

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	13
CAPÍTULO I- CONSIDERAÇÕES SOBRE A ILICITUDE E A EXISTÊNCIA DE EXCLUDENTES.....	16
1.1 Elementos do crime	16
1.2 Excludentes de ilicitude.....	18
CAPÍTULO II DOS EXCESSOS.....	27
2.1 Excesso Doloso.....	27
2.2 Excesso Culposos	29
2.3 Outras espécies de excessos	30
CAPÍTULO III- A NECESSIDADE DE PARÂMETROS PARA IDENTIFICAR E MEDIR OS EXCESSOS PRATICADOS NA LEGÍTIMA DEFESA.....	32
3.1 O uso do princípio da razoabilidade.....	33
3.2 Análise de jurisprudências.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
REFERÊNCIAS.....	40

INTRODUÇÃO

O objetivo principal do presente trabalho está pautado em adentrar no estudo do Direito Penal, especificamente na questão relativa à legítima defesa, mais exatamente, na análise de eventual excesso cometido pelo seu agente.

É de suma importância que se amplie os conhecimentos no campo do estudo do instituto da legítima defesa, considerando o fato de ser a temática de grande discussão e valor, sendo comum e densamente empregado pelos advogados para defesa dos interesses de seus clientes. Isso denota o impacto da pesquisa para as ciências jurídicas.

Quando se fala em excludente de ilicitude, logo se remete à legítima defesa. No âmbito do Direito Penal, os defensores muito se utilizam das excludentes de ilicitude. Dentre elas, a legítima defesa é uma das mais evocadas por eles.

As causas excludentes de ilicitude encontram previsão legal no artigo 23 do Código Penal. Portanto, é possível verificar que o objetivo dessas causas é excluir a ilicitude da conduta praticada pelo agente, obrigatoriamente, estão cheias de elementos que, para sua efetiva caracterização, deve estar presentes.

Urge ressaltar, que no momento em que se realiza um estudo referente à legítima defesa, depara-se com terminologias importantes, tais como “meios necessários” e “moderação”. E são elas que dirão quando o sujeito utilizou-se da forma adequada e moderada para se defender e quando ele ultrapassou, fazendo com que sua atitude excessiva torne sua conduta, anteriormente amparada pelo direito, agora repulsada pelo ordenamento jurídico.

Quando se fala em uso moderado é possível verificar que se encontra absolutamente ligado com o excesso. Entende-se que a exigência de nosso ordenamento jurídico a respeito da moderação é viável com relação à desproporção que pode ser causado se não observado este requisito, não podendo se sobrepor às circunstâncias de descontrole do agente diante da situação de uma agressão não causando um mal superior ao que estaria sofrendo.

Contudo, a moderação exigida no artigo 25 do Código Penal diz respeito a intensidade dada pelo agente no emprego dos meios de defesa. Ela 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.

A falta de parâmetro legal sobre a descaracterização da legítima defesa em face da reação excessiva, ou uso imoderado da força, prejudica tal excludente de ilicitude, lesionando o interesse do réu, haja vista a interpretação do artigo 25 do Código Penal?

Para que se possa formular um critério legal que autorize auxiliar os tribunais a identificar o excesso praticado pelo agente no momento em que se utiliza da legítima defesa é de suma importância. Porém, inexistente em nosso ordenamento jurídico. Não pode o agente ultrapassar a utilização do meio necessário e da necessidade da reação para afastar a agressão e na ação para afastar o perigo. Com isso, a aplicação do princípio constitucional da razoabilidade no caso concreto é indispensável para que o magistrado possa usar seu juízo de valor e aferir se houve ou não excessos no caso concreto.

A legítima defesa ocorre em um momento em que as emoções encontram-se presentes. Confirmando esse entendimento Julio Fabbrini Mirabete, marco teórico da pesquisa, que assim preleciona

A legítima defesa é uma reação humana e não pode medi-la com um transferidor milimetricamente, quanto à proporcionalidade de defesa ao ataque sofrido pelo sujeito. Aquele que se defende não pode raciocinar friamente e pear com perfeito e incomensurável critério essa proporcionalidade. Não se deve fazer, portanto, rígido confronto entre o mal sofrido e o mal causado pela reação que pode ser sensivelmente superior ao primeiro, sem que por isso seja excluída a justificativa.¹

A pesquisa possui natureza transdisciplinar, haja vista a investigação dos seguintes setores de conhecimento: Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal.

A monografia será dividida em três capítulos, sendo que no primeiro intitulado “Considerações sobre a ilicitude e a existência de excludentes” será dissertado sobre as questões que dizem respeito ao crime, demonstrando quais o elementos necessários para que uma conduta seja considerada criminosa bem como falando sobre as excludentes de ilicitude, dedicando a legítima defesa atenção especial evidenciado e explicando seus requisitos.

¹MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009. p.185.

O segundo capítulo quem tem o título de “ Os excessos”, será focado nos excessos, diferenciando o doloso do culposo e as outras espécies de excessos estabelecidos pela doutrina, a saber: excessos crassos, acidental, intensivo e extensivo.

Para finalizar, o terceiro capítulo, intitulado de “A necessidade de parâmetros para identificar e medir os excessos na legítima defesa”, será mais específico abordando quais os meios usados para identificar e medir como se dá o excesso praticado pelo agente no momento da legítima defesa.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Dentro dessas causas excludentes de ilicitude está a legítima defesa, conceituada pelo artigo 25 do Código Penal da seguinte forma: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão atual ou iminente, a direito seu ou de outrem".²

Nesse ponto importante são as considerações de Luiz Regis Prado conceituando a excludente da legítima defesa:

A legítima defesa vem a ser a repulsa ou impedimento da agressão ilegítima atual ou iminente, pelo agredido ou terceira pessoa, contra o agressor, sem ultrapassar a necessidade de defesa e dentro da racional proporção dos meios empregados para impedi-la ou repeli-la. É a situação em que o agente repele agressão atual e ilícita a direito seu ou de outrem. Faz-se valer a máxima de que o Direito não tem que ceder ante o ilícito. Trata-se da mais saliente e antiga causa de justificação, que transforma uma ação típica em lícita, amparada pela ordem jurídica.³

No que diz respeito à moderação o professor Julio Fabbrini Mirabete aduz o que se segue:

Deve o sujeito ser moderado na reação, ou seja, não ultrapassar o necessário para repeli-la. A legítima defesa, porém, é uma reação humana e não se pode medi-la com um transferidor, milimetricamente, quanto à proporcionalidade de defesa ao ataque sofrido pelo sujeito⁴

Para Luiz Flavio Gomes, ainda que se use um meio considerado “desnecessário” é indispensável que seja moderado:

Ainda que tenha havido escolha de um meio “desnecessário”, mesmo, assim, fundamental, de qualquer modo, é sempre verificar a moderação. A, desnecessariamente, escolhe como meio de defesa o uso de uma arma de fogo, porem, efetua um disparo de advertência para o alto. O meio é desnecessário mas houve moderação da repulsa.⁵

² Ibidem,, p.258.

³ PRADO, Luiz Regis *Curso de Direito Penal Brasileiro*, v1, 11 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.446.

⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*.24. ed., São Paulo: Atlas, 2009. p.185.

⁵ GOMES, Luiz Flavio *Direito Penal- parte geral*, v.2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.451.

Quando se fala em uso moderado é possível verificar que se encontra absolutamente ligado com o excesso, como expressa Fernando Capez, fornecendo-nos um conceito penal de excesso que auxilia o entendimento:

Excesso é a intensificação desnecessária de uma ação inicialmente justificada. Presente o excesso os requisitos das discriminantes deixam de existir, devendo o agente responder pelas desnecessárias lesões causados ao bem jurídico ofendido.⁶

O Código Penal, no parágrafo único do artigo 23 estabelece as espécie de excessos. “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”⁷

Na definição de Mirabete o excesso doloso consiste em:

O excesso pode ser doloso, hipótese em que o sujeito após iniciar sua conduta conforme o direito extrapola seus limites na conduta, querendo um resultado antijurídico desnecessário, não autorizado legalmente. Excluída a discriminante quanto a esse resultado, responderá o agente por crime doloso, pelo evento causado no excesso.⁸

Novamente Mirabete vem conceituar o excesso culposo: ‘ É culposo o excesso quando o agente queria um resultado necessário, proporcional, autorizado e não excessivo que é proveniente de sua indesculpável precipitação, desatenção, etc.’⁹

O uso do princípio da razoabilidade é imprescindível nesse momento, auxiliando os julgadores no reconhecimento da legítima defesa. A razoabilidade consiste em uma forma de saber que não serão cometidos excessos, conforme diz Celso Antonio Bandeira de Melo: “ora, um ato que excede ao necessário para bem satisfazer o escopo legal não é razoável.”¹⁰

A razão de ser da análise do cometimento ou não de excessos está em não ocasionar injustiças dentro do processo penal.

⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal-Parte Geral*. v.1. 14 ed., São Paulo: Saraiva. 2010.p.276.

⁷ BRASIL, CÓDIGO PENAL. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade mecum*. 7 ed., São Pulo: Saraiva, 2011. p. 258.

⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009. p.194.

⁹ Ibidem. p. 194.

¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 21ed., São Paulo.: Malheiros. 2006. p.269.

Dessa maneira, a análise fática da situação é de suma importância para a temática, cabendo aos juízes na análise do caso concreto, ainda que em procedimento do Tribunal do Júri, no momento da formulação dos quesitos, estarem atentos a juízos de valor e certa sensibilidade a fim de que não se cometa injustiças.

CAPÍTULO I- CONSIDERAÇÕES SOBRE A ILICITUDE E A EXISTÊNCIA DE EXCLUDENTES

1.1 Elementos do crime

Num primeiro momento cumpre trazer à baila o conceito de crime propriamente dito. Auxiliando nesse sentido, têm-se as considerações de Luiz Flávio Gomes:

Do ponto de vista legal, ou seja, segundo o ponto de vista do direito vigente – (do *ius positum*), considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente, a infração a que a lei comina. Isoladamente, pena de prisão simples ou de multa ou ambas, alternativa ou cumulativamente.¹¹

Essa conceituação torna-se relevante no momento em que se distinguem os crimes das contravenções, bem como se permite estudar seu aspecto formal e material.

Sobre os aspectos formal e material do crime Guilherme de Souza Nucci preleciona:

Material: é a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido mediante a aplicação de sanção penal. É, pois, a conduta que ofende um bem juridicamente tutelado, ameaçada de pena. Esse conceito é aberto e informa o legislador sobre as condutas que merecem serem transformadas em tipos penais incriminadores. [...] Formal: é a concepção do direito acerca do delito. É a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa.¹²

Denota-se da leitura dos conceitos fornecidos que não são suficientes para se entender e constatar todos os elementos que compõem o crime. Desse modo importante a realização da sua conceituação de modo analítico.

Quando se tem o conceito analítico do crime, pretende-se constatar de todo e qualquer crime aquilo que for comum a todos eles, é descobrir suas características e elementos estruturais.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal- Parte Geral-* v2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p.165

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9 ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p.113

Conforme expressa Rogério Greco, quando se tem o conceito analítico do delito verificado é possível observar a existência de todos os seus elementos e característica:

Todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável) ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal.¹³

Tem-se importantes divergências doutrinárias na classificação analítica do crime, visto que para alguns autores o fato deve ser típico, antijurídico, conquanto para a maioria doutrinária a culpabilidade é parte integrante do conceito analítico do crime.

Nesse ponto preleciona Nucci:

Justamente quanto ao conceito analítico é que se podem encontrar as maiores divergências doutrinárias. Há quem entenda ser o crime do ponto de vista analítico: [...] fato típico, antijurídico e punível, constituindo a culpabilidade a ponte que liga o crime à pena (Luiz Flávio Gomes); um fato típico, antijurídico e culpável. Nesta corrente, que é majoritária no Brasil e no exterior com a qual concordamos.¹⁴

Portanto, para a corrente majoritária dos doutrinadores não é necessário que a conduta seja também punível.

A análise dos elementos que compõe o crime representa grande diferencial, visto que na ausência de qualquer dos elementos a conduta não poderá ser considerada criminosa.

Diante dessa análise é possível verificar a existência de uma das excludentes de ilicitude arroladas no Código Penal. Ante a constatação de um dela no ato praticado, não há que se falar em crime.

Doravante, passaremos a dissertar sobre as causas excludentes de ilicitude, para que o tema proposto possa ser melhor entendido

¹³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11.ed. Rio de Janeiro. Ímpetus. 2011. p. 142/143.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9 ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p.116.

1.2 Excludentes de ilicitude

Como visto um dos elementos constituidores do delito é a ilicitude ou antijuridicidade, que na definição de Luiz Regis Prado pode ser assim entendida:

Como elemento essencial do conceito de delito- ilicitude ou antijuridicidade- expressões consideradas aqui como sinônimas – exprime a relação de contrariedade objetiva de um fato com a norma jurídica, com o Direito positivo em seu conjunto. Em outras palavras apresenta-se como uma violação a uma norma imperativa ou de determinação (mandato/proibição)¹⁵

As causas, que podem excluir a ilicitude do delito, encontram-se arroladas na legislação, na qual se trata de um rol taxativo que expressa em quais condições pode o sujeito agir sem que seja considerado ilícito o ato praticado.

As excludentes de ilicitude estão dispostas no artigo 23 do Código Penal:

Art. 23 - Não há crime quando o Agente pratica o fato:
I - em estado de necessidade;
II - em legítima defesa;
III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.¹⁶

Se o objetivo dessas causas são excluir a ilicitude da conduta praticada pelo agente, obrigatoriamente, estão cheias de elementos que, para sua efetiva caracterização, deve estar presentes.

Nota-se que a lei traz em seu bojo quatro espécies de excludentes, todavia nos apagaremos à legítima defesa que é a que interessa para a nossa pesquisa.

Quando se fala em excludente de ilicitude, logo vem a mente a existência da legítima defesa conceituada pelo artigo 25 do Código Penal da seguinte forma: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão atual ou iminente, a direito seu ou de outrem".¹⁷

Conforme visto no dispositivo configura-se como legítima defesa o resguardo de qualquer bem juridicamente tutelado pela lei. Desse modo, pode-se afirmar que estando presentes os requisitos para sua configuração pode o indivíduo alegar

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.358.

¹⁶ BRASIL, CÓDIGO PENAL. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. *Vade mecum*. 7 ed., São Pulo: Saraiva, 2011. p. 258.

¹⁷ Ibidem, p.258.

legítima defesa no amparo das condutas que defendam seus bens materiais ou não, seu ou de outrem.

Para Guilherme de Souza Nucci os fundamentos da legítima defesa se pautam em:

O Estado a partir do momento que chamou a si a responsabilidade de distribuir justiça, aplicando a lei ao caso concreto, pretendeu terminar com a vingança privada, geradora de inúmeros excessos. Entretanto, não podendo estar, através de seus agentes, em todos os lugares ao mesmo tempo, deve facultar à pessoa agredida a legítima defesa de seus direitos, pois, do contrário, o direito haveria de ceder ao injusto, o que é inadmissível¹⁸

Corroborando com esse entendimento Fernando Capaz entende ser um benefício dado pelo Estado, para que em algumas ocasiões o indivíduo possa se defender de possíveis lesões. “o Estado não tem condições de oferecer proteção aos cidadãos em todos os lugares e momentos, logo, permite que lhe defendam quando não houver outro meio.”¹⁹

Ponto importante ainda sobre a legítima defesa que deve ser considerado, está no fato de ser individual. Ou seja, não existe essa excludente de ilicitude no campo coletivo. “Deve ser exercida no contexto individual, não sendo cabível invocá-la para a defesa de interesses coletivos, como a ordem pública ou o ordenamento jurídico.”

O Código Penal Brasileiro reconheceu a natureza jurídica de causa discriminante da legítima defesa. Ou seja, excluindo a ilicitude do ato de quem a pratica, conforme os ensinamentos de Bitencourt:

A legítima defesa constitui uma circunstância de justificação, por não atuar *contra ius* quam reage para tutelar direito próprio ou alheio, ao qual o Estado não pode de nenhuma maneira, dada as circunstâncias do caso concreto, oferecer a mínima proteção.²⁰

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9 ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p.249.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal-Parte Geral*. v.1. 12 ed., São Paulo: Saraiva. 2008.p.270.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal- Parte Geral-* v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva. p.374.

No que tange aos bens protegidos pela legítima defesa, observa-se que quando o dispositivo traz a expressão “defesa e o direito seu ou de outrem” abarca a possibilidade de defender legitimamente qualquer bem jurídico.

Qualquer bem jurídico pode ser protegido pelo instituto da legítima defesa, para repelir agressão injusta, sendo irrelevante a distinção entre bens pessoais e impessoais, disponíveis e indisponíveis. Considerando, porém, a titularidade do bem jurídico protegido por esse instituto, pode classificá-lo em próprio ou de terceiro, que autorizam a legítima defesa própria, quando o repelente da agressão é o próprio titular do bem jurídico ameaçado ou atacado, a legítima defesa de terceiro quando objetiva proteger interesses de outrem.²¹

Urge ressaltar que para que o se configure a existência da legítima defesa diante da existência do caso concreto a ação é necessária ante a impossibilidade de socorrer-se do Estado para a sua proteção.

Dando-nos um exemplo nesse sentido, Rogério Greco:

Assim, suponhamos que alguém esteja sendo vítima de uma ameaça de um mal futuro, injusto e grave. Apesar de a liberdade pessoal estar protegida pelo nosso ordenamento jurídico e considerando, ainda, que o delito de ameaça a tenha como objeto jurídico, poderá a vítima, no momento em que as palavras ameaçadoras estão sendo proferidas, agredir o agente na defesa dessa sua liberdade pessoal? Nesse caso, especificamente, entendemos que não. Isso porque o mal prenunciado à vítima não está ocorrendo (atual) e nem prestes a acontecer (iminente), de modo que esta última tem plena possibilidade de, em um Estado de Direito, buscar socorro nas autoridades encarregadas da defesa da sociedade.²²

Como dito, a legítima defesa surgiu com o desígnio de prevenir a existência da vingança privada. Desse modo é possível constatar quando do estudo do instituto a existência de terminologias importantes, tais como “meios necessários” e “moderação”.

E são elas que dirão quando o sujeito utilizou-se da forma adequada e moderada para se defender e quando ele ultrapassou, fazendo com que sua atitude excessiva torne sua conduta, anteriormente amparada pelo direito, agora repulsada pelo ordenamento jurídico.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal- Parte Geral-* v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva. p.376.

²² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11.ed. Rio de Janeiro. Ímpetos. 2011. p. 334.

Nesse sentido, diz o professor Julio Fabbrini Mirabete:

Deve o sujeito ser moderado na reação, ou seja, não ultrapassar o necessário para repeli-la. A legítima defesa, porém, é uma reação humana e não se pode medi-la com um transferidor, milimetricamente, quanto à proporcionalidade de defesa ao ataque sofrido pelo sujeito²³

Para Bittencourt:

Todos os bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico são, em tese, defensáveis pela legítima defesa. Importante, evidentemente, analisar, nesse caso, a necessidade de moderação e proporcionalidade dos meios utilizados na defesa desses bens. A configuração de uma situação de legítima defesa está diretamente relacionada com a intensidade e a gravidade da agressão, periculosidade do agressor e como os meios de defesa disponíveis.²⁴

Desse modo, pode-se dizer que apenas se caracteriza a legítima defesa quando usa os meios considerados necessários, para repulsa da agressão.

Diante da obrigação legal do uso da legítima defesa, de forma moderada, entende-se que em caso contrário se houver excesso, será este punível pelo ordenamento jurídico, seja por excesso culposos ou doloso, bem como as outras espécies de excessos arrolados na doutrina.

Outra característica determinante para a configuração da legítima defesa está amparada no fato de que a agressão deve ser atual, iminente ou injusta. Não é admissível que a legítima defesa esteja fundamentada no simples temor de ser agredido e bem como não pode ser embasada no contra-ataque vingativo de quem já o foi agredido.

Deve de ser presente ou pelo menos estar na iminência de ocorrer. Fornecendo um exemplo nesse sentido Rogério Greco preleciona:

Imaginemos o seguinte exemplo: Durante uma rebelião carcerária, certo grupo de detentos reivindica melhorias no sistema. Existe superlotação, a alimentação é ruim, as visitas não são regulares, as revistas aos parentes dos presos são realizadas de forma vexatória, etc. para que as exigências sejam atendidas, o grupo resolve optar por aquilo que se convencionou denominar de “ciranda da morte”. À medida que o tempo passa e o Estado relega a segundo plano as mencionadas solicitações, os detentos mais fortes começam a causar a morte dos mais fracos, de acordo com um

²³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2010. p.185.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal- Parte Geral-* v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva. p.376.

“código ético”, existente entre eles. Estupradores encabeçam a lista na ordem de preferência a serem mortos. Nesse clima, o preso que comanda a rebelião no período da manhã, dirige-se a outro condenado por estupro e decreta a sua sentença: “se nossas reivindicações não forem atendidas, você será o próximo a morrer!” [...].²⁵

Continua o autor exemplificando a necessidade de agressão atual, iminente ou injusta:

[...] Feito isso, naquela cela superlotada durante a madrugada, sem que pudesse obter o auxílio da autoridade policial, o estuprador, temendo por sua vida, percebe que o preso que o ameaçou estava dormindo e, valendo-se de um pedaço de corda, vai em sua direção e o enforca. A pergunta que devemos nos fazer é a seguinte: será que o preso condenado por estupro causou a morte do chefe da rebelião que o havia ameaçado agindo em legítima defesa, uma vez que a agressão anunciada era iminente? Acreditamos que não pelo fato de ser a agressão remota, futura, não se pode falar em legítima defesa.²⁶

A existência do perigo se revela como condição indispensável para a legítima defesa. Esse tem sido o entendimento dos Tribunais Pátrios os quais enfatizam a necessidade de conjugação de todos elementos elencados no dispositivo para que a legítima defesa possa ser configurada, sendo indispensável que o perigo seja atual e iminente.

APELAÇÃO CRIMINAL Porte ilegal de arma de fogo equiparada a uso restrito Artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03 Confissão judicial corroborada pelos depoimentos dos policiais militares que realizaram a prisão e testemunha civil Validade Precedentes Reconhecimento da excludente de antijuridicidade da legítima defesa Descabimento **Mera expectativa de perigo ou temor pela exposição à violência, fundada em experiência pretérita, que não autoriza a violação das normas legais**, sobretudo com a efetiva redução ou anulação da almejada segurança social, posto que permaneceu intacta a capacidade lesiva do armamento e respectiva munição apreendida - Condenação mantida Dosimetria penal adequada - RECURSO IMPROVIDO.²⁷

A legítima defesa pode ser usada para a defesa de direito próprio ou de terceiro. Todavia não se pode usar esse benefício como subterfúgio para cometer um ilícito.

²⁵ , GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11.ed. Rio de Janeiro. Ímpetos. 2011. p.350.

²⁶ Ibidem, p. 350.

²⁷ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. APELAÇÃO CRIMINAL 9196523-17.2009.8.26.0000 Relator(a): Silmar Fernandes.Data do julgamento: 20/09/2012. Data de registro: 20/09/2012. Acesso em 24 set. 2012.

Rogério Greco nesse sentido esclarece nosso entendimento com o que se segue:

Se o agente, percebendo que o seu maior inimigo está prestes a matar alguém, aproveitando-se desse fato o elimina sem que tenha vontade de agir na defesa de terceira pessoa, mesmo que tenha salvo a vida desta última responderá pelo delito de homicídio. Isto porque o elemento subjetivo exigido nas causas de justificação encontrava-se ausente, ou seja, querer agir na defesa de terceira pessoa. Aqui a agressão injusta que era praticada pelo desafeto a terceira pessoa foi uma mera desculpa para que pudesse vir causar a morte, e ele não se aplicando, portanto, a excludente de ilicitude.²⁸

A necessidade da agressão ser injusta vai de encontro ao preconizado pela manutenção da harmonia social. Reconhecer a existência da legítima defesa frente a uma agressão considerada justa faria com que desse margem a um caos social.

Existem algumas espécies de legítima defesa, dentre elas é imperioso que se considere as lições de Bitencourt sobre a legítima defesa recíproca:

É inadmissível legítima defesa contra legítima defesa, ante a impossibilidade de defesa lícita em relação a ambos os contendores, como é o caso típico do duelo no qual ambos são agressores recíprocos. Somente será possível a legítima defesa recíproca quando um dos contendores, pelo menos, incorrer em erro, configurando legítima defesa putativa.²⁹

A legítima defesa propriamente dita, é denominada de real ou autêntica: “Diz-se autêntica ou real a legítima defesa quando a situação de agressão injusta está efetivamente ocorrendo no mundo concreto. Existe, realmente, uma agressão injusta que pode ser repelida pela vítima, atendendo aos limites legais.”³⁰

Outra espécie de legítima defesa é a chamada legítima defesa putativa. Nesse caso a situação de perigo existe apenas no imaginário daquele que supõe repelir legitimamente um injusto.

²⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 352.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal- Parte Geral-* v. 1 16ed. São Paulo: Saraiva. p.379.

³⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 335.

Para Mirabete, a legítima defesa putativa pode ser assim entendida:

Legítima defesa putativa existe quando o agente, supõe por erro que está sendo agredido, repele injusta agressão. Exemplo é o do agente em que em uma rua mal iluminada se depara com um inimigo que lhe aponta um objeto brilhante e, pensando estar na iminência de uma agressão, lesa o desafeto. Este é o caso da legítima defesa putativa.³¹

Tem-se ainda a chamada legítima defesa sucessiva, como expressa Bitencourt:

Haverá legítima defesa sucessiva na hipótese de excesso, que permite a defesa legítima do agressor inicial para defender-se do excesso, verifica-se, por exemplo, o agredido exercendo a legítima defesa, excede-se na repulsa. Nessa hipótese, o agressor inicial, contra o qual se realiza a legítima defesa, tem o direito de defender-se, uma vez que o agredido, pelo excesso, transforma-se em agressor injusto.³²

O elemento subjetivo que compõe a legítima defesa pode ser entendido como a vontade de se defender de uma agressão injusta, atual ou iminente. Desse modo, para que se constate a ocorrência de legítima defesa, é cogente ainda que o agente tenha conhecimento de que está operando nessa condição ou pelo menos espere assim estar agindo, configurando-se aí o requisito subjetivo da conduta acobertada.

Importante fazer a distinção da excludente de ilicitude do estado de necessidade com a legítima defesa. Auxiliando nosso entendimento, apontando as diferenças entre os dois institutos, Mirabete preleciona:

No estado de necessidade há conflito entre os titulares de interesses jurídicos lícitos e nesta uma agressão a um bem tutelado, que se exerce contra qualquer causa(terceiros, caso fortuito, etc), mas só há legítima defesa contra a conduta do homem. No estado de necessidade há ação e na legítima defesa reação.³³

Corroborando com esse entendimento tem-se Bitencourt.

- No estado de necessidade há um conflito de interesses legítimos: a sobrevivência de um significará o perecimento de outro; na legítima defesa

³¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 26 ed., São Paulo: Atlas, 2010. p.188.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal- Parte Geral-* v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva. p.378.

³³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2010. p.188.

o conflito ocorrem entre interesses lícitos, de um lado, e ilícitos, de outro: a agressão é ilícita; a reação é lícita, isto é, legítima;

- Na legítima defesa a preservação do interesse ameaçado se faz através de defesa, enquanto no estado de necessidade essa preservação ocorre através do ataque;
- No estado de necessidade existe ação e na legítima defesa reação.³⁴

Urge ressaltar que as duas excludentes de ilicitude podem coexistir no mesmo fato.

A primeira parte do artigo 23 do Código Penal estabelece o estrito cumprimento do dever legal como causa excludente de ilicitude.

Desse modo, “quem pratica um dever não pode, ao mesmo tempo praticar um ilícito penal, uma vez que a lei não contém contradições.”³⁵

Conceituando o instituto Fernando Capez:

Causa de exclusão de ilicitude que consiste na realização de um fato típico, por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei. Exemplo um policial que priva o fugitivo de sua liberdade, ao prendê-lo em cumprimento de ordem legal.³⁶

Pode-se verificar a licitude das ações quando um indivíduo que exerce cargo ou ofício ao mesmo tempo em que cumpre um dever e exercita um direito. Essa causa de justificação vem evidenciar a unidade da ordem jurídica, que não admite contradições.

A segunda parte do inciso III do artigo 23 do Código Penal dispõe sobre a excludente de ilicitude do exercício regular do direito.

Conceituando o instituto Luiz Flavio Gomes preleciona:

Quem exerce um direito, de forma não abusiva, não pode ser responsabilizado por nenhum crime. O particular tem o direito de prender em flagrante o agente, logo, quando exercita esse direito não está cometendo o delito de seqüestro. O advogado tem direito de crítica em suas

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal- Parte Geral-* v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva.2011 p.379.

³⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal.* 26. ed., São Paulo: Atlas, 2010. p.188. p.188/189.

³⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal-Parte Geral.* v.1. 12 ed., São Paulo: Saraiva. 2008.p.280.

manifestações processuais dentro do processo, desse modo, quando exercita seu direito não está cometendo nenhum delito contra a honra.³⁷

Em suma, aquele que exerce um direito contemplado no ordenamento jurídico não pratica crime. Quando o titular de um direito dele faz o devido uso, não há que se falar em delito.

³⁷ GOMES, Luiz Flávio, *Direito Penal- parte geral*. v2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p.364.

CAPÍTULO II DOS EXCESSOS

2.1 Excesso Doloso

Como visto no capítulo anterior, o uso imoderado está diretamente ligado com o excesso. Novamente, Fernando Capez vem fornecer um conceito penal de excesso que auxilia o entendimento:

Excesso é a intensificação desnecessária de uma ação inicialmente justificada. Presente o excesso os requisitos das discriminantes deixam de existir, devendo o agente responder pelas desnecessárias lesões causados ao bem jurídico ofendido.³⁸

Para Cezar Roberto Bitencourt “Em qualquer das causas de justificação (art 23 CP) quando o agente, dolosa ou culposamente, exceder-se dos limites das normas permissivas, responderá pelo excesso. Com efeito, o excesso pode ocorrer em qualquer das modalidades de excludentes.”

Igualmente, Nucci preleciona: “o excesso está firmado na falta do emprego dos meios necessários para evitar a agressão ou no uso desses meios, embora de maneira imoderada.”³⁹

Diante disso, pode-se dizer que quando nos remetemos ao cometimento de excessos percebemos que agente extrapolou os limites impostos por lei, quando amparados por uma causa de justificação no cometimento de uma determinada conduta.

Nesse sentido, Rogério Greco afirma:

Pode-se afirmar que, no Direito Penal, o excesso é um instituto sem vida autônoma, pois ele é, funcionalmente vinculado à configuração de uma situação na qual se identifique uma causa de justificação. Assim, surge o excesso quando o agente, ao versar numa causa de exclusão de ilicitude,

³⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal-Parte Geral*. v.1. 12 ed., São Paulo: Saraiva. 2008.p.276.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9 ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p.242.

viola os requisitos exigidos em lei, ultrapassando as fronteiras do permitido.⁴⁰

Dentro do direito penal os excessos se subdividem em doloso e culposo. Nos moldes do parágrafo único do artigo 23 do Código Penal. “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”⁴¹

Diante do cometimento de qualquer tipo de excesso durante uma ação, seja ele culposo ou doloso o agente será responsabilizado pelas conseqüências obtidas após a agressão.

Com relação ao excesso doloso, a conduta do agente se dá por vontade consciente e livre e ele tem ciência de onde se extingue o amparo que a lei lhe oferece, porém não obstante a isso, o mesmo age movido por desejo autônomo, sendo que quase sempre se faz valer de sua ira, vingança, ódio.

Na definição de Nucci, o excesso doloso consiste em:

Quando o agente consciente e propositadamente causa ao agressor, ao se defender, maior lesão do que seria necessário para repelir o ataque. Atua, muitas vezes, movido pelo ódio, pela vingança, pelo rancor, pela perversidade, pela cólera, entre outros motivos semelhantes. O excesso doloso, uma vez reconhecido, elimina a possibilidade de reconhecer a excludente de ilicitude, fazendo com que o autor da defesa exagerada responda pelo resultado típico de provocou no agressor.⁴²

Com o mesmo entendimento Bitencourt: “O excesso será doloso, quando o agente, deliberadamente, aproveitar-se da situação excepcional que lhe permite agir, para impor sacrifício maior do que o estritamente necessário à salvaguarda do seu direito ameaçado ou lesado.”⁴³

Outra espécie de excesso classificado na doutrina é denominado de culposo o qual, passa-se a dissertar.

⁴⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 326

⁴¹ BRASIL, CÓDIGO PENAL. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade mecum*. 7 ed., São Pulo: Saraiva, 2011. p. 258.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9 ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p.244.

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal- Parte Geral-* v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva.2011. p.379.

2.2 Excesso Culposo

Quando se fala em excesso culposo, tem-se o entendimento de que o agente estando num estado de licitude penal, ultrapassa os seus limites, sem consciência e previsão, porque esse excesso é decorrente de um descuido.

Em se tratando de excesso culposo o agente não percebe que se está excedendo, na verdade ele acredita que ainda persiste a agressão ou que essa ainda irá ocorrer, podendo ter sido evitado, se o agente houvesse agido com mais prudência.

Sobre o excesso culposo preleciona Nucci. “É o exagero decorrente da falta do dever de cuidado objetivo ao repelir a agressão,. Trata-se do erro de cálculo, empregando maior violência que era necessário para garantir a defesa”⁴⁴

Nesse intento, pode-se dizer que a regra, portanto, é que o indivíduo seja controlado em sua reação e que a mesma não seja absolutamente desproporcional, pois embora se reconheça a legitimidade da reação pessoal, o Estado exige que essa legitimação, em circunstâncias especiais, obedeça aos limites da necessidade e da moderação.

De acordo com César Roberto Bitencourt:

Mas, além de um meio utilizado ser o necessário para repulsa eficaz, exige-se que seu uso seja moderado. Essa circunstância deve ser determinada pela intensidade real da agressão e pela forma do emprego e uso dos meios utilizados. 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.”⁴⁵

Assim, é certo que a lei não obriga que a defesa seja igual à ação, mas o requisito da moderação na reação necessária é muito importante porque delimita o campo em que pode ser exercida a excludente, sem que se possa falar em excesso.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9 ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p.252.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal- Parte Geral-* v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva.2011. p.321.

Com isso, a moderação serve como delimitação para se evitar tratamentos excessivos ou inadequados, buscando sempre no caso concreto uma forma mais justa e o tratamento necessário exigível. No entanto, uma medida será proporcionalmente adequada e justa quando esta causar menos dano possível.

2.3 Outras espécies de excessos

Alguns doutrinadores como Luiz Flavio Gomes, ainda expressam a existência de excessos, quais sejam, crassos, acidental, intensivo e extensivo:

O excesso crasso ocorre quando o agente desde o principio já atua completamente fora dos limites legais, isto é, fora do Direito (muito além da proporcionalidade).⁴⁶

Nota-se que para que se tenham os excessos denominados crassos é imprescindível que o agente desde o início aja fora dos limites, em atitude excessiva.

No que concerne aos excessos intensivos e extensivos, Nucci expressa o que se segue:

Há quem classifique o excesso nas excludentes sob os prismas intensivo e extensivo. O primeiro seria o autêntico excesso vale dizer, respeitado o aspecto temporal (atualidade ou iminência, conforme o caso), o agente extrapolaria na necessidade do meio ou no contexto da moderação. O segundo, seria a extrapolação do limite de tempo para oferecer a resposta, ou seja o agente, uma vez agredido, mas já fora do cenário da atualidade ou iminência, promove a reação.⁴⁷

Já Luiz Flavio Gomes entende os excessos intensivo e extensivo podem ser assim compreendidos

O excesso intensivo ocorre quando o agente, que inicialmente agia dentro do Direito de uma situação fática agressiva justificante, intensifica a ação justificada e ultrapassa os limites do permitido, passando a atuar ilícitamente. Há excesso intensivo quando o agente atua em razão de um erro vencível (má avaliação dos fatos) que o leva a crer erroneamente a necessidade de intensificar a defesa. Excesso acidental ocorre quando o

⁴⁶ GOMES, Luiz Flavio *Direito Penal- parte geral*, v.2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.454/455.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9 ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p.252.

agente reage moderadamente a um ataque, mas por força de um acidente ou condição pessoal o agressor vem a sofrer lesão que vai além da ação moderada⁴⁸

Já o excesso acidental

O resultado da reação é superior ao que seria necessário para acabar com a injusta agressão. Porém esse resultado não advém de dolo ou culpa do agente, mas de circunstâncias superveniente, relativamente independente (art 113 §2º) o que torna esse resultado um caso fortuito.⁴⁹

Esse tipo de excesso não é punível, visto que como o próprio nome diz o excesso ocorre acidentalmente.

⁴⁸ GOMES, Luiz Flavio *Direito Penal- parte geral*, v.2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.454/455.

⁴⁹ MAGNO, Alexandre. *Ilicitude*. Disponível em <http://www.alexandremagno.com/site/index.php?p=concurso&id=287>. Acesso em 24 set. 2012.

CAPÍTULO III- A NECESSIDADE DE PARÂMETROS PARA IDENTIFICAR E MEDIR OS EXCESSOS PRATICADOS NA LEGÍTIMA DEFESA

Quando se fala na necessidade de parâmetros para identificar e medir os excessos praticados na legítima defesa, deve-se considerar que, assim como o juiz tem no artigo 59 do Código Penal os parâmetros para a aplicação da lei penal, é imprescindível que o legislador se volte nesse sentido, criando um dispositivo que regule como deverá ser medido o excesso nesses casos.

Às vezes, as reações tomam proporções maiores que as ações, especialmente quando se tem por alvo a proteção de algo ligado ao indivíduo, como família e fazer com que se tenha controle dessa reação no momento dos fatos é algo revestido de grande problema.

Diante disso, não se deve fazer, rigoroso confronto entre o mal sofrido e o mal causado pela reação que pode ser sensivelmente superior ao primeiro, sem que por isso seja excluída a justificativa.

A partir do momento que o indivíduo tem consciência do excesso praticado e continua extrapolando na defesa de seus interesses, é óbvio que não poderá se invocar a excludente. No entanto, é indispensável a análise do caso concreto para que possa verificar a existência desse excesso de forma minuciosa e não se cometam injustiças.

Em casos em que há grande repercussão social, como, por exemplo, o agente sob a tutela da legítima defesa, mata um criminoso, é possível perceber que sequer é cogitado o uso ou não de excesso.

Nos casos que envolvem os crimes contra a vida, nos quais a tarefa para o reconhecimento da existência ou não do excesso fica por conta dos jurados é possível perceber que as dificuldades são maiores.

Dificuldade também há para os jurados, em entenderem a essência dos quesitos que lhes são apresentados e que tratam em especial, sobre a culpabilidade do delinqüente. Pode-se inclusive, haver absolvição pelo Júri em casos em que as provas dos autos são totalmente contrárias a resposta dos jurados aos quesitos. Em suma, nos casos onde o julgamento fica a cargo de pessoas leigas em princípios basilares do Direito, põe-se em xeque, às vezes, a liberdade de um indivíduo, que em sua defesa no

plenário, nada poderá fazer diante da impossibilidade de interpretação pelos jurados de seu real sentimento na hora do crime.⁵⁰

Portanto, torna-se imprescindível a criação de parâmetros para que tais excessos sejam medidos.

As emoções que envolvem a ato devem ser consideradas, como comprova Rogério Greco:

O pavor da situação em que se encontra envolvido o agente é tão grande que não lhe permite avaliá-la com perfeição, fazendo com que atue além do necessário para fazer cessar a agressão. Essa sua perturbação mental o leva, em alguns casos, a afastar a culpabilidade. Dissemos em alguns casos porque, como regra, uma situação de agressão que justifique a defesa nos traz uma perturbação de espírito, natural para aquela situação. O homem, como criatura de Deus, tem sentimentos. Se esses sentimentos, avaliados no caso concreto, forem exacerbados a ponto de não permitirem um raciocínio sobre a situação em que estava envolvido o agente, podem conduzir à exclusão da culpabilidade, sob a alegação do excesso exculpante.⁵¹

A razoabilidade deve ser o norte para o reconhecimento dos excessos, visto que como princípio constitucional deve ser usada para nortear todas as decisões existentes com o fito de que seja proporcional e adequada.

3.1 O uso do princípio da razoabilidade

O uso do princípio da razoabilidade é imprescindível nesse momento, auxiliando os julgadores no reconhecimento da legítima defesa.

A razoabilidade consiste em uma forma de saber que não serão cometidos excessos, conforme diz Celso Antonio Bandeira de Melo: “ora, um ato que excede ao necessário para bem satisfazer o escopo legal não é razoável.”⁵²

Quando se fala em razoabilidade, nota-se que as medidas aplicadas nesses casos devem ser razoáveis. A razoabilidade consiste em uma forma de saber que não serão cometidos excessos, conforme diz Celso Antonio Bandeira de Melo: “ora,

⁵⁰ LEITE, José Edvanio. *Do excesso na legítima defesa*. Disponível em <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2356&idAreaSel=4&seeArt=yes>. Acesso em 21 out. 2012

⁵¹ GRECO, Rogério *Curso de Direito Penal- parte geral-* v1 . 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2011. p.357.

⁵² MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 21ed., São Paulo.: Malheiros. 2006. p.269.

um ato que excede ao necessário para bem satisfazer o escopo legal não é razoável.”⁵³

Importante ressaltar que a proporcionalidade e razoabilidade são princípios diferentes e não devem ser confundidos. Sobre o princípio da razoabilidade tem-se as considerações de Diego Bruno Pires:

O postulado da razoabilidade é utilizado na aplicação da igualdade, para exigir uma relação de congruência entre o critério distintivo e a medida discriminatória. O exame da decisão permite verificar que há dois elementos analisados, critério e medida, e uma determinada relação de congruência exigida entre eles.⁵⁴

Como dito não se confunde razoabilidade com a proporcionalidade, pois assim é definido a proporcionalidade:

Trata-se, sobretudo, da clarificação da adequação necessária entre o fim de uma norma e os meios que esta designa para atingi-lo, ou ainda, entre a norma elaborada e o uso que dela foi feito. O princípio ora em voga terminou por ser dividido em três subprincípios, quais foram, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, como consequência dos avanços doutrinários nesta área. O primeiro traduz uma exigência de compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios por ela enunciados para sua consecução. Trata-se do exame de uma relação de causalidade e uma lei somente deve ser afastada por inidônea quando absolutamente incapaz de produzir o resultado perseguido.⁵⁵

Continua o autor falando da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito:

A necessidade diz respeito ao fato de ser a medida restritiva de direitos indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância, isto é, na procura do meio menos nocivo capaz de produzir o fim propugnado pela norma em questão. o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito muitas vezes é preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido⁵⁶

⁵³ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo.: Malheiros. 2008, p.269.

⁵⁴ PIRES, Diego Bruno. *Princípio da proporcionalidade versus razoabilidade*. Disponível em <http://www.webartigos.com/artigos/principio-da-proporcionalidade-versus-razoabilidade/9010/>. Acesso em 17 out. 2012.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27 ed, São Paulo: Malheiros, 2012, p.396

⁵⁶ Idem, p. 396.

Logo, tem-se na razoabilidade um importante aliado no momento do reconhecimento do cometimento ou não de excessos na legítima defesa.

3.2 Análise de jurisprudências

Via de regra, portanto, deverá o sujeito controlar-se em sua reação e que a mesma não seja definitivamente desproporcional, pois embora se reconheça a legitimidade da reação pessoal, o Estado exige que essa legitimação, em circunstâncias especiais, obedeça aos limites da necessidade e da moderação.

De acordo com César Roberto Bitencourt:

Mas, além de um meio utilizado ser o necessário para repulsa eficaz, exige-se que seu uso seja moderado. Essa circunstância deve ser determinada pela intensidade real da agressão e pela forma do emprego e uso dos meios utilizados. 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.”⁵⁷

Entende-se que a exigência do ordenamento jurídico brasileiro a respeito da moderação é viável com relação à desproporção que pode ser causado se não observado este requisito, não podendo se sobrepor às circunstâncias de descontrole do agente diante da situação de uma agressão não causando um mal superior ao que estaria sofrendo.

Contudo, a moderação exigida no artigo 25 do Código Penal diz respeito a intensidade dada pelo agente no emprego dos meios de defesa. Ela 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.

Diante disso, surge o questionamento se a falta de parâmetro definido em lei sobre a descaracterização da legítima defesa em face da reação excessiva, ou uso imoderado da força, prejudica tal excludente de ilicitude, lesionando o interesse do réu?

Os Tribunais tem entendimento diferenciado nesse sentido como se pode verificar nos julgados colacionados:

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. I.12. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p.321.

A materialidade é indubitosa e está consubstanciada nos autos de exame de corpo de delito. A autoria também é certa, uma vez que os réus confirmam as agressões e os depoimentos das vítimas são firmes e coerentes desde a fase inquisitorial. 2. Os depoimentos desarmônicos dos réus acerca das circunstâncias dos fatos, por si sós, já afastam a tese de legítima defesa. De qualquer sorte, a utilização de um "relho de espia" e de uma faca contra vítimas supostamente desarmadas é um excesso na conduta, caracterizando desproporcionalidade na reação.⁵⁸

Outra jurisprudência também ilustra a situação:

De todo modo, mesmo que o ofendido tenha ameaçado o acusado com o canivete, para a configuração da excludente, é necessário que a utilização dos meios para fazer cessar a agressão seja feita de forma moderada e sem excessos, o que não restou evidente diante da facada sofrida pela vítima. Ante tais considerações, entendo ser manifestamente improcedente o pedido de absolvição fundado na legítima defesa⁵⁹

É perceptível a inexistência de um parâmetro que norteie a existência de excessos, e considerando o fato de se tratar de uma reação humana não há como fazer a mensuração de tal ato, ficando o reconhecimento da existência do excesso ou não por conta do julgador que, não possui qualquer parâmetro legal para fazê-lo.

Confirmando essa afirmativa têm-se as considerações de Mirabete o qual tomo por marco teórico que embasa a pesquisa.

A legítima defesa é uma reação humana e não pode medi-la com um transferidor milimetricamente, quanto à proporcionalidade de defesa ao ataque sofrido pelo sujeito. Aquele que se defende não pode raciocinar friamente e pear com perfeito e incomensurável critério essa proporcionalidade. Não se deve fazer, portanto, rígido confronto entre o mal sofrido e o mal causado pela reação que pode ser sensivelmente superior ao primeiro, sem que por isso seja excluída a justificativa.⁶⁰

Quando se fala da importância da análise do cometimento ou não de excessos está em não ocasionar injustiças dentro do processo penal, tendo em vista as implicações decorrentes da verificação inadequada da conduta.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul *Apelação criminal Número do Processo 1.0701.06.141144-6/001(1)*. Relator(a) Juliano Alves. Data do julgamento 15/02/2012. Data da Publicação 20/02/2012. Acesso em 19 mai. 2012.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação criminal Número do Processo Nº1.0347.05.001375-9/001(1)*. Relator(a): Barbosa Pereira Data de registro: 05/11/2009. Acesso em 19 mai. 2012.

⁶⁰MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.,p.185.

Destarte, torna-se imperiosa a análise fática da situação, revelando a importância da temática, cabendo aos juízes na análise do caso concreto, ainda que em procedimento do Tribunal do Júri, no momento da formulação dos quesitos, estarem atentos a juízos de valor e certa sensibilidade a fim de que não se cometa injustiças.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro do que prescreve o conceito analítico do crime, uma conduta para ser considerada como ilícita deve conjugar três requisitos, a saber: o fato deve ser típico, antijurídico e culpável.

Denota-se que existem algumas condutas que excluem a antijuridicidade do delito. trazidas pelo artigo 23 do Código Penal, a qual fala expressamente em quais casos tem-se as excludentes de ilicitude, ressaltando a doutrina moderna reconhece apenas na legítima defesa e no estado de necessidade como excludente de ilicitude, sendo que o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito é tratado como excludente de tipicidade.

Como demonstrado tem-se algumas diferenças entre as excludentes da legítima defesa e do estado de necessidade. sobressaltando que no estado de necessidade é que pretende preservar um direito próprio ou direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizam outra forma de atuação. enquanto na legítima defesa tem-se uma situação atual ou iminente de injusta agressão, dirigida a si ou a terceiro, que não é obrigado a suportar.

Urge ressaltar que em todas as causas excludentes de ilicitude o cometimento de excessos deve ser punível seja ele doloso ou culposos.

Quando se fala em excesso doloso, tem-se como elemento constituidor a existência do dolo, ou seja, a vontade do cometimento do excesso. Nesse caso o agente tem consciência do excesso cometido. Já no excesso culposos os limites são ultrapassados sem que o agente tenha consciência ou previsão do ato cometido.

Tem-se ainda os chamados excessos crassos, acidental, intensivo e extensivo. O excesso crasso ocorre quando o agente desde o principio já atua completamente fora dos limites legais

Tem-se o chamado excesso intensivo quando o agente age em razão de um erro no qual faz uma má avaliação dos fatos que o leva a crer a necessidade de intensificar a defesa. no excesso acidental o agente reage moderadamente a um ataque, mas por força de um acidente ou condição pessoal o agressor vem a sofrer lesão que vai além da ação moderada, não cabendo punição nesse sentido.

Como demonstrado ao longo do trabalho, o problema que envolve o tema está pautado na mensuração desses excessos quando o agente age em legítima defesa, ou seja, como o juiz ou jurados ante a presença de um caso concreto reconhece ou não a existência de um excesso.

Considerando que não há a existência de excesso escusável no qual leva em consideração a existência da emoção para a reação.

Importante verificar essa ausência de um parâmetro legal nesse sentido, pois, como informa os dizeres de Mirabette, marco teórico da pesquisa, não há como medir uma reação humana, sobretudo quando realizada sob influência de sentimentos como a emoção, impedindo a existência de um raciocínio calculado e frio nesse sentido.

Desse modo, tendo em vista o contido no artigo 59 do Código Penal em que o juiz tem ali definidas as condições para proceder a dosimetria da pena, o ideal seria a existência de um dispositivo que desse para a mensuração dos excessos na legítima defesa, indo ao encontro do que prescreve a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. I.12. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27 ed, São Paulo: Malheiros, 2012

BRASIL, CÓDIGO PENAL. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade mecum*. 7 ed., São Pulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul *Apelação criminal Número do Processo 1.0701.06.141144-6/001(1)*. Relator(a) Juliano Alves. Data do julgamento 15/02/2012. Data da Publicação 20/02/2012. Acesso em 19 mai. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação criminal Número do Processo Nº1.0347.05.001375-9/001(1)*. Relator(a): Barbosa Pereira Data de registro: 05/11/2009. Acesso em 19 mai. 2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. APELAÇÃO CRIMINAL 9196523-17.2009.8.26.0000 Relator(a): Silmar Fernandes.Data do julgamento: 20/09/2012. Data de registro: 20/09/2012. Acesso em 24 set. 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal-Parte Geral*. v.1. 14 ed.,. São Paulo: Saraiva. 2010.

GOMES, Luiz Flavio *Direito Penal- parte geral*, v.2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009,

GRECO, Rogério *Curso de Direito Penal- parte geral-* v1. 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2011.

LEITE, José Edvanio. *Do excesso na legitima defesa*. Disponível em <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2356&idAreaSel=4&seeArt=yes>. Acesso em 21 out. 2012

MAGNO, Alexandre. *Ilicitude*. Disponível em <http://www.alexandremagno.com/site/index.php?p=concurso&id=287>. Acesso em 24 set. 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo.: Malheiros. 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9 ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

PIRES, Diego Bruno. *Princípio da proporcionalidade versus razoabilidade*. Disponível em <http://www.webartigos.com/artigos/principio-da-proporcionalidade-versus-razoabilidade/9010/>. Acesso em 17 out. 2012

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.