.

Nelson Hungria em voto proferido no HC 32.762, julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, explicitou o seguinte: "... A legítima defesa como descriminante, a autêntica legítima defesa, é essencialmente objetiva. Desde o momento que se nega a sua moderação, que é um dos seus requisitos objetivos, surge o excesso de legítima defesa, e para a apreciação de tal excesso já a lei impõe critério que é, ao mesmo tempo, objetivo e subjetivo. Entende a lei que se o excesso é doloso, o réu responde pelo crime imputado a título de dolo; se é culposos, responde pelo crime a título de culpa; se, porém, decorreu de caso fortuito, ficará isento de culpa e pena, devendo notar-se, de passagem, que a culpa levíssima, ao contrário do que ocorre no direito civil, é equiparada ao fortuito em direito penal..."¹⁵

"A jurisprudência mais recente da Suprema Corte confirma esse entendimento ao exigir, no caso de excesso, reconhecido sempre que o júri nega a necessidade dos meios empregados, que se questionem os jurados sobre a natureza do elemento subjetivo caracterizador do excesso". (TOLEDO, 1994, p.208).

Para existir o excesso, é necessária a preexistência de uma situação objetiva de legítima defesa. Deve haver uma agressão injusta, de modo que o excesso se refere aos limites de conduta do agredido e não à sua inicial licitude. Desse modo, chama-se excesso à intensificação desnecessária de uma conduta inicialmente justificada. É importante salientar que o excesso consiste na intensificação da conduta. Para haver o excesso é preciso que estejam presentes as condições básicas da legítima defesa e que uma delas, a proporcionalidade, encontre-se atrofiada.

O problema pode-se situar em dois casos:

a) o agente, desde o início de sua conduta, emprega um meio desnecessário ou emprega imoderadamente um meio necessário: desse modo, excluída está a legítima defesa, pois a conduta não estava inicialmente justificada;

b) no início, o sujeito emprega o meio necessário moderadamente, mas dele se desvia agindo imoderadamente: neste caso, é que se fala em excesso na legítima defesa.

¹⁵ TOLEDO, *ibid*, p. 207-208.

Da maneira como foi exposta acima, ligou-se o excesso à imoderação do agente. Porém a questão não é pacífica, pois alguns autores admitem o excesso quer pelo emprego de meios desnecessários, quer pelo emprego de imoderação. Assim, segundo Odin Americano, citado por Damásio de Jesus, “para haver excesso é necessário: a) injusta agressão, atual ou iminente; b) repulsa imoderada da agressão ou emprego de meios desnecessários; c) culpa da imoderação nesse emprego de meios desnecessários”.¹⁶

Os Tribunais brasileiros admitem o excesso tanto na imoderação como também no emprego de meios desnecessários.

No entanto, vale salientar que o excesso doloso somente exclui a legítima defesa a partir do momento em que o agente pratica a conduta constitutiva do excesso, pois antes disso se encontrava acobertado pela descriminante, contrariando a opinião daqueles que afirmam que o excesso doloso sempre exclui a legítima defesa. Ex: para repelir a injusta agressão o sujeito causa lesão corporal grave no agressor, presente os requisitos da necessidade e da proporcionalidade. Já prostrado o agressor, o agente continua a feri-lo, causando nesta segunda fase, lesões corporais leves. Caso o excesso doloso excluísse a legítima defesa, o agente deveria responder por lesão corporal grave. Ocorre que o agente causou a lesão grave quando se encontrava em legítima defesa. Logo, deve responder pelo fato praticado durante o excesso: lesão corporal leve (dolosa), portanto.

Casos há em que o agente não quer o excesso, tendo este decorrido de um erro de cálculo quanto à gravidade do ataque ou quanto ao modo de repulsa. Neste caso, é preciso distinguir. Tratando-se de erro escusável invencível, aquele que qualquer homem cometeria em face das circunstâncias, o agente fica isento de pena por ausência de dolo e culpa. Neste caso, trata-se de erro de tipo, previsto no art.20, §1º, 1ª parte do Código Penal: o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima (tornaria a reação legítima defesa real). Ele supõe, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, que incide sobre o cálculo quanto à gravidade do ataque ou quanto ao modo de repulsa, encontrar-se ainda na situação de necessidade de reagir. Há erro de tipo escusável, excludente de dolo e culpa. Porém, quando o erro for inescusável, vencível, ou seja, aquele em que o homem equilibrado não deveria cometer, advindo de imponderação, desatenção, o agente responde por crime culposos, se prevista a modalidade culposa para o fato, enquadrando-se no

¹⁶ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 389.

excesso culposo, contido no art. 23, parágrafo único do Código Penal. É a chamada culpa imprópria, em que o resultado é previsto e querido, porém, como o agente não quis o excesso, realizando a conduta em face de erro de tipo vencível, há exclusão de dolo, subsistindo a culpa. É a aplicação do disposto no art. 20, §1º do Código Penal, pertinente ao erro culposo. Verifica-se que o excesso é culposo e o resultado doloso. Culpa no antecedente (na conduta culposa) e dolo no conseqüente (resultado).

No entanto, é possível que o erro do sujeito não recaia sobre os requisitos fáticos da legítima defesa, mas sobre seus limites normativos como, por exemplo, o erro recair sobre a injustiça da agressão. Nesse caso, trata-se de erro de proibição, incidindo sobre a ilicitude do fato. Aplica-se o art. 21 do CP: se escusável, há exclusão da culpabilidade; se inescusável, o sujeito responde pelo resultado produzido durante o excesso a título de dolo, com pena diminuída de um sexto a um terço, de acordo com o artigo 21, caput, parte final do Código Penal.

Durante a conduta constitutiva de excesso voluntário, pode ocorrer que o sujeito venha a:

- a) Matar o anterior agressor;
- b) Feri-lo;
- c) Errar o alvo.

Pressupondo, nas hipóteses acima, que o agente tenha disparado tiros de revólver no anterior agressor com o intuito de matá-lo, as soluções são as seguintes: no caso “a”, responde por homicídio doloso; nos casos “b” e “c”, por tentativa de homicídio (doloso).

No caso de excesso involuntário, derivado de erro de tipo escusável, podem ocorrer as mesmas hipóteses “a”, “b” e “c”, acima. Nos três casos, o agente não responde pelo fato por exclusão de dolo e culpa.

Porém, no excesso involuntário, derivado de erro de tipo inescusável, a solução é diferente nas três hipóteses “a”, “b” e “c” acima referidas.

Na hipótese “a”, responde por homicídio culposo (CP, art. 23, parágrafo único, c/c o art. 20, §1º, parte final). Na hipótese “b”, responde por lesão corporal culposa e na hipótese “c”, não há crime. Note-se que nas hipóteses “a” e “b”, o excesso é culposo, mas o resultado é doloso, determinando o Código Penal, entretanto, que se aplique a pena do crime culposos.

Um outro ponto que merece ser lembrado é a diferença existente entre excesso intensivo e extensivo.

O excesso intensivo é aquele que ocorre quando o autor por medo ou susto se excede na medida requerida para a defesa. É o excesso que se refere à espécie dos meios empregados ou ao grau de sua utilização. Pressupõe que a agressão seja atual, mas que a defesa deveria ter adotado um grau menor de intensidade. Ou seja, ocorre este excesso se o agente durante a repulsa à agressão injusta, atua de forma imoderada ou desproporcional, quando poderia ter usado meios menos lesivos para afastar aquela agressão.

Por outro lado, o excesso extensivo, existe quando o agente inicialmente, fazendo cessar a agressão injusta que era praticada contra sua pessoa, dá continuidade à repulsa, quando esta já não era mais necessária, fazendo com que a defesa se prolongue por mais tempo do que dura a atualidade da agressão. Neste, o agente num primeiro momento atua dentro dos limites impostos pela legítima defesa, porém ao impedir que a agressão injusta continue, nesse segundo momento, dá continuidade à repulsa praticando assim uma conduta penalmente reprimida.

Exemplificando: alguém é atacado injustamente por outrem e diante do nervosismo em que se viu envolvido, espanca o seu agressor até a morte, uma vez que não conseguiu parar de agredi-lo. Nesse caso, o fato ocorreu numa relação de contexto e não foi cessada a agressão para posteriormente decidir se a mesma continuaria ou não. Trata-se então do excesso intensivo. De outra forma, se A é agredido a socos por B e nesse instante, repele a agressão. No entanto, mesmo depois de B prostrado, A prossegue na reação. Como nesse segundo momento, não há mais agressão que permita qualquer repulsa, o excesso será denominado extensivo.

Por último, queremos destacar que há também o excesso na causa, que é aquele que ocorre quando existe uma gritante inferioridade do valor do bem ou interesse defendido em confronto com o atingido pela repulsa. Exemplo disso é o caso de uma criança que ao passar numa feira livre subtrai uma fruta de um feirante, que ao perceber o furto, mata a criança em legítima defesa do seu patrimônio. Ora, já afirmamos anteriormente que todos os bens são passíveis de legítima defesa quando atacados injustamente por outrem. No entanto, tal premissa não pode nos conduzir a absurdos. Ou seja, não há dúvida de que o patrimônio do feirante é um bem passível de legítima defesa, no entanto houve uma injustificável desproporção entre o bem defendido pelo agente (uma fruta) com o bem atingido pela reação (a vida de uma criança). Falando de outra maneira, o bem defendido com a repulsa é infinitamente de menor valor quando

comparado com o bem agredido. Em tais situações, ocorrerá o excesso na causa, fazendo com que o agente responda pelo resultado, tendo em vista a enorme desproporção existente *in casu*. Dessa forma, estarão excluídas as características de legítima defesa.

Finalizando esse capítulo, pode-se afirmar que o excesso é algo que descaracteriza a legítima defesa pelo fato da reação defensiva ir além do necessário para repelir o ataque ilegal, ferindo-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e causando desnecessárias lesões no direito de seu oponente, ou seja, a agressão é injusta, porém a reação excessiva também é de maneira que o agente que se excedeu, merece reprimenda penal pelo fato da sua conduta não ser autorizada por nossas leis.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, percebemos o quão meticulosa é a caracterização de um ato como sendo de legítima defesa. Trata-se de um instituto que remonta à antiguidade, desde o Direito Romano, e que foi melhor delineado com o passar dos tempos de maneira que atualmente se encontra codificado com os seus contornos bem definidos pela legislação brasileira.

Dentro desse contexto, para uma reação ser incluída na excludente de antijuridicidade referida, é necessário que preencha todos os requisitos previstos no art. 25 do Código Penal. Ou seja, diante de uma agressão injusta, atual ou iminente, o agente só pode defender o direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários, não se admitindo atos desencadeados com excesso.

Diante de tal exigência, a justificativa de um fato, *a priori*, típico, se transforma, numa rigorosa averiguação da reação no tocante à atualidade, iminência, injustiça da agressão, meios necessários, uso moderado, elemento subjetivo, excesso e alguns outros.

Percebe-se assim que consiste num importante meio a ser provado que irá permitir que o julgador absolva o acusado, pelo fato de ser aquela atitude amparada pelas leis penais brasileiras e pelo fato da mesma servir para tão importante mister, deve ter os seus requisitos checados item por item, com o intuito de não se cometer injustiças e deixar de condenar aqueles que cometeram crimes com objetivos diferentes de defesa legítima.

Não é raro alguém praticar um ato com excesso e alegar legítima defesa, comportamento esse que deve ser punido e servir de alerta para que cada cidadão e também os três poderes busquem a sua eliminação ou ao menos a sua diminuição do cenário jurídico brasileiro.

Por tudo isso, entende-se que a legítima defesa é um dos institutos mais importantes do ordenamento pátrio e que diante disso deve ser cada vez mais zelada pela sociedade, possibilitando-se assim que o rigorismo adequado ao seu julgamento seja aprimorado dia a dia por parte de nossos Tribunais e que diante de tal providência, tenhamos uma humanidade que prime pela justiça em suas atitudes.

Não se pode nunca esquecer que todas os nossos atos devem ser razoáveis e proporcionais ao caso concreto, de maneira que também na legítima defesa é imprescindível que ela se desenvolva obedecendo-se aos limites estabelecidos pelos princípios da razoabilidade e da

proporcionalidade de modo que jamais se permita a morte de uma criança que fure uma fruta de um feirante, tendo em vista a enorme desproporção existente no valor dos direitos defendidos. Será que o valor de uma fruta merece ser equiparado ao de uma vida humana? Acreditamos que não. Ou que diante de uma ameaça, devemos reagir sempre, sem tentar buscar outros meios como, por exemplo, o socorro de autoridade pública? A resposta a essa indagação, também deve ser negativa.

Frise-se que a população tem um conceito leigo de legítima defesa e que nem sempre compreende a complexidade das decisões judiciais em face das nuances existentes na matéria. Esse entendimento enraizado na consciência das classes populares pode em algumas ocasiões gerar atos ilegais, uma vez que um cidadão comum, desconhecedor dos aspectos técnicos exigidos legalmente, age de maneira instintiva, sem se ater aos limites reclamados por nossas leis e também por alguns princípios adotados no nosso país em relação à discriminante citada. Dessa forma, o Poder Judiciário ao proferir as suas sentenças deve coibir esses abusos cometidos de maneira que se estabeleça um posicionamento justo e se esclareça que não é de qualquer maneira que se pode reagir a uma agressão injusta, pois há vários requisitos a serem atendidos para que um ato venha a ser enquadrado na defesa permitida.

No entanto, vale salientar que no desenlace da questão, por ocasião do julgamento, o veredicto caberá aos jurados, de forma que o suposto homicida será julgado por seus pares e ao juiz caberá apenas homologar esta decisão. Diante disso, pode-se afirmar que o magistrado ficará preso à decisão dos juízes leigos e no caso da haver recurso, o Tribunal de Justiça mandará a novo Júri, mas de forma alguma anulará a decisão primeira, uma vez que esta é soberana. Por outro lado, ainda convém lembrar que o juiz ao decidir sempre usará o seu poder discricionário, de maneira que este ficará à vontade para desencadear o seu livre convencimento. Nesse diapasão, lançamos a seguinte indagação: Até que ponto, o Juiz pode usar o seu poder discricionário à revelia do que consta na lei para favorecer a aplicação do instituto face à realidade dos autos? Será que em tal caso, está sendo dada prioridade ao fator "justiça"? Ou contrariamente, estamos diante de uma perigosa arma que poderá ser usada contra uma pessoa num país em que tem o princípio da legalidade insculpido na sua Carta Magna?

Para finalizar, queremos afirmar que a legítima defesa além de proteger o direito próprio ou alheio agredido protege também o próprio ordenamento jurídico, uma vez que um ato como uma tentativa de homicídio, atinge não apenas a vítima, mas a sociedade como um todo. Diante

de tamanha importância do instituto, a análise de todo ato praticado com o objetivo de defesa, deve se transformar numa verdadeira problemática que será resolvida com profundo rigor com o intuito de se evitar injustiças, hoje tão presentes no mundo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Lauro de. **Código penal alemão: Direito comparado**. São Paulo: Ed da Universidade de São Paulo, 1974.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.
- BARROS, Francisco Dirceu. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- BETTIOL, Giuseppi. **Direito penal**. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1977, v. I.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. 4. ed. rev. amp. e atual. pelas leis 9.099/95, 9.268/96 e 9.271/96 do livro Lições de direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BRASIL. **Código Penal**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. Constituição Federal (1988). 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. **Novo Código Civil comentado**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2004
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2001.v. 1.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1997, v. 1.
- DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FRANCO, Alberto Silva et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v.1.
- JESUS, Damásio E.de. **Código penal anotado**. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Direito penal**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**. 12. ed. São Paulo : Atlas, 1997, v. 1.

NORONHA, E.Magalhães. **Direito penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva : 1998, v. 1.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120º. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva 1994.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Trad. Juan Brestos Pamirez e Sérgio Yánes Pérez.Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

WELSSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Trad. de Juarez Tavares. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1976.