

INTRODUÇÃO

Em sede de direito penal, os defensores muito se utilizam das excludentes de ilicitudes, dentre elas a legítima defesa é uma das mais evocadas por eles.

As causas excludentes de ilicitude são quatro, previstas pelo artigo 23 do Código Penal. 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.

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

A defesa e o direito seu ou de outrem abarca a possibilidade de defender legitimamente qualquer bem jurídico. O requisito da moderação da defesa não exclui a possibilidade de defesa de qualquer bem jurídico

Pode-se observar que, quando do estudo do tema da 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.

Contudo, a lei obriga que a pessoa utilize deste instituto, ou seja, a legítima defesa, de forma moderada, caso contrário se houver excesso, será este punível pelo ordenamento jurídico, seja por excesso culposos ou doloso.

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.

O questionamento existente em torno dos excessos na legítima defesa gira em de que o artigo 25 do Código Penal fala que para ser caracterizada

como legítima defesa a ação deve ser moderada. Logo, pergunta-se 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?

A formulação de um critério legal que possibilite 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. Pacificado está o fato de que 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.

Para o estudo ora proposto, teremos como base os ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete, que assim preleciona.

Meio necessário é aquele que o agente dispõe no momento em que rechaça a agressão, podendo ser, até mesmo desproporcional com o utilizado no ataque, desde que seja o único à sua disposição no momento [...] 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 epear 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

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.

Considerando a grande aplicabilidade teórica e prática nas funções exercidas junto ao Judiciário por todos os aplicadores do direito, deve ser considerada a abrangência e importância da temática proposta, demonstrando que o esclarecimento referente ao excesso na legítima defesa, servirá de amparo aos acervos das Faculdades Integradas de Caratinga, revelando como

¹MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p.185.

fonte de estudos, clara e precisa, de tema muito abordado na prática jurídica, sendo esse o ganho jurídico.

O ganho social obtido com a pesquisa deve ser considerado no fato de auxiliar na resolução das controvérsias existentes, fazendo com que não apenas os operadores do direito, mas toda a sociedade seja beneficiada no tocante à devida compreensão da aplicabilidade da legítima defesa.

A pesquisa trará muitos conhecimentos e será muito útil na vida profissional, visto que poderei aplicar os saberes adquiridos na vida prática.

A confrontação dos requisitos da moderação na reação necessária do agente com o excesso na legítima defesa se dará através da reunião dos entendimentos dos doutos doutrinadores.

As jurisprudências dos Tribunais de Justiça Brasileiros permitirão uma representação quantitativa no sentido de marcar com mais precisão a identificação do chamado excesso na legítima defesa e quais as circunstâncias analisadas.

Portanto, a pesquisa é teórico dogmática, uma vez que irá explorar a análise doutrinária, legal e jurisprudencial.

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 foi dissertado sobre as excludentes de ilicitude, dedicando a legítima defesa atenção especial evidenciado e explicando seus requisitos. O segundo capítulo será focado nos excessos, diferenciando o doloso do culposo. Para finalizar, o terceiro capítulo foi mais específico abordando como se pode mensurar os excessos na legítima defesa, trazendo o posicionamento jurisprudencial e discussão nesse sentido.

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".

Pode-se observar que, quando do estudo do tema da 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.

Nesse sentido, diz o professor Júlio 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 sujeito²

Igualmente Fernando Capez: "Moderação é o emprego dos meios necessários dentro do limite razoável para conter a agressão."³

Já acerca do princípio da 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."⁴

É imprescindível para a configuração da legítima defesa a existência da moderação.

² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p.185.

³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal-Parte Geral*. v.1. 12 ed., São Paulo: Saraiva. 2008.p.275.

⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 21ed., São Paulo.: Malheiros. 2006. p.269.

CAPÍTULO I- EXCLUDENTES DE ILICITUDE

1.1 Conceito analítico de crime

Conceituar, analiticamente, o crime é extrair de todo e qualquer crime aquilo que for comum a todos eles, é descobrir suas características e elementos estruturais. Nos ensinamentos de Rogério Greco:

A função do conceito analítico é a de analisar 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.⁵

Embora existam divergências doutras no que concerne aos componentes do crime, a maioria doutrinária tem como elementos basilares para a sua constituição a determinação de ser a conduta criminosa, típica, antijurídica e culpável.

Nesse ponto expressa Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor.⁶

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

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

⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 8 ed. Rio de Janeiro. Ímpetus. 2007. P. 142/143.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal. Parte geral. Parte especial*. 5 ed. São Paulo. Revista dos tribunais. 2008.p.158.

1.2 Das excludentes de ilicitude

Em sede de direito penal, os defensores muito se utilizam das excludentes de ilicitudes, dentre elas a legítima defesa é uma das mais evocadas por eles.

Sobre as causas excludentes de ilicitude Rogério Greco:

Podemos dizer que quando o agente pratica uma conduta típica a regra será que essa conduta seja também antijurídica. Contudo há ações típicas que pela posição particular em que se encontra o agente ao praticá-las, se apresentam em face ao Direito como lícitas. São situações de excepcional licitude que constituem as chamadas causas de exclusão da antijuridicidade, justificativas ou discriminantes.⁷

Embora o Código Penal venha trazendo em seu bojo quatro espécies de excludentes de ilicitude, previstas pelo artigo 23 do Código Penal, a doutrina moderna reconhece a existência de duas causas, sendo elas a legítima defesa e o estado de necessidade, fazendo com que o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito seja entendido como excludente de tipicidade:

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.⁸

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.

⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 311.

⁸ BRASIL, CÓDIGO PENAL. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade mecum*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007. p. 258.

1.2.1 Legítima defesa.

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".

A legítima defesa encontra-se arraigada em nossa sociedade desde os primórdios, visto que trata-se de um ação intrínseca aos seres humanos. Nesse sentido os Códigos da Índia, Grécia e Roma a abarcaram, retirando a idéia de vingança privada, conforme demonstra Damásio de Jesus:

Reconhecida pelos antigos Códigos da Índia, Grécia e Roma, nos quais era permitido o exercício do direito de defender a vida e a honra, a ofensa legítima tomou entre os germanos uma característica particular derivada do direito de vingança e da privação da paz do agressor injusto. Posteriormente, o Direito Canônico tirou da legítima defesa o caráter de direito, convertendo-a em necessidade escusável, submetida a penitências religiosas e à exigência de fuga do agredido, embora estatuidando o dever de defender a terceiro. Este espírito permaneceu no Direito francês até que pela Revolução, renovando a tradição romana, decidiu-se pelo art. 50 do CP de 1791 que no caso de homicídio legítimo, entendido como o praticado em legítima defesa, não existia crime ou pena. Essa idéia passou para os Códigos de todo o mundo.⁹

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

Trata-se de um benefício dado pelo Estado, para que em algumas ocasiões o indivíduo possa se defender de possíveis lesões. "o Estado não tem

⁹ JESUS, Damásio. *Direito Penal – Parte Geral*. 1v. 21ed. São Paulo: Saraiva. 1998. p.70.

condições de oferecer proteção aos cidadãos em todos os lugares e momentos, logo, permite que lhe defendam quando não houver outro meio.”¹⁰

Não se trata de privilegiar a vingança privada e sim de permitir que o indivíduo possa se resguardar de futuras lesões.

Nosso Código Penal reconheceu a natureza jurídica de causa discriminante da legítima defesa. Ou seja, excluindo a ilicitude do ato de quem a pratica.

Para Damásio de Jesus:

É uma causa de justificação porque não atua contra o direito quem comete a reação para proteger um direito próprio ou alheio ao qual o Estado, em face das circunstâncias, não pode oferecer a tutela mínima. É a orientação seguida pelo nosso CP, ao afirmar que não há crime quando o agente pratica o fato em legítima defesa (art. 23, II).¹¹

A defesa e o direito seu ou de outrem abarca a possibilidade de defender legitimamente qualquer bem jurídico. O requisito da moderação da defesa não exclui a possibilidade de defesa de qualquer bem jurídico

Pode-se observar que, quando do estudo do tema da 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.

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 sujeito¹²

¹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal-Parte Geral*. v.1. 12 ed., São Paulo: Saraiva. 2008.p.270.

¹¹ JESUS, Damásio. *Direito Penal – Parte Geral*. 1v. 21ed. São Paulo: Saraiva. 1998. p.75.

¹² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p.185.

Igualmente Fernando Capez: “Moderação é o emprego dos meios necessários dentro do limite razoável para conter a agressão.”¹³

Dessa forma, o sujeito só se encontra em legítima defesa, quando usa os meios considerados necessários, para repulsa da agressão.

Assim sendo, o uso moderado é aquele que causa menor dano à defesa de um direito, o importante aqui é analisar a necessidade, proporcionalidade e moderação dos meios utilizados na defesa de um bem, sendo determinado de acordo com a força real da agressão no momento do acontecimento.

Contudo, a lei obriga que a pessoa utilize deste instituto, ou seja, a legítima defesa, de forma moderada, caso contrário se houver excesso, será este punível pelo ordenamento jurídico, seja por excesso culposos ou doloso.

De acordo com João José Leal:

A moderação dos meios necessários está limitada pelo estritamente suficiente para conter, dominar, dissuadir ou imobilizar o agressor, enfim, para repelir ou evitar completamente a agressão. Além desses limites, desaparece a justificativa da reação defensiva e surge o excesso, que poderá configurar um delito doloso ou culposos.¹⁴

Ainda para que se configure a legítima defesa a agressão deve ser atual, iminente ou injusta. Não pode fundamentar a legítima defesa 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 “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

¹³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal-Parte Geral*. v.1. 12 ed., São Paulo: Saraiva. 2008.p.275.

¹⁴ LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. 1. ed., São Paulo: Atlas, 1998. p.261.

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!”. 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.¹⁵

Não é admissível, sequer que se aceite a tese da legítima defesa sem a certeza da existência do perigo. Logo, apenas se concretiza ante a uma agressão imediata.

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.

Não há que se falar em absolvição quando a Autoria e materialidade restam sobejamente comprovadas nos autos. II - A excludente de ilicitude da legítima defesa somente pode ser configurada se houver simultaneidade entre a repulsa a uma agressão injusta, atual ou iminente, usando moderadamente dos meios necessários. III - Não deve ser aplicada a minorante se não há provas de que o réu não agiu sob o domínio de violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima. IV - A agravante somente é aplicável, nos moldes do §4º do artigo 121 do CP aos delitos culposos, sendo incompatível com os crimes dolosos porquanto nestes a intenção do agente é de efetivamente ofender a integridade física ou a vida de pessoa, buscando o resultado.¹⁶

Também, deve ser injusta, não se pode fundamentar a legítima defesa em agressões justas, conforme preleciona Paulo Queiroz:

A agressão, para poder ensejar a defesa legítima, deverá ser também, injusta, isto é, não autorizada pelo direito, não precisando constituir necessariamente infração penal (crime ou contravenção),

¹⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 350.

¹⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação- Número do processo: 1.0604.08.008430-3/001(1) Relator: Des.(a) ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO Data do Julgamento: 29/03/2010 Data da Publicação: 12/04/2010. Acesso em 28 setembro de 2011.

podendo ser exercida, por exemplo, para proteção da posse, nos termos do Código Civil, pouco importando se tal fato constitui ou não crime. Sendo justa a agressão não se admitirá a defesa, como v.g.a reação contra prisão regular em flagrante delito ou cumprimento do mandado judicial.¹⁷

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.

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.¹⁸

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.

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.

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

¹⁷ QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal- parte geral- 4ed.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008. p.256.

¹⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral 11 ed.* Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 352.

agressão, lesa o desafeto. Este é o caso da legítima defesa putativa.¹⁹

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.

1.2.2 Estado de necessidade

O estado de necessidade pode ser entendido como uma idéia norteadas pelo conflito de interesses juridicamente tutelados ocasionados por um contexto de perigo atual ao qual o indivíduo não deu causa voluntariamente.

Existe um conflito de bens jurídicos tutelados pelo Estado e diante de uma situação fática um deve ser sacrificado em prejuízo de outro.

Salienta-se que de acordo com Cláudio Brandão a situação de perigo deve ser inevitável e deve haver proporção entre o bem jurídico preservado e o lesionado.²⁰

Nessa mesma linha de raciocínio Bitencourt assegura como o Direito deve se concretizar nessas situações:

O Direito, nestas situações, reconhece sua imponência para tutelar os bens jurídicos que se encontram em perigo admitindo o sacrifício de um deles em detrimento de outro e, para tanto, aguarda e (poder-se-ia dizer) autoriza uma "solução natural" que ponha fim ao conflito em pauta e proclama a solução conflituosa legítima.²¹

¹⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p.188.

²⁰ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.183.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral. v 1: 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.331.

Para Luiz Regis Prado, “opera em estado de necessidade o agente que, para conservar do perigo atual e forçoso, não ocasionado voluntariamente por si, objeto jurídico legitimamente tutelado próprio ou de outrem, é obrigado a lesar um bem jurídico alheio também legítimo.”²²

O artigo 24 do Código Penal explicita quais são os requisitos essenciais para que o estado de necessidade possa se configurar:

Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.²³

Como descreve o texto legal, o pressuposto basilar é a existência de um direito do agente ou de terceiro que é salvo por meio do sacrifício do um terceiro. Todavia, a aplicação não é geral e incondicional, pois não pode declarar estado de necessidade quem está a incidir por sobre proteção de bem juridicamente desamparado.

O primeiro requisito para a configuração do estado de necessidade é a *atualidade do perigo*. Atual pode ser entendido como o perigo que está acontecendo, ou seja, um evento presente. De tal modo, não se pode fazer valer do uso da excludente quando encontrar-se o agente diante de um perigo apresentado como incerto passado ou ainda futuro, pela inexistência de uma perspectiva de ofensa ou lesão ao bem jurídico em questão.

Ainda, deve o perigo em questão ser inevitável. Portanto além do requisito da atualidade, a inevitabilidade também deve estar presente no caso concreto.

²² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte geral, v 1 6.ed.ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 384.

²³ BRASIL, CÓDIGO PENAL. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade mecum*. 3 ed., São Pulo: Saraiva, 2007. p. 258.

Para Luiz Regis Prado perigo atual e inevitável pode ser entendido da seguinte forma:

Significa perigo concreto, presente, imediato, com real probabilidade de dano (insuficiente mera possibilidade), e que ainda seja dotado de certeza e objetividade. Pode originar-se de ação humana ou acontecimento natural negativo (v.g. inundação, investida de cão bravo, etc). deve ser também não evitável por outro modo, quer dizer, sem o sacrifício do direito, interesse ou bem de outrem.²⁴

Dessa maneira, pode-se dizer que não se verifica o estado de necessidade se o perigo existente puder ser enfrentado sem ofensa a direito alheio.

A lei autoriza o agente a agir em estado de necessidade para a defesa de direito próprio ou alheio. Portanto, reconhecida a possibilidade de existência do estado de necessidade de terceiros se o bem em questão for considerado indisponível.

Imaginemos o seguinte exemplo: Dois naufragos disputam uma última vaga em um bote salva vidas, que não comportava mais que o peso de um corpo, sob pena de também afundar. Poderá terceira pessoa auxiliar qualquer deles, sob o argumento do estado de necessidade, haja vista que o bem em jogo é a vida- é considerado indisponível, portanto, passível de defesa por terceira pessoa.²⁵

Outro requisito exigido é que a situação em questão não seja provocada voluntariamente pelo agente. Dessa maneira, “inexistirá a excludente, por exemplo, quando aquele que incendiou o imóvel para receber o seguro, mata alguém para escapar do fogo.”²⁶

Nesse caso, pune-se a conduta dolosa. A doutrina é muito controversa nesse sentido, sendo que a maioria tem aceitado o reconhecimento da excludente de ilicitude quando o agente age com culpa.

²⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte geral, v 1 6.ed.ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 321.

²⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 328.

²⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p.178.

Luiz Flavio Gomes sobre a provocação do perigo dolosamente expressa o que se segue:

Quem provoca o perigo dolosamente (por sua vontade) não pode invocar estado de necessidade (ou seja, não pode matar ninguém em estado de necessidade). Segundo a clássica doutrina somente a provocação dolosa do perigo é que não permite o estado de necessidade. Quem, por culpa, causa a situação de perigo pode atuar amparado pela excludente em destaque. Quem colocou fogo na sala de espetáculos dolosamente não pode na porta de saída agir em estado de necessidade para salvar sua vida. Ao contrário, responde por todas as mortes ocorridas (porque com sua conduta precedente criou risco para todos os que ali se achavam).²⁷

Ainda, para que o estado de necessidade possa se configurar é indispensável a que exista a inevitabilidade do comportamento do agente. Não é dado ao indivíduo a opção de escolha do ato a ser tomado. “Isto significa que aquele que age em estado de necessidade não tem opção a escolher, pois que sempre deverá seguir o caminho menos gravoso.”²⁸

Salienta-se ainda, que deve haver a proporcionalidade na medida, visto que a lei determina que se tenha razoável sacrifício do bem em questão. Não se trata de proporcionalidade absoluta, mas que se mantenha o equilíbrio na ação perpetrada.

Para salvar o patrimônio não podemos sacrificar uma vida, v.g. Não é concebível matar uma pessoa para salvar mercadorias que estão dentro de um barco, por exemplo. Não é concebível matar uma pessoa para salvar um achado arqueológico relevante. A vida humana não pode ser relativizada a esse ponto

Diante da existência de total desproporcionalidade na ação não há que se falar em estado de necessidade. O parágrafo 2º, do artigo 24 do Código

²⁷ GOMES, Luiz Flávio, *Direito Penal- parte geral*. v2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p.447.

²⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 326.

Penal acima citado, faculta ao juiz diminuir a pena em dois terços diante desses casos.²⁹

Também não age em estado de necessidade aquele que tem o dever legal de enfrentar o perigo, atribuído a algumas profissões como os policiais, bombeiros, salva-vidas, dentre outros.

Nesses casos essas pessoas assumiram o compromisso de zelar por toda sociedade, abarcando nessas situações os perigos existentes.

Dentro do que preleciona Luiz Regis Prado:

O dever de enfrentar o perigo, dever de auto sacrifício, de arriscar, é obrigação exclusivamente legal, não compreendendo o dever contratual ético ou social, inerente a algumas atividades ou profissões. (v.g. capitão de navio, bombeiro, policial, salva-vidas. Art. 24§1º do CP)³⁰

Além dos requisitos objetivos trazidos pelo dispositivo legal é necessário que o agente tenha consciência de que está agindo em estado de necessidade, fazendo com que se concretize o elemento subjetivo mandatório para a caracterização da conduta.

Desse modo, “deve o agente saber (ter consciência de) que está agindo “para” salvar um direito próprio ou alheio.”³¹

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.³²

²⁹ GOMES, Luiz Flávio, *Direito Penal- parte geral*. v2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p.447.

³⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte geral, v 1 6.ed.ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 322.

³¹ GOMES, Luiz Flávio, *Direito Penal- parte geral*. v2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p.447.

³² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p.188.

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

1.2.3 Estrito cumprimento do dever legal

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.”³³

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.³⁴

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.

Desse modo, pode-se entender que se a lei determinou um determinado comportamento não pode considerá-lo ilícito.

O sujeito no qual a lei se destina é aquele que tem o dever legal, ou dever instituído por lei, sendo excluídos aqueles que têm o dever moral, social ou religioso.

Haverá violação de domicílio, por exemplo, se um sacerdote forçar a entrada em domicílio para ministrar a extrema-unção; ocorrerá constrangimento ilegal se o policial forçar o passageiro de um coletivo a ceder seu lugar a uma pessoa idosa, etc.³⁵

³³ Ibidem. p.188/189.

³⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal-Parte Geral*. v.1. 12 ed., São Paulo: Saraiva. 2008.p.280.

³⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p.189.

Como já mencionado anteriormente, ainda que o Código Penal trate o instituto como excludente de ilicitude a doutrina moderna tem entendido que a conduta praticada sob essa tutela afasta a tipicidade e não a ilicitude do delito, devendo ser considerada a tipicidade conglobante.

Sobre a tipicidade conglobante têm-se as considerações de Rogério Greco:

Para que se possa falar em tipicidade penal não basta a mera adequação da conduta ao modelo abstrato previsto na lei penal. Isso é característica de uma tipicidade reconhecida como formal ou legal. É preciso, para reconhecer a tipicidade penal, dar mais um passo. Deverá o agente indagar sobre uma outra espécie de tipicidade, qual seja, atipicidade conglobante. Para que o raciocínio possa se desenvolver com clareza, devemos concluir inicialmente que a tipicidade penal é formada pela conjugação da tipicidade legal (formal) com a tipicidade conglobante (tipicidade penal = tipicidade legal + tipicidade conglobante).³⁶

Prosseguindo o autor exemplificando o que vem a ser a tipicidade conglobante, auxiliando e esclarecendo nosso entendimento nesse sentido:

Segundo o conceito de tipicidade conglobante, não é possível que no ordenamento jurídico que se entende como perfeito exista uma norma ordenando que se faça aquilo que outra proíbe. Exemplificando: Suponhamos que alguém seja condenado à morte. Caberá ao carrasco a execução do condenado. O carrasco, na verdade, cumpre uma função que lhe é imposta pela norma. Pergunta: Teria o carrasco, ao eliminar o condenado à morte, praticado uma conduta típica? Para aqueles que não adotam o conceito de tipicidade conglobante, a conduta do carrasco seria típica, mas não antijurídica, pois estaria acobertado pela causa de justificação do estrito cumprimento do dever legal.³⁷

Portanto, excluindo a tipicidade não há que se falar em delito, sendo a conduta além de típica também lícita.

³⁶ GRECO, Rogério *Curso de Direito Penal- parte geral- v1* . 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2011. p.463.

³⁷ GRECO, Rogério *Curso de Direito Penal- parte geral- v1* . 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2011. p.464.

A excludente em questão vai de encontro aos funcionários ou agentes públicos, não se afastando desse rol o particular que tenha o dever legal de cumprimento de uma determinada ação, como o jurado ou o perito.

Se ao autor do fato é reconhecida a possibilidade de agir em estrito cumprimento do dever legal, ao co-autor e ao partícipe também é estendida. Portanto, “reconhecendo-se o estrito cumprimento do dever legal em relação a um autor, o co-autor e o partícipe do fato também não pode ser responsabilizado.”³⁸

Quando se trata de crimes culposos não se pode invocar para si o estrito cumprimento do dever legal, já que não se pode privilegiar o comportamento negligente, imperito ou imprudente ressalvado a exceção conforme aduz Fernando Capez:

Não se admite estrito cumprimento do dever legal. A lei não obriga à imprudência, imperícia ou negligência. Entretanto, poder-se-á falar em estado de necessidade na hipótese do motorista de uma ambulância ou de um carro de bombeiros, que dirige velozmente e causa lesão a um bem jurídico alheio para apagar um incêndio ou conduzir um paciente para o hospital.³⁹

Assim como nas demais causas excludentes de ilicitude é imperioso que se faça presente o elemento subjetivo, que é o conhecimento da situação justificante para que possa se caracterizar.

1.2.4 Exercício regular do direito

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 Flávio Gomes preleciona:

³⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p.189.

³⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal-Parte Geral*. v.1. 12 ed., São Paulo: Saraiva. 2008.p.281.

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 manifestações processuais dentro do processo, desse modo, quando exercita seu direito não está cometendo nenhum delito contra a honra.⁴⁰

Assim como o estrito cumprimento do dever legal, a doutrina moderna reconhece no exercício regular de direito causa excludente de tipicidade, pelos mesmos motivos demonstrados.

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.

São três os requisitos que o caracterizam. Primeiramente quando se fala em cumprimento de um direito deve ser compreendido amplamente, alcançando todas as formas legais, como a Constituição da República, decretos, leis infraconstitucionais, etc.

Deverá ainda ser o ato regular, visto que qualquer excesso fará com que não se configure o exercício regular do direito.

O código Penal prevê o exercício “regular” do direito. Ou seja, não pode haver abuso. Havendo excesso, deve o agente ser responsabilizado por ele. Aliás, o que o juiz deve valorar é exatamente isso: se houve ou não abuso. No mais, é só constatar a norma e o exercício prático do que está previsto na norma.⁴¹

Aqui também deve estar presente o elemento subjetivo que é o conhecimento da situação justificante para poder invocá-la.

O exercício regular do direito é praticado com espírito de mera emulação faz desaparecer a excludente. É necessário o conhecimento de toda situação fática autorizadora da excludente. É esse elemento subjetivo que diferencia, pro exemplo, o ato de correção executado pelo pai das vias de fato, da injúria real e até lesões, quando o genitor não pensa em corrigir, mas ofender ou causar lesão.⁴²

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio, *Direito Penal- parte geral*. v2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p.364.

⁴¹ *Ibidem*. p. 365.

⁴² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal-Parte Geral*. v.1. 12 ed., São Paulo: Saraiva. 2008.p.282.

Quando se fala em exercício regular do direito alcança aqueles que têm a prerrogativa de exercer um ato que poderia ser considerado um ilícito penal, como a de um médico, que é permitido por lei a fazer intervenções cirúrgicas, sem o consentimento do paciente se constatada a necessidade e urgência da medida.

Assim, é possível a prática de uma cirurgia sem que o paciente esteja sofrendo perigo atual ou iminente à sua vida ou integridade corporal. Além disso, só pode praticá-la a pessoa habilitada para o exercício da Medicina. O estado de necessidade apenas ocorre em casos excepcionais, quando o leigo, em face da impossibilidade absoluta¹de socorrer-se de um médico, realiza a intervenção para salvar a vida ou a saúde de terceiro de perigo certo e atual ou iminente. Trata-se de uma prática permitida pelo Estado e realizada de acordo com os meios e regras admitidos. Se o Estado reconhece, estimula, organiza e fiscaliza profissão médica,⁴³

A violência desportiva também está abarcada nesse sentido, visto que tradicionalmente possa configurar um fato típico, porém com a ilicitude excluída diante da discriminante do exercício regular do direito.

Para Mirabete:

Há esportes que podem provocar danos à integridade corporal ou à vida (boxe, luta livre, futebol, etc.). Havendo lesões ou morte, não ocorrerá crime por ter o agente atuado no exercício regular de direito. O Estado autoriza e até incentiva a prática de esportes, socialmente úteis.⁴⁴

Importante frisar que a lei pune os excessos. Desse modo, ainda que na prática de uma atividade esportiva, ficando evidenciado o excesso, agindo o indivíduo com a intenção de desobedecer as regras desportivas e causar o ilícito não estará contemplado pela excludente de ilicitude em questão.

⁴³ JESUS, Damásio. *Direito Penal – Parte Geral*. 1v. 21ed. São Paulo: Saraiva. 1998. p.81.

⁴⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p.191.

CAPÍTULO II -DO EXCESSO.

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.⁴⁵

O raciocínio que se faz ao falar de excessos nos leva à afirmativa de que o 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 ao agente, ao versar numa causa de exclusão de ilicitude, viola os requisitos exigidos em lei, ultrapassando as fronteiras do permitido.⁴⁶

Conforme visto quando se tem a existência de excessos na conduta praticada, fica afastada todas as excludentes de ilicitude previstas no Código Penal, anteriormente demonstradas.” Em qualquer das causas de justificação, quando o agente dolosa ou culposamente , *exceder-se* nos limites da norma permissiva, responderá pelo excesso.”⁴⁷

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

⁴⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal-Parte Geral*. v.1. 12 ed., São Paulo: Saraiva. 2008.p.276.

⁴⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 326

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, parte geral. v 1: 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.252.

qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”⁴⁸

Ao cometer excesso durante uma ação, seja ele culposo ou doloso o agente será responsabilizado pelas conseqüências obtidas após a agressão.

Rogério Greco ainda diferencia o excesso em intensivo e extensivo:

Ocorrerá excesso intensivo quando o autor “por consternação” medo ou susto excede a medida requerida para a defesa. Ocorrerá excesso extensivo quando o agente, inicialmente, fazendo cessar a agressão injusta que era praticada contra a sua pessoa, dá continuidade ao ataque, quando este já não é mais necessário.⁴⁹

É possível observar que essa classificação vai de encontro ao que a maioria doutrina faz como excesso doloso e culposo.

A seguir passaremos a fazer a diferenciação existente entre as espécies de excesso culposo e doloso.

2.1 Excesso Doloso

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 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.⁵⁰

⁴⁸ BRASIL, CÓDIGO PENAL. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade mecum*. 3 ed., São Pulo: Saraiva, 2007. p. 258.

⁴⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 364.

⁵⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p.194.

Corroborando com esse entendimento Rogério Greco:

O excesso doloso, portanto pode ocorrer quando o agente, mesmo sabendo que com sua conduta inicial já havia feito cessar a agressão que era praticada contra sua pessoa: a) dá continuidade ao ataque mesmo sabendo que não podia prosseguir, porque já não se fazia mais necessário; b) continua o ataque porque incorre em erro de proibição indireto (erro sobre os limites de uma causa de justificação)⁵¹

Desse modo será doloso o excesso quando o agente deliberadamente aproveitar-se da situação em que está vivenciando para agir com dolo e estabelecer sacrifício maior do que estritamente imprescindível à preservação do seu direito ameaçado ou lesado.

2.2 Excesso Culposo

No excesso culposo, o agente estando num estado de licitude penal, ultrapassa os seus limites, sem consciência e previsão, porque esse excesso é decorrente de um descuido, nesse 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.

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.’⁵²

A regra, portanto, é que o indivíduo seja controlado em sua reação e que a mesma não seja absolutamente desproporcional, pois embora se reconheça

⁵¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 361.

⁵² *Ibidem*. p. 194.

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.”⁵³

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.

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.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. I. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2004. p.321.

CAPÍTULO III- A MENSURAÇÃO DOS EXCESSOS NA LEGÍTIMA DEFESA

3.1 O tratamento para os excessos na legítima defesa.

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 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.

Em face da agressão injusta, o agredido pode empregar um meio desnecessário e imoderado para evitar a lesão do bem e neste caso como identificar o excesso praticado pelo agente no momento em que se utiliza da legítima defesa?

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 epear 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.⁵⁴

A existência de uma causa de justificação que antecede a conduta é imprescindível para que a legítima defesa seja caracterizada.

⁵⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. 11 ed., São Paulo: Atlas. 2004. p.185.

Diante dessa existência prévia de uma ação que justifique a reação que se poderá existir ou não os excessos, visto que as emoções que irão gerir esse momento.

É sabido que as reações sempre tomam proporções maiores que as ações, sobretudo 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.

Confirmando essa afirmativa, têm-se os dizeres de Julio Fabrini Mirabete Marco Teórico do presente estudo, o qual diz categoricamente que não se deve fazer, deste modo, 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.⁵⁵

⁵⁵ 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 02 nov. 2011.

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

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.

Diante da inexistência de um dispositivo a doutrina tem pugnado pela existência do chamado excesso exculpante, anteriormente previsto no artigo 30, parágrafo 1º do Código Penal de 1969.

A reforma do Código suprimiu a existência do instituto sendo incumbência da doutrina e da jurisprudência tratar do seu reconhecimento.

Rogério Greco define o que vem a ser o excesso exculpante da seguinte forma:

Trata-se da ocorrência de um excesso, na reação defensiva, que não é, por suas peculiaridades, reprovável, ou melhor, merecedor de apenação. Não se cuida de excesso culposo porque, neste, o excesso deriva da falta do dever objetivo de cuidado enquanto que, naquele, há um excesso resultante de medo, surpresa ou de perturbação de ânimo. É evidente que o excesso exculpante pressupõe uma agressão real, atual ou iminente, e injusta, isto é, com todas as características de uma ação ofensiva. A resposta deve, no entanto, ser havida como excessiva e tal excesso não é devido a uma postura dolosa ou culposa mas a uma atitude emocional do agredido.⁵⁶

Com o mesmo raciocínio Guilherme de Souza Nucci:

Excesso exculpante seria decorrente do medo, surpresa ou perturbação e animo, fundamentadas na inexigibilidade de conduta diversa. O agente, ao se defender de um ataque inesperado e violento apavora-se e dispara o seu revolver mais vezes do que seria necessário para repelir o ataque, matando o agressor. Pode-se constituir uma hipótese de flagrante imprudência, embora justificada pela situação especial pela qual passava.

⁵⁶ GRECO, Rogério *Curso de Direito Penal- parte geral-* v1 . 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2011. p.356.

O excesso exculpante ou *excessus defensionis* está diretamente relacionado com as emoções que revestem alguns atos, no momento que se realiza a legítima defesa.

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.⁵⁷

Importante frisar que o excesso exculpável é aceito por apenas parte da doutrina, permanecendo as demais com a existência apenas do excesso doloso e culposo, pugnando por sua punição, desconsiderando as características que revestem o excesso exculpante.

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.

3.2 Posicionamento jurisprudencial sobre a mensuração dos excessos na legítima defesa

Outro questionamento realizado está pautado no fato de como os tribunais brasileiros identificam o excesso na legítima defesa numa situação fática submetida a julgamento? Existe um parâmetro definido?

⁵⁷ GRECO, Rogério *Curso de Direito Penal- parte geral-* v1 . 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2011. p.357.

Nas jurisprudências que se seguem é possível analisar como os juristas identificam os excessos, ressaltando que foram retiradas do inteiro teor, onde são embasadas as decisões emanadas.

Ademais, para a **configuração** da excludente, é necessário que a utilização dos meios para fazer cessar a suposta **agressão deve ser feita de forma moderada e sem excessos, o que não restou evidente, vez que o recorrente desferiu 06 tiros contra a vítima, chegando a descarregar o revolver.**⁵⁸

Veja que o fato do agente ter desferido seis tiros foi motivo para que a legítima defesa não fosse reconhecida.

Em outro julgado é possível perceber que o número elevado de facadas também foi motivo relevante para o não reconhecimento da legítima defesa:

Ademais, mesmo que a vítima tenha também agredido o acusado, para a **configuração** da excludente, é necessário que a utilização dos meios para fazer cessar a agressão deve ser feita de forma moderada e sem excessos, o que não restou evidente, vez que o recorrente desferiu 07 golpes contra a vítima, desferindo-lhe, ainda, um chute após já estar caída ao chão.⁵⁹

Agora, em outro julgado do mesmo tribunal uma única canivetada fatal foi motivo suficiente para que a legítima defesa não fosse reconhecida, por ter o agente agido com intenção de vingança.

Veja-se ainda que o acusado foi até a sua residência para buscar as armas, com a aparente intenção de se vingar do desentendimento tido dias antes com a vítima.

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.

⁵⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Número do Processo 1.0701.06.141144-6/001(1). Acesso em 20 abr. 2011.

⁵⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Número do processo: 1.0720.08.048237-8/001(1). Acesso em 20 abri. 2011

Ante tais considerações, entendo ser manifestamente improcedente o pedido de absolvição fundado na legítima defesa.⁶⁰

E neste ponto habita a dificuldade no reconhecimento dos excessos ante a situação fática.. Os seres humanos são diferentes entre si, as emoções sentidas são intensas para uns e brandas para outros. Cada um reage segundo seu emocional. Seria forçoso estabelecer um equilíbrio emocional da pessoa agredida, para a que se configure a legítima defesa?

Assim sendo 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.

Embora a doutrina reconheça a existência do chamado excesso exculpante os tribunais pouco tem entendido nesse sentido, sendo dificultosa a tarefa de encontrar jurisprudência que possa ilustrar a sua existência. “A jurisprudência é rica em quase todas as modalidades de legítima defesa, pois como já dito alhures, no excesso escusável não existe julgados nesse sentido.”⁶¹

Em pesquisa das jurisprudências do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, uma única jurisprudência foi encontrada nesse sentido:

Lesão corporal seguida de morte - Apresentação tardia das razões - Mera irregularidade. “As razões representadas fora do prazo não impedem o conhecimento da apelação interposta tempestivamente, por se tratar de uma mera irregularidade, segundo interpretação jurisprudencial.” Preliminar rejeitada. Conhecimento. Absolvição - Legítima defesa - Recurso do Representante do Ministério Público pretendendo a condenação, à vista da ocorrência do “excessus defensionis” - Excludente de ilicitude devidamente configurada - Inocorrência do excesso no seu exercício - Absolvição mantida - Recurso desprovido.⁶²

⁶⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Número do processo: 1.0347.05.001375-9/001(1). Acesso em 20 abr. 2011.

⁶¹ 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 02 nov. 2011.

⁶² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Número do processo: 1.0000.00.348301-3/000(1) Relator: Des.(a) MÁRCIA MILANEZ Data do Julgamento: 23/09/2003 Acesso em 02 nov. 2011.

Nesse caso, a relatora reconheceu a existência do *excessus defensionis*, e não houve a punição do agente, já que suas emoções na perpetração dos excessos foi considerada.

Não poderá permitir que na atualidade em que se prima pela existência da segurança jurídica, que os excessos cometidos na legítima defesa fiquem a mercê de interpretações dos juízes em casos concretos.

É fundamental para que o direito assuma o seu papel tratar todas as questões inerentes ao Direito Penal de forma ampla e completa. A falta de um parâmetro que indica a ocorrência ou não de excesso na legítima defesa vai ao encontro da insegurança jurídica, visto que para cada caso dá-se uma interpretação.

Desse modo, a melhor solução apontada ao caso é a criação de um dispositivo legal que trace as definições para a conduta praticada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma conduta para ser considerada como crime deve conjugar três requisitos, a saber: o fato deve ser típico, antijurídico e culpável.

Nessa linha de pensamento o legislador inseriu no Código Penal a existência de condutas que afastam o delito em si, ou seja, embora exista a ocorrência do delito não poderá ser considerado crime, devido a falta de um dos elementos que constituem o crime em si.

Embora o Código Penal em seu artigo 23 fale de modo expreso da existência de quatro causas excludentes de ilicitude, a doutrina moderna reconhece apenas na legítima defesa e no estado de necessidade a excludente de ilicitude, sendo que o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito é tratado como excludente de tipicidade.

A principal diferença entre a legítima defesa e o estado de necessidade é que O estado de necessidade versa sobre a preservação de 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. Já na legítima defesa o indivíduo depara-se com de uma situação atual ou iminente de injusta agressão, dirigida a si ou a terceiro, que não é obrigado a suportar.

Fala-se que é excluída a tipicidade no estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular do direito devido ao reconhecimento da existência da tipicidade conglobante, que engloba a tipicidade formal que é a simples adequação da conduta ao caso concreto, e a tipicidade penal, fazendo com que a conduta embora pareça típica não seja antijurídica.

Mesmo sendo tratada como excludente de ilicitude ou de culpabilidade o rol trazido pelo artigo 23 do Código Penal afasta a existência e crime.

Para todas as condutas pune-se o cometimento de excessos seja ele doloso ou culposos.

O excesso doloso, como o próprio nome diz envolve a existência do dolo, ou seja, a vontade do cometimento do excesso. Nesse caso o agente tem consciência do excesso cometido.

Já no excesso culposo os limites são ultrapassados sem que o agente tenha consciência ou previsão do ato cometido.

A grande problemática que envolve a questão está 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.

O código penal de 1696 em seu artigo 30, parágrafo 1º trazia em seu bojo a existência do chamado excesso escusável, ou seja aquele cometido considerando a emoção para a reação.

Todavia com a reforma esse dispositivo foi suprimido, não havendo, portanto, nenhum parâmetro para fazer a mensuração desses excessos.

Considerando 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. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL, CÓDIGO PENAL. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. *Vade mecum*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007

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

GOMES, Luiz Flávio, *Direito Penal- parte geral*. v2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

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

_____. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio. *Direito Penal – Parte Geral*. 1v. 21ed. São Paulo: Saraiva. 1998.

LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. 1. ed., São Paulo: Atlas, 1998.

LEITE, José Edvanio. *Do excesso na legítima defesa*. Disponível em <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2356&idAreaSel=4&se eArt=yes>. Acesso em 02 nov. 2011.

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

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. 11 ed., São Paulo: Atlas. 2004.

_____. *Manual de Direito Penal*. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal. Parte geral. Parte especial*. 5 ed. São Paulo. Revista dos tribunais. 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte geral, v 1 6.ed.ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal- parte geral-* 4ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Número do processo: 1.0000.00.348301-3/000(1) Relator: Des.(a) MÁRCIA MILANEZ Data do Julgamento: 23/09/2003. Acesso em 02 nov. 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Número do Processo 1.0701.06.141144-6/001(1). Acesso em 20 abr. 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Número do processo: 1.0720.08.048237-8/001(1). Acesso em 20 abri. 2011

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Número do processo: 1.0347.05.001375-9/001(1). =. Acesso em 20 abr. 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação- Número do processo: 1.0604.08.008430-3/001(1) Relator: Des.(a) ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO Data do Julgamento: 29/03/2010 Data da Publicação: 12/04/2010. Acesso em 28 setembro de 2011