

CAROLINA SILVA VARGAS

TEORIA DO EXCESSO EM LEGÍTIMA DEFESA

CURITIBA
2007

TEORIA DO EXCESSO EM LEGÍTIMA DEFESA

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Criminologia do Curso de Pós-Graduação do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC e Universidade Federal do Paraná.

Professor Orientador: Juarez Cirino dos Santos.

**CURITIBA
2007**

PARECER DA BANCA EXAMINADORA DA MONOGRAFIA JURÍDICA

Banca examinadora:

Prof.: _____
Avaliação: _____ Assinatura: _____

Prof.: _____
Avaliação: _____ Assinatura: _____

Prof.: _____
Avaliação: _____ Assinatura: _____

Parecer: _____

Curitiba, _____ de _____ de 2007

Dedico esta monografia à memória de meu avô Zenon, que muito contribuiu para que eu chegasse até aqui, e que ficaria muito feliz com esta conquista.

Agradeço primeiramente à minha mãe, Valéria, pelo amor, pelo incentivo e por acreditar em mim.

Agradeço ao André, amor da minha vida, pelo companheirismo, pela compreensão e pelo incentivo.

Agradeço ao Yurck, marido da minha mãe, pela generosidade e pelo incentivo.

Agradeço ao prof. Juarez Cirino dos Santos, pelo brilhantismo de suas aulas.

E, por fim, agradeço a Deus, o verdadeiro responsável por tudo isto.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	01
2 – ANTIJURIDICIDADE	02
2.1 Terminologia	02
2.2 Conceito e considerações gerais	02
2.3 Antijuridicidade e antinormatividade	04
2.4 Antijuridicidade formal e antijuridicidade material	06
2.5 Antijuridicidade e injusto jurídico penal	08
3 – CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO	13
3.1 Causas legais e supralegais de exclusão da antijuridicidade	13
3.2 Os tipos permissivos em geral	14
4 – LEGÍTIMA DEFESA	16
4.1 Legítima defesa putativa	25
5 – EXCESSO	28
5.1 Conceito e considerações gerais	28
5.2 Histórico	31
5.3 Tratamento jurídico estrangeiro	35
5.4 Tratamento jurídico no Brasil	35
5.5 Excesso doloso	36
5.6 Excesso culposo	39
5.7 Excesso escusável	40
5.7.1 Perturbação de ânimo	40
5.7.2 Excesso fortuito	42
5.8 Excesso em legítima defesa	43
5.9 Excesso em legítima defesa putativa	44
6 – CONCLUSÃO	45

RESUMO

O presente trabalho consiste na abordagem do tema 'Teoria do excesso em legítima defesa' e, para tal, buscou-se, primeiramente, traçar as linhas gerais da antijuridicidade e da legítima defesa, para então analisar as algumas peculiaridades do instituto do excesso. Desta pesquisa doutrinária resultaram algumas conclusões: o excesso é o desnecessário, é o que vai além dos limites das excludentes da antijuridicidade; o excesso não é um instituto autônomo, pois depende da ocorrência de uma das causas de justificação, ou seja, para que um indivíduo possa exceder-se, transpor a barreira entre o permitido e o proibido, precisa ter agido lícitamente em algum momento; a regulamentação expressa do instituto é recente, mas apesar disto, pode-se observar sua existência desde a Antigüidade; o excesso, no Brasil, é punido a título de dolo e a título de culpa, logo é uma norma incriminadora, sendo que o agente que comete excesso doloso responde pelo crime cometido na sua forma dolosa e, o agente que comete excesso culposo responde pelo crime cometido na sua forma culposa, quando houver previsão; a natureza do excesso está no dolo, pois tanto no excesso doloso quanto no excesso culposo o agente prevê e quer o resultado; o Código Penal brasileiro não regulamentava o excesso escusável, seja por perturbação de ânimo ou por caso fortuito, entretanto, isto não deve ser um motivo para puni-lo, visto que, por não possuir dolo nem culpa, exclui a culpabilidade da conduta; e, por fim, no que tange a punição do excesso, aponta-se uma crítica ao Direito Penal brasileiro, visto que não parece justo um indivíduo que premeditadamente comete um crime ter a mesma pena de um indivíduo que comete o excesso doloso, já que o dolo no excesso é em relação a ultrapassagem do limite, e não em relação ao resultado típico, como é o dolo no tipo. Note-se que esta crítica não tem, de maneira alguma, intenção de incentivar o excesso com a impunidade, o que se pretende é demonstrar que o legislador poderia estabelecer para o excesso doloso uma punição mais branda do que a fixada para o crime doloso e, da mesma maneira, poderia estabelecer para o excesso culposo uma punição mais branda do que a prevista para o crime culposos.

1 Introdução

O presente trabalho constitui uma dissertação, que objetiva a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Criminologia do Curso de Pós-Graduação do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC e Universidade Federal do Paraná.

O tema escolhido – Teoria do excesso em legítima defesa – é pouco abordado, de forma específica, pela doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, e não é um instituto pacificado no Direito Penal. Sendo assim, ainda há muito a estudar e escrever sobre o assunto.

O objetivo desta monografia é expor os resultados de uma pesquisa doutrinária, principalmente no que tange o tratamento do excesso no Brasil, mas também com algumas considerações sobre o instituto na legislação estrangeira.

No primeiro capítulo serão traçados os aspectos gerais da antijuridicidade e algumas distinções relevantes.

No segundo capítulo serão abordadas as causas de justificação, considerações gerais.

No terceiro capítulo será trabalhada especificamente a legítima defesa e suas características.

Por fim, no último capítulo será abordado o instituto do excesso, sem a pretensão de esgotar o tema, buscou-se analisar suas peculiaridades (conceito, histórico, tratamento jurídico, suas formas) e sua aplicação à legítima defesa.

2 Antijuridicidade

2.1 Terminologia

Os vocábulos ‘antijuridicidade’ e ‘ilicitude’ são adotados como sinônimos, a maioria dos doutrinadores brasileiros utiliza o termo antijuridicidade, seguindo uma tendência européia, entretanto, o Código Penal Brasileiro, com a reforma penal de 1984, deixou de utilizar este vocábulo e passou a adotar ilicitude em seu texto, seguindo, desta forma, o entendimento de Toledo, que defende que algo não pode ser jurídico e antijurídico ao mesmo tempo, ou seja, o delito ou é um fato ou ato jurídico ou é um fato ou ato antijurídico.¹

A questão da terminologia não apresenta qualquer importância prática, já que não há distinção entre ‘ilicitude’ e ‘antijuridicidade’, mas, ao contrário disto, algumas distinções precisam ser feitas, pois apresentam grande importância no aspecto prático, como antijuridicidade e antinormatividade, antijuridicidade formal e antijuridicidade material e, antijuridicidade e injusto jurídico penal.

2.2 Conceito e considerações gerais

Antijuridicidade é uma relação de contrariedade entre determinada conduta humana e o ordenamento jurídico como um todo.²

Juarez Cirino dos Santos ensina que

“Em direito penal, a antijuridicidade é uma contradição entre a ação humana (realizada ou omitida) e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões: as proibições são os tipos legais, como descrição de ações realizadas ou omitidas; as

¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. 9. tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 159 cf. CARNELUTTI, Francesco. **Teoria general del delito**. Trad. Victor Conde. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1952, p. 18.

² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. Parte geral – arts. 1º a 120 CP**. 18. ed. revista e atualizada até 31 de dezembro de 2001. v. 1. São Paulo: Editora Atlas S. A. , 2002, p. 173.

*permissões são as justificações legais e supralegais, como situações especiais que excluem as proibições”*³

Para Zaffaroni e Pierangeli *“a antijuridicidade é, pois o choque da conduta com a ordem jurídica, entendida não só como uma ordem normativa (antinormatividade), mas como uma ordem normativa e de preceitos permissivos”*.⁴

Para Welzel *“antijuridicidade é uma característica da ação e, por certo, a relação que expressa um desacordo entre ação e a ordem jurídica”*.⁵

Luiz Regis Prado afirma que

“O elemento conceitual do delito, ilicitude ou antijuridicidade – expressões consideradas aqui como sinônimas -, exprime a relação de contrariedade de um fato com todo o ordenamento jurídico (uno e indivisível), com o Direito positivo em seu conjunto. Enquanto a subsunção de um fato concreto ao tipo legal, isto é, o juízo de tipicidade, tem caráter positivo, o juízo de ilicitude, decorrente da verificação da operatividade de uma norma permissiva, evidencia um aspecto negativo”.⁶

Atualmente, a análise da conduta humana com a finalidade de verificar se constitui um delito se divide em três momentos distintos, primeiro analisa-se a tipicidade, depois a antijuridicidade e, por fim, a culpabilidade, uma sucedendo a outra e pressupondo a fase anterior. Este raciocínio permite a adequada aplicação do direito. Mas nem sempre o delito foi avaliado desta maneira, *“a formulação da antijuridicidade como conceito autônomo deve sua origem, sobretudo, a Ihering, no ano de 1867”*,⁷ que diferenciou a antijuridicidade da culpabilidade, ao dizer que à primeira tratava de elementos objetivos do delito e a segunda de elementos

³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 21. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2006, cit., p. 217.

⁴ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal brasileiro. Parte geral**. 4. ed. revista, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, cit., p. 568.

⁵ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. 2. tiragem. Campinas: Editora Romana, 2004, cit., p.100.

⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte geral, arts. 1º à 120**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, cit., p. 313.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal. Parte geral**. 7. ed. revista e atualizada. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, cit., p. 237.

subjetivos, ou seja, a antijuridicidade como a contrariedade objetiva ao ordenamento jurídico e, a culpabilidade como a contrariedade subjetiva ao ordenamento jurídico.

2.3 Antijuridicidade e antinormatividade

A primeira distinção que se estabelece neste tema é entre ordem normativa e ordem jurídica. A ordem normativa é composta por normas proibitivas e, a ordem jurídica além destas é composta pelos preceitos permissivos, ou seja, pode-se entender a ordem jurídica como o gênero e a ordem normativa como a espécie.⁸

A distinção entre antinormatividade e antijuridicidade consiste justamente na contrariedade de uma conduta humana em relação à ordem normativa ou à ordem jurídica, respectivamente, ou seja, antinormativa será a conduta humana que contrarie a ordem normativa e, antijurídica será a conduta humana que contrarie a ordem jurídica, logo se pode concluir que a antijuridicidade não é adstrita ao direito penal, mas provém da ordem jurídica, os preceitos permissivos estão previstos em todos os ramos do direito e não somente no direito penal.⁹

A antinormatividade é necessária para que a conduta humana seja típica e, a antijuridicidade pressupõe a tipicidade, mas isso não significa que toda conduta humana antinormativa é antijurídica, pois a tipicidade é só um indício de antijuridicidade, já que a existência de preceitos permissivos afasta a antijuridicidade da conduta humana.¹⁰

“Para Welzel, ‘toda realização do tipo de uma norma proibitiva é certamente antinormativa, mas nem sempre é antijurídica’, em razão de que o ordenamento jurídico não se compõe somente de normas proibitivas, mas também de preceitos permissivos. A interferência de uma norma permissiva impede que a norma geral, abstrata, converta-se em dever jurídico concreto para o autor, autorizando, excepcionalmente, a realização de uma conduta típica. Por isso, Welzel conceitua a antijuridicidade como ‘a contradição da

⁸ PIERANGELI. J. H.; ZAFFARONI. E. R. Obra citada, p. 567.

⁹ PIERANGELI. J. H.; ZAFFARONI. E. R. *Idem*, p. 568.

¹⁰ PIERANGELI. J. H.; ZAFFARONI. E. R. *Idem*, p. 460.

realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto (não somente com uma norma isolada)”.¹¹

“O tipo é gerado pelo interesse do legislador no ente que valora, elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo legal que a ela agrega a tutela penal”.¹² Antinormativa é a conduta humana que contraria essa norma, por exemplo, a norma diz não matar e, um sujeito matou, cometeu uma conduta antinormativa, é um indício de que seja antijurídica, mas não significa que seja, pois esta pessoa pode ter agido em legítima defesa, que é um preceito permissivo que afasta a antijuridicidade.¹³

Desta análise pode-se concluir que uma conduta humana que contrarie a norma que está atrás do tipo é antinormativa e, isto se distingue de uma conduta humana que contrarie o ordenamento jurídico todo, que é antijurídica, ou seja, para identificar uma conduta humana antinormativa é necessário confrontá-la com apenas uma ordem normativa e verificar se há contrariedade e, para identificar uma conduta humana antijurídica é preciso confrontá-la com a ordem jurídica e verificar se há contrariedade.¹⁴

Para Welzel *“A antijuridicidade é um juízo de desvalor que recai sobre a conduta típica, no sentido de que assim o considera o ordenamento jurídico”*.¹⁵

Pierangeli e Zaffaroni entendem que *“O método, segundo o qual se comprova a presença da antijuridicidade, consiste na constatação de que a conduta típica (antinormativa) não está permitida por qualquer causa de justificação (preceito permissivo), em parte alguma da ordem jurídica (não somente no direito penal, mas tampouco no direito civil, comercial, administrativo, trabalhista etc.)”*.¹⁶

No entanto, é importante observar que Assis Toledo não compartilha deste posicionamento, de que a tipicidade é um indício da antijuridicidade, pois para ele

¹¹ Apud BITENCOURT. C. R. Obra citada, cit., p. 238 e 239.

¹² PIERANGELI. J. H.; ZAFFARONI. E. R. Obra citada, cit., p. 456.

¹³ PIERANGELI. J. H.; ZAFFARONI. E. R. *Idem*, p. 567.

¹⁴ PIERANGELI. J. H.; ZAFFARONI. E. R. *Idem*, p. 568.

¹⁵ Apud MIRABETE, J. F. Obra citada, cit., p. 173.

¹⁶ PIERANGELI. J. H.; ZAFFARONI. E. R. *Idem*, cit., p. 568.

"o primeiro grande momento de exclusão da ilicitude está no juízo de atipicidade do fato imputado ao agente",¹⁷ ou seja, a exclusão da antijuridicidade torna a conduta atípica, conforme este entendimento um ato típico nunca poderá ser um ato lícito, sempre será um ato ilícito.

2.4 Antijuridicidade formal e antijuridicidade material

"No começo do século, o campo jurídico era denominado pelo positivismo, ainda que por duas correntes antagônicas: por um lado, o positivismo jurídico, e, por outro, o positivismo sociológico. Como resultado dessa oposição, enquanto o positivismo jurídico concebia a antijuridicidade como um conceito legal, o positivismo sociológico a concebia como um conceito sociológico, a que chamou antijuridicidade 'material' (em oposição à 'formal', do positivismo jurídico)".¹⁸

Neste sentido, a antijuridicidade formal é a relação de contrariedade entre determinada conduta humana e o ordenamento jurídico, é formal porque para identificar se a conduta humana é antijurídica verifica-se apenas a forma dela, verifica-se se a forma é contrária à forma da lei.¹⁹

Para Assis Toledo, *"A ilicitude, assim entendida como relação de contrariedade entre o fato e a norma jurídica, tem sido qualificada de conceito puramente formal. Por isso certos autores, a partir de Von Liszt, ao lado da denominada ilicitude (ou antijuridicidade) formal, se esforçam em desenvolver outro conceito mais enriquecido, ou seja, o de ilicitude material".²⁰*

Von Liszt conceituou antijuridicidade formal e antijuridicidade material da seguinte forma: *"El acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. El acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una CONDUCTA CONTRARIA A LA SOCIEDAD (antisocial)".²¹*

¹⁷ TOLEDO, F. A. Obra citada, cit., p. 170.

¹⁸ PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R. Obra citada, cit., p. 568.

¹⁹ TOLEDO, F. A. *Idem*, p. 161.

²⁰ TOLEDO, F. A. *Idem*, cit., p. 161.

²¹ LISTZ, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. 4. ed. Tomo II. Madrid: Editorial Reus, S.A., 1999, cit., p. 336. Tradução: "O ato é formalmente contrário ao Direito, contanto que seja

Posteriormente, então, a antijuridicidade material foi entendida como a relação entre a conduta humana e a ofensa ao bem jurídico, ou seja, quando a conduta humana lesa ou expõe a perigo de lesão o bem jurídico é considerada materialmente antijurídica.²²

*“A antijuridicidade material, por sua vez, se constitui da lesão produzida pelo comportamento humano que fere o interesse jurídico protegido, isto é, além da contradição da conduta praticada com a previsão da norma, é necessário que o bem jurídico protegido sofra a ofensa ou ameaça potencializada pelo comportamento desajustado. Essa lesão que consubstancia a antijuridicidade material, evidentemente, não deve ser entendida em sentido naturalístico, como causadora de um dano, sensorialmente perceptível, a determinado bem tutelado, mas como ofensa ao valor ideal que a norma jurídica deve proteger. A lesão do bem jurídico supõe um dano para a comunidade que justifica a caracterização do delito como ‘comportamento socialmente danoso’”.*²³

No entanto, nota-se que um bem só é considerado um bem jurídico quando tutelado pelo ordenamento jurídico, pode-se concluir então, que para que uma conduta humana seja considerada materialmente antijurídica, necessariamente, tem que haver uma previsão legal que a considere, ou seja, um não subsiste ao outro, ou ainda *“um comportamento humano que contrarie a ordem jurídica não pode deixar de lesar ou de expor a perigo de lesão os bens jurídicos tutelados por essa mesma ordem jurídica”*.²⁴

*“A corrente majoritária, contudo, considera a distinção entre antijuridicidade formal e antijuridicidade material absolutamente desnecessária. Um comportamento humano que seja contrário à ordem jurídica (formal) não pode deixar de lesar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos (material) tutelados por essa mesma ordem jurídica. Nessas circunstâncias, só se pode falar em uma antijuridicidade, aquela que se pretende denominar material”.*²⁵

Este também é o entendimento de Assis Toledo, que defende uma concepção unitária, para ele a ilicitude é a contrariedade entre uma conduta

transgressão de uma norma estabelecida pelo Estado, de um mandato ou de uma proibição da ordem jurídica. O ato é materialmente ilícito, quando for uma CONDUTA CONTRÁRIA À SOCIEDADE (antisocial)”.

²² TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 162.

²³ BITENCOURT. C. R. Obra citada, cit., p. 240.

²⁴ TOLEDO, F. A. *Idem*, cit., p.162.

²⁵ BITENCOURT. C. R. *Idem*, cit., p. 241.

humana voluntária e a ordem jurídica, resultando em lesão ou exposição à lesão o bem jurídico, neste sentido pode-se afirmar que são necessários dois requisitos para que a conduta humana seja considerada antijurídica, o primeiro requisito é que a conduta humana viole o ordenamento jurídico e, o segundo requisito é que a conduta humana lese ou exponha à lesão o bem jurídico.²⁶

Uma importante consequência prática da antijuridicidade material é que esta autoriza os agentes operadores do direito penal a adotar excludentes de antijuridicidade supralegais, ou seja, excludentes de antijuridicidade que não estão previstas na lei.²⁷

Zaffaroni e Pierangeli, sobre a teoria das causas de justificação supralegais, afirmam que *“em nosso país, é totalmente desnecessária, pois nosso CP tem as causas de justificação perfeitamente estruturadas, incluindo o exercício regular de direito (art. 23, III, que implica uma remissão às disposições permissivas encontráveis em outra parte da ordem jurídica)”*.²⁸

2.5 Antijuridicidade e injusto jurídico penal

“Há uma distinção doutrinária entre antijuridicidade e injusto. Neste sentido, antijuridicidade é a contradição que se estabelece entre a conduta e uma norma jurídica, enquanto o injusto é a conduta ilícita em si mesma, é a ação valorada como antijurídica”.²⁹

Luiz Regis Prado fez a seguinte distinção entre ilicitude e injusto:

“A primeira é uma relação de oposição da conduta do autor com a norma jurídica. É um predicado, uma qualidade, um estímulo de determinadas formas de ação/omissão. O injusto, por sua vez, é a própria ação valorada como ilícita. Tem cunho substantivo, quer dizer, algo substancial. O conceito de injusto engloba a ação típica e ilícita. Tão-somente o injusto é mensurável, em qualidade e quantidade (ex.: homicídio e lesão corporal). O

TOLEDO, F. A. Obra citada, cit., p.163.

BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 242.

PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R. Obra citada, cit., p. 569.

MIRABETE, J. F. Obra citada, cit., p. 174.

*injusto penal é específico (como o injusto civil), ao passo que a ilicitude é unitária, diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo”.*³⁰

No mesmo sentido Zaffaroni e Pierangeli, ao afirmarem que *Antijuridicidade é a característica que tem uma conduta de ser contrária à ordem jurídica; injusto penal é a conduta que apresente os caracteres de ser penalmente típica e antijurídica. A antijuridicidade é uma característica do injusto”.*³¹

A principal consequência prática da distinção entre antijuridicidade e injusto penal é a invariabilidade daquela e a graduabilidade deste.

Neste sentido ensina Juarez Cirino dos Santos ao afirmar que

*“A relação da antijuridicidade com o injusto é uma relação de diferenciação no mesmo estágio do fato punível: a antijuridicidade representa uma **qualidade invariável** da ação típica, expressa na contradição entre a ação ou omissão de ação e o conjunto das **proibições e permissões** do ordenamento jurídico; ao contrário, o injusto não designa uma qualidade invariável da ação típica, mas a própria **ação típica e antijurídica concreta**, como realização não justificada de comportamentos típicos de grandezas **variáveis**”.*³²

E ainda acrescenta que

*“Essas noções de antijuridicidade e de injusto estão na base da distinção entre antijuridicidade formal e material: a antijuridicidade formal exprime a contradição do comportamento concreto com o conjunto das proibições e permissões do ordenamento jurídico, como qualidade variável de toda ação típica e antijurídica; a antijuridicidade material exprime a lesão injusta do bem jurídico, como dimensão graduável do conteúdo de injusto das ações típicas e antijurídicas”.*³³

³⁰ PRADO, L. R. Obra citada, cit., p. 314.

³¹ PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R. Obra citada, cit., p. 571.

³² SANTOS, J. C. Obra citada, cit., p. 218.

³³ SANTOS, J. C. *Idem*, cit., p. 218.

Sendo assim, o que é mais antijurídico, um homicídio ou uma lesão corporal? A resposta é que um é tão antijurídico quanto o outro, porque se antijuridicidade é a contrariedade da conduta humana com o ordenamento jurídico, é tão contrário ao ordenamento jurídico matar alguém quanto machucar alguém, ou seja, não há um comportamento mais antijurídico que o outro, pois a antijuridicidade é invariável.³⁴

No entanto, o que tem maior grau de injusto, o homicídio ou a lesão corporal? Neste caso o homicídio tem um grau de injusto jurídico penal maior do que a lesão corporal, pois o injusto jurídico penal é graduável, ao contrário da antijuridicidade.³⁵

A graduabilidade do injusto pode existir também num mesmo crime, basta pensar no comportamento de agentes que delinquem juntos, mas de forma diferente, por exemplo, um casal contrata um caseiro e, após alguns meses de serviço o caseiro resolve roubar o carro dos patrões, mas antes de fazer isto telefona para um amigo e convida-o para realizar o roubo junto, os dois armados e mascarados abordam o casal, o caseiro bate no patrão e faz uma ligação direta no carro, os dois saem com o veículo, vendem e dividem o dinheiro. Os dois não serão condenados com a mesma pena, mesmo tendo cometido o mesmo crime, pois o grau de injusto da conduta do caseiro é imensamente maior, então muito embora o crime seja o mesmo, o grau de injusto varia de acordo com a intensidade da participação de cada co-delinqüente.³⁶

Desta forma, observa-se que a graduabilidade do injusto influenciará na dosimetria da pena, ou seja, a dosagem da pena depende da intensidade do grau de injusto da conduta de cada co-delinqüente, ainda que o crime seja o mesmo. Essa é a importância prática fundamental da idéia de que o injusto é graduável ao passo que a antijuridicidade não.³⁷

³⁴ TOLEDO, F. A. Obra citada, p.120.

³⁵ TOLEDO, F. A. *Idem*, p.120.

³⁶ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 74 e 75.

³⁷ PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R. Obra citada, p. 665.

O exemplo dado demonstra que o injusto varia de acordo com a intensidade da ação de cada co-delinquente, ou seja, trata-se do lado subjetivo do injusto ou de um injusto pessoal.³⁸

A teoria do injusto pessoal é uma herança de Hans Welzel, sua idéia central defende o fato de que o injusto é pessoal, e esta idéia representa uma quebra em relação ao paradigma que existia, pois o sistema analítico de crime antes de Welzel era dividido em lado subjetivo e lado objetivo, a antijuridicidade e a tipicidade estavam no lado objetivo, e a culpabilidade no lado subjetivo. Nessa época não havia graduabilidade do injusto no exemplo do caseiro, supracitado, porque o que eles causaram objetivamente foi o resultado de subtração do veículo, os dois deram causa física para isso, equivalência das causas, sem as atitudes do caseiro ou sem as atitudes do amigo dele o fato não aconteceria como aconteceu, sinal de que objetivamente a conduta de ambos serviu para atingir aquele resultado, “subtração do veículo”. Conseqüentemente o injusto era igual para os dois, logo, na época pré-welziana o injusto era invariável, ele passa a ser variável quando o lado subjetivo passa a integrar também a tipicidade e a antijuridicidade. *“A antijuridicidade só é objetiva no sentido de um juízo valorativo geral; seu objeto, a ação, é, pelo contrário, uma unidade de elementos objetivos (do mundo exterior) e subjetivos (anímicos)”*.³⁹ Welzel não subjetivou apenas a tipicidade, mas também a antijuridicidade e, isso se reflete em todo direito penal, que passa a ter graduabilidade do injusto.⁴⁰

Para Welzel conduta humana é um fazer guiado por um fim, logo a conduta humana tem lado subjetivo, a tipicidade, por sua vez, descreve conduta humana e tem um lado subjetivo, o dolo, também o desvalor da antijuridicidade recai sobre a conduta humana, que tem como lado subjetivo, a finalidade, assim nota-se que tudo tem um lado subjetivo porque a conduta humana é um fazer guiado por um fim, e o fim é subjetivo, então se a conduta humana é típica e antijurídica, a

³⁸ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 74 e 75.

³⁹ WELZEL, H. *Idem*, cit., p. 52.

⁴⁰ WELZEL, H. *Idem*, p. 36, 37, 73-75.

consequência é que esses dados subjetivos da conduta humana são também o objeto do juízo de desvalor tanto da tipicidade como da antijuridicidade, não se desvalora somente o aspecto objetivo da conduta humana, se desvalora também as cargas intelectivas, mentais, subjetivas. Assim se quebra esse paradigma e desenvolve-se a noção de que o injusto é pessoal.⁴¹

Portanto, se a partir de Welzel fica superado o caráter objetivo da antijuridicidade porque ela passa a ter também o caráter subjetivo, significa que as excludentes da antijuridicidade, que são todos aqueles comportamentos em que se exclui a antijuridicidade da conduta típica, também são portadoras de um tipo objetivo e de um tipo subjetivo, por força dessa evolução dogmática propiciada por Welzel.⁴²

Sendo assim, as excludentes da antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito) só existem se houver aspecto subjetivo mental acompanhando-as, de modo que quem age em legítima defesa tem que saber que está se defendendo e, quem age em estado de necessidade tem que saber que está agindo em estado de necessidade, para que realmente seja caso de legítima defesa ou estado de necessidade, respectivamente, por exemplo, A vê B, o homem que praticou o estupro da sua irmã, atrás de uma moita, e por vingança A dispara sua arma contra B, ocorre que quando A vai verificar se B morreu, descobre que B estava preste a estuprar uma moça, e que, portanto, ele salvou-a por “linhas tortas”, nesse caso não tem legítima defesa, porque A não sabia que estava agindo em legítima defesa e, a legítima defesa exige tipo objetivo e tipo subjetivo, logo, neste caso, A seria condenado, porém, nota-se que, no período pré-Welzel haveria legítima defesa, porque bastava configurar objetivamente (tipo objetivo) o fato para A, no caso, ser absolvido, ou seja, no período pré-Welzel como não se exigia o tipo subjetivo, no caso, não haveria crime.⁴³

⁴¹ WELZEL, H. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 27, 36, 37, 73-75.

⁴² PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R. Obra citada, p. 575.

⁴³ PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R. *Idem*, p. 575.

3 Causas de justificação

3.1 Causas legais e supralegais de exclusão da antijuridicidade

“A doutrina tem utilizado uma terminologia bem variada para denominar as causas legais de exclusão da antijuridicidade, tais como causas excludentes de ilicitude, causas excludentes de antijuridicidade, causas de justificação, causas justificantes, causas de exclusão do crime, entre outras”.⁴⁴

O Código Penal, em seu artigo 23, prevê quatro excludentes da antijuridicidade, a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito, são os tipos permissivos, os casos em que a lei diz que não existe crime. *“Além das normas permissivas da Parte Geral, todavia, existem algumas na Parte Especial, como, por exemplo, a possibilidade de o médico praticar aborto se não há outro meio de salvar a vida da gestante ou se a gravidez resulta de estupro (art. 128)”*,⁴⁵ são as justificações específicas.

A jurisprudência e a doutrina brasileira aceitam a adoção de causas supralegais de exclusão da antijuridicidade, pois é impossível que o Direito Positivo preveja todas as transformações sociais que venham a ocorrer, surgindo, desta forma, normas culturais também regulando os tipos permissivos.⁴⁶

Entretanto, praticamente apenas uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade é utilizada, o consentimento do ofendido, pois o Código Penal brasileiro, ao contrário do Código Penal alemão, prevê o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito, que normalmente abrangem as demais situações que poderiam caracterizar causas supralegais de justificação.⁴⁷ Sobre este tema ensina Assis Toledo:

“Não vemos, entretanto, no momento, espaço no Direito brasileiro para outras causas supralegais de justificação e menos ainda para o extenso rol de causas legais, geralmente

⁴⁴ BITENCOURT, C. R. Obra citada, cit., p. 242.

⁴⁵ MIRABETE, J. F. Obra citada, cit., p. 175.

⁴⁶ BITENCOURT, C. R. *Idem*, p. 248.

⁴⁷ TOLEDO, F. A. Obra citada, p.172.

citado nos tratados de origem alemã. É que, entre nós, a inclusão, no Código Penal, como causas legais do exercício regular do direito e do estrito cumprimento do dever legal, inexistentes no Código alemão, fez com que tais causas legais operem como verdadeiros gêneros das mais variadas espécies de normas permissivas, espalhadas pelo nosso ordenamento jurídico, abrangendo-as todas.⁴⁸

3.2 Os tipos permissivos em geral

Uma conduta para ser justificada tem que necessariamente, antes, ser tipificada, portanto o tipo permissivo pressupõe o tipo proibitivo. *“Assim, como o tipo proibitivo individualiza condutas proibidas, o tipo permissivo seleciona, dentre as condutas antinormativas, aquelas que permite. Dado que ambos os tipos – proibitivo e permissivo – individualizam condutas, ambos requerem e efetivamente possuem componentes objetivos e subjetivos*”.⁴⁹

Acerca dos aspectos objetivo e subjetivo dos tipos permissivos existem três posicionamentos, o primeiro nega o injusto pessoal, defende que o tipo permissivo tem aspecto subjetivo, mas ao lado do aspecto objetivo, o segundo, também nega o injusto pessoal, entende que o tipo permissivo tem caráter puramente objetivo e, o terceiro posicionamento é aquele que afirma o injusto pessoal, defende *“a estrutura complexa do tipo permissivo, com elementos subjetivos que integram um aspecto subjetivo paralelo ao objetivo*”.⁵⁰

Apesar dos elementos subjetivos dos tipos permissivos serem bem aceitos na doutrina mais moderna, a maioria da doutrina brasileira adota o posicionamento que o tipo permissivo tem caráter puramente objetivo.⁵¹

Para Zaffaroni e Pierangeli deve haver congruência entre os elementos objetivos e os elementos subjetivos do tipo permissivo, ou seja, quem age em legítima defesa tem que saber que está se defendendo e tem que querer se defender, o elemento cognitivo e o elemento volitivo têm que estar presentes, assim como no tipo proibitivo e, somente será justificada a conduta que tiver

⁴⁸ TOLEDO, F. A. Obra citada, cit., p.172.

⁴⁹ PIERANGELI. J. H.; ZAFFARONI. E. R. Obra citada, cit., p. 573.

⁵⁰ PIERANGELI. J. H.; ZAFFARONI. E. R. *Idem*, cit., p. 573.

⁵¹ PIERANGELI. J. H.; ZAFFARONI. E. R. *Idem*, p. 573 e 574.

preenchido os elementos subjetivos e os elementos objetivos do tipo permissivo, caso falte algum dos elementos a conduta não será justificada.⁵²

Juarez Cirino dos Santos adota o mesmo posicionamento “As ações justificadas são constituídas de elementos subjetivos e objetivos como qualquer outra ação típica: se a unidade subjetiva e objetiva da ação determina a estrutura subjetiva e objetiva da ação típica, então a ação típica justificada contém, necessariamente, elementos subjetivos e objetivos”.⁵³

⁵² PIERANGELI. J. H.; ZAFFARONI. E. R. Obra citada, p. 575.

⁵³ SANTOS, J. C. Obra citada, cit., p. 223.

4 Legítima defesa

A legítima defesa é a segunda excludente da antijuridicidade prevista no Código Penal, art. 23, II, e é regulada por ele no seu art. 25, que diz que *“Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”*.

Existem teorias que consideram a legítima defesa uma causa de excludente da culpabilidade, são as chamadas teorias subjetivas, *“procuram fundamentá-la na perturbação de ânimo do agredido ou nos motivos determinantes do agente”*,⁵⁴ e existem teorias que consideram a legítima defesa uma causa de excludente da antijuridicidade, são as chamadas teorias objetivas, Bettiol defende este posicionamento com o seguinte discurso: *“constitui uma circunstância de justificação, por não atuar contra ius quem reage para tutelar direito próprio ou alheio, ao qual o Estado não pode de nenhuma maneira, dadas as circunstâncias do caso concreto, oferecer a mínima proteção”*.⁵⁵

“É indiscutível que mais acertadas são as teorias objetivas”,⁵⁶ e sendo assim, o fundamento da legítima defesa é que o Direito não recua diante de uma situação injusta, por exemplo, no caso de um sujeito ir com uma faca na direção de outro na tentativa de matá-lo, o indivíduo que está prestes a ser agredido não é obrigado a fugir, poderia fugir, mas não é obrigado, pois a conduta do agressor é injusta. Se o Direito obrigasse a vítima a fugir, fortaleceria a conduta do agressor. Em todos os casos de legítima defesa há um conflito entre o justo e o injusto, isto é fundamental, e neste conflito o Direito defenderá o justo, de modo que, no exemplo dado, a vítima não é obrigada a fugir.⁵⁷

“A legítima defesa apresenta um duplo fundamento: de um lado, a necessidade de defender bens jurídicos perante uma agressão; de outro lado,

⁵⁴ BITENCOURT, C. R. Obra citada, cit., p. 263.

⁵⁵ Apud BITENCOURT, C. R. *Idem*, cit., p. 263.

⁵⁶ MIRABETE, J. F. Obra citada, cit., p. 182.

⁵⁷ TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 192.

*defender o próprio ordenamento jurídico, que se vê afetado ante uma agressão ilegítima”.*⁵⁸

Neste sentido ensina Juarez Cirino dos Santos:

*“A legítima defesa constitui direito de proteção individual enraizado na consciência jurídica do povo, explicada por dois princípios fundamentais: o princípio da proteção individual de bens ou interesses e o princípio social da afirmação do direito em defesa da ordem jurídica. O princípio da proteção individual justifica ações típicas necessárias para defesa de bens jurídicos individuais contra agressões antijurídicas, atuais ou iminentes. O princípio da afirmação do direito justifica defesas necessárias para prevenir ou repelir o injusto e preservar a ordem jurídica, independente da existência de meios alternativos de proteção, porque o direito não precisa ceder ao injusto, nem o agredido precisa fugir do agressor – excetuados casos de agressões não-dolosas, de lesões insignificantes, ou de ações incapazes, próprias da legítima defesa com limitações ético-sociais.”*⁵⁹

A partir da leitura do art. 25 do Código Penal verifica-se que para excluir a antijuridicidade da conduta por legítima defesa alguns requisitos devem ser preenchidos.⁶⁰

O primeiro requisito é que a agressão deve ser injusta, atual ou iminente, a legítima defesa é sempre uma repulsa a uma agressão, ou seja, quem se defende não toma a iniciativa, sempre quem se defende está repelindo uma agressão, não pode se valer da legítima defesa um indivíduo que tomou a iniciativa da agressão, portanto não se admite legítima defesa contra uma legítima defesa, e nem legítima defesa contra as demais eximentes, pois toda vez que alguém age amparado por uma excludente, age de forma lícita, tratando-se, então, de um ato justo.⁶¹ *“Define-se a agressão como a conduta humana que lesa ou põe em perigo um bem ou interesse juridicamente tutelado. É irrelevante que a agressão não constitua um ilícito penal. A agressão, porém, não pode confundir-se com provocação do agente, devendo-se considerar a sua intensidade para valorá-la*

⁵⁸ BITENCOURT, C. R. Obra citada, cit., p. 263 cf. PENÃ, Diego-Manuel Luzón. **Aspectos esenciales de la legítima defensa**, Barcelona, Bosch, 1978, p. 58 e 79.

⁵⁹ SANTOS, J. C. Obra citada, cit., p. 227.

⁶⁰ TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 193.

⁶¹ TOLEDO, F. A. *Idem*, p. 193 e 194.

adequadamente”.⁶² Juarez Cirino Dos Santos acrescenta ainda que *“o conceito de agressão abrange a omissão de ação, porque não há exigência conceitual de um fazer ativo”*⁶³ e, *“abrange igualmente, a imprudência, porque o conceito de agressão não é restrito à violência dolosa.”*⁶⁴

Também não se trata de qualquer agressão, a agressão também exige determinados requisitos para autorizar a legítima defesa.

A agressão deve ser, em primeiro lugar, injusta. A expressão ‘injusta’ contida no Código Penal não deve ser entendida no sentido de ‘injusto jurídico penal’, não pode ser empregada nesse sentido técnico, ou seja, não significa que a agressão deve ser típica e antijurídica, porque a palavra ‘injusta’ no Código Penal é sinônima de ‘ilícita’.⁶⁵

Sendo assim, cabe legítima defesa em face de ilícito civil, pois para agir em legítima defesa não é necessário que a agressão seja típica, pode ser um ilícito administrativo, um ilícito tributário, um ilícito comercial, enfim, uma conduta ilícita em qualquer campo do Direito admite legítima defesa, por exemplo, o Código Civil, art. 1.210, § 1.º, prevê que *“O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”*, não se trata de ilícito penal, mas sim de ilícito civil, e o sujeito pode agir em legítima defesa, pois a legislação civil permite a imediata reação por parte do possuidor.⁶⁶

“A injustiça da agressão deve ser considerada objetivamente, sem relacioná-la com o seu autor, uma vez que o inimputável também pode praticar condutas ilícitas, ainda que seja inculpável”.⁶⁷

“Questão suscitada na doutrina e na jurisprudência é a de se saber se afasta a legítima defesa a provocação do sujeito que alega a legítima defesa”.⁶⁸ Existe uma corrente doutrinária que entende que a existência da provocação, seja

⁶² BITENCOURT. C. R. Obra citada, cit., p. 264.

⁶³ SANTOS, J. C. Obra citada, cit., p. 228.

⁶⁴ SANTOS, J. C. *Idem*, cit., p. 228.

⁶⁵ TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 195 e 196.

⁶⁶ TOLEDO, F. A. *Idem*, p. 195 e 196.

⁶⁷ BITENCOURT. C. R. *Idem*, cit., p. 264.

⁶⁸ MIRABETE, J. F. Obra citada, cit., p. 187.

de que natureza for, sempre impedirá que o agente provocador alegue a legítima defesa. Em sentido contrário, existe outra corrente que afirma que no caso de haver um agente provocador, deverá ser feita uma análise em torno da provocação, para verificar se caracteriza uma agressão injusta ou não, pois se for constatado que a provocação foi uma agressão injusta, o sujeito que provocou não poderá valer-se da legítima defesa caso seja agredido pelo provocado, porque só há legítima defesa em favor de quem repele uma agressão injusta, e a reação de um sujeito provocado injustamente é uma conduta justa, porém, se for constatado que a provocação não foi uma agressão injusta, poderá o agente provocador agir em legítima defesa caso seja agredido pelo provocado, já que a conduta do provocado, ao reagir a uma conduta justa, tratar-se-ia de uma agressão injusta.⁶⁹ Entre os que aceitam a possibilidade do agente provocador se valer do instituto da legítima defesa também há divergência, parte deles defendem que o agente provocador poderá reagir em legítima defesa, mesmo que sua provocação seja injusta, quando houver excesso na reação do provocado, contudo, para outros, isto não é possível, pois entendem que sempre que se tratar de uma agressão injusta não caberá legítima defesa por parte do agente provocador.⁷⁰

*“Não se reconhecerá a justificativa, entretanto, quando a provocação visava justamente desencadear a agressão do provocado para revidar esta; trata-se, na hipótese, de provocação como mero pretexto para uma agressão ilícita”.*⁷¹

Para Juarez Cirino dos Santos **“Injusta ou antijurídica é a agressão imotivada ou não provocada pelo agredido e, nesse sentido, marcada por desvalor de ação e de resultado, o que exclui ações justificadas (não há legítima defesa contra legítima defesa, estado de necessidade ou outras justificações) e ações conformes ao cuidado objetivo exigido.”**⁷²

Em segundo lugar, a agressão deve ser ainda atual ou iminente, uma agressão atual é aquela que está acontecendo e, a iminente é a que está para acontecer, sendo assim, nos casos de lesão passada ou futura não será admitida

⁶⁹ MIRABETE, J. F. Obra citada, p. 187.

⁷⁰ TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 197 e 198.

⁷¹ MIRABETE, J. F. *Idem*, cit., p. 187.

⁷² SANTOS, J. C. Obra citada, cit., p. 228 e 229.

a legítima defesa, por exemplo, A fala para B que da próxima vez que o encontrar irá matá-lo, no momento em que B vê A já saca uma arma e atira nele, a conduta de B não é hipótese de legítima defesa, pois a ameaça é uma lesão futura. Também não é caso de legítima defesa quando A fere B, e este, vai para casa, procura sua arma, volta ao local para procurar A e quando o encontra atira nele, pois a ação é dirigida à lesão passada. No entanto, se B estivesse na rua e visse A armado, vindo na direção dele, B poderia atirar em legítima defesa, pois a lesão seria iminente.⁷³

Ação ‘iminente’ ou ação que está prestes a acontecer não significa segundos antes de acontecer a ação, este aspecto não é visto de maneira cronológica. Trata-se daquela ação em que o agressor demonstra a vontade de agredir e dispõe de meios para realizar esta vontade, por exemplo, um sujeito, durante um seqüestro, está há cinco horas com uma arma apontada para sua cabeça, se ele reagir em qualquer momento dentro destas cinco horas, agirá em legítima defesa.⁷⁴

O segundo requisito é que a reação pode defender direitos próprios ou de terceiros, sendo que *“direito próprio ou de outrem são os bens jurídicos, as necessidades ou interesses individuais ou sociais que recebem proteção do Direito”*⁷⁵. Entende-se então que pode-se agir em legítima defesa para defender bens jurídicos próprios ou a fim de defender bens jurídicos de terceiros.

“Impõem-se, entretanto, algumas limitações à defesa de direito alheio (o denominado ‘auxílio necessário’ da doutrina alemã), resultantes da natureza do direito defendido. Assim, quando se trate de direitos disponíveis e de agente capaz, a defesa por terceiro não pode fazer-se sem a concordância do titular desses direitos, obviamente”.⁷⁶

É possível a legítima defesa de direito alheio no seguinte exemplo, A vê que B está mirando uma arma para C, A tem uma arma e dispara contra B em defesa de C, neste caso A não tem o dever de defender C, o faz se quiser. No

⁷³ PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R. Obra citada, p. 581 e 582.

⁷⁴ PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R. *Idem*, p. 581 e 582.

⁷⁵ SANTOS, J. C. Obra citada, cit., p. 230.

⁷⁶ TOLEDO, F. A. Obra citada, cit., p. 200.

entanto, as pessoas que possuem o dever de evitar o resultado não podem omitir-se, caso contrário, responderão por esta omissão, por exemplo, a mãe que deixa de alimentar o filho, o salva-vidas que deixa o banhista morrer afogado, ou o sujeito que atropela um pedestre e foge sem prestar socorro.

Neste sentido Juarez Cirino dos Santos que diz que *“A legítima defesa de outrem, também definida como ajuda necessária, depende da vontade de defesa do agredido: só é possível legítima defesa de outrem, se existe vontade de defesa do agredido.”*⁷⁷

O terceiro requisito da legítima defesa é a necessidade do uso do meio e seu emprego moderado, a legítima defesa só é válida quando o sujeito que se defende fizer uso dos meios necessários para tal, e, o meio a ser utilizado para repelir a agressão deve ser o menos lesivo possível, pois se não houver necessidade da utilização do meio, caracteriza-se o excesso.⁷⁸

Meio necessário significa o suficiente para repelir a agressão, a análise de qual o meio será o suficiente nunca é ‘pós-fato’, mas sempre ‘pré-fato’.⁷⁹

Moderação no uso dos meios *“diz respeito com a intensidade dada pelo agente no emprego dos meios de defesa”*.⁸⁰

“No entanto, não se exige uma adequação perfeita, milimetrada, entre ataque e defesa, para se estabelecer a necessidade dos meios e a moderação no seu uso. Reconhece-se a dificuldade valorativa de quem se encontra emocionalmente envolvido em um conflito no qual é vítima de ataque injusto. A reação ex improviso não se compatibiliza com uma detida e criteriosa valoração dos meios necessários à repulsa imediata e eficaz”.⁸¹

Juarez Cirino dos Santos acrescenta ainda que

“Erros inevitáveis sobre a necessidade ou a moderação dos meios de defesa não afetam esse juízo objetivo anterior e, segundo difundida orientação político-criminal, devem ser interpretados contra o agressor real: existe legítima defesa real – e não meramente putativa – no disparo da vítima contra seqüestrador que empunha arma descarregada,

⁷⁷ SANTOS, J. C. Obra citada, cit., p. 237.

⁷⁸ BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 266.

⁷⁹ TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 201.

⁸⁰ TOLEDO, F. *Idem*, cit., p. 204.

⁸¹ BITENCOURT, C. R. *Idem*, cit., p. 266.

*porque o juízo objetivo ex ante de um observador prudente representaria a arma carregada.*⁸²

Não se pode confundir necessidade do uso do meio com necessidade da legítima defesa, às vezes o meio é o necessário, mas a defesa não é necessária. Só é possível avaliar se o meio é necessário se antes se verificar que a defesa é necessária, pois se a legítima defesa não é necessária, sequer há que se analisar se o meio é ou não necessário, por exemplo, um paraplégico está sentado em uma cadeira vigiando um pomar, ao seu lado tem um balaio cheio de frutas e uma arma, um sujeito passa correndo e leva o balaio de frutas, neste caso o paraplégico não está autorizado a atirar no sujeito para defender-se, pois não há a necessidade de defesa, se houvesse, o meio seria o necessário, mas não há tal necessidade.⁸³

De acordo com Nelson Hungria, que escreveu sobre a legislação penal na década de 50, o paraplégico poderia utilizar a arma e matar para defender-se, isto baseado no fato de que o Direito não recua diante do injusto, portanto sendo a conduta do sujeito injusta, conforme este entendimento, se aceita que o paraplégico atire nele e até mesmo o mate, já que era a única forma de cessar a agressão.⁸⁴

Segundo o entendimento de Nelson Hungria, o princípio da proporcionalidade não é utilizado na legítima defesa, por isso a reação pode ir até a morte do agressor, por exemplo, se for o meio necessário pode-se defender o patrimônio matando quem tenta furtá-lo, pois na legítima defesa não se opta pelo bem jurídico mais relevante, como ocorre no estado de necessidade, na legítima defesa opta-se pelo justo. Pois, diferentemente do estado de necessidade, em que há o conflito entre o justo e o justo, na legítima defesa o conflito é entre o justo e o injusto, por exemplo, A vê B tentando furtar seu carro, então A dispara um tiro e mata B, neste caso A agiu em legítima defesa, mesmo que bem jurídico 'vida' seja mais relevante que o bem jurídico 'propriedade', pois a lesão ao bem jurídico 'vida'

⁸² SANTOS, J. C. Obra citada, cit., p. 232.

⁸³ TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 201 e 202.

⁸⁴ Apud TOLEDO, F. A. *Idem*, p. 202.

é justa e a lesão ao bem jurídico 'propriedade' é injusta. No entanto, se A, ao disparar contra B, errasse o alvo, e isto fosse o suficiente para fazer com que B saísse correndo, cessando, assim, a agressão, não seria permitido à A continuar atirando, caso isto ocorresse não seria mais em legítima defesa, pois A estaria cometendo excesso.⁸⁵

Porém, a doutrina moderna não aceita este posicionamento, pois adota o princípio da insignificância da conduta, de modo que determinados atos, por serem insignificantes, não autorizam a legítima defesa, ou seja, no caso dado, o paraplégico seria obrigado a se conformar com o furto, pois a agressão era insignificante perto da reação que seria necessária para cessá-la.⁸⁶

Portanto, em regra, o princípio da proporcionalidade não é utilizado na legítima defesa por causa do próprio fundamento desta causa de justificação, mas, excepcionalmente quando houver uma diferença muito grande entre a agressão e a reação, ou seja, quando não puder ser considerada suficientemente forte a agressão para se permitir determinada reação, poderá o referido princípio ser adotado na legítima defesa.

O quarto e último requisito da legítima defesa é o elemento subjetivo, ou seja, quem age em legítima defesa tem que saber que está agindo em legítima defesa, por exemplo, A quer matar B para vingar a morte de seu pai, certo dia avista B e dispara um tiro contra ele, matando-o, instantes depois A descobre que B estava estuprando uma mulher, neste caso não está presente o elemento subjetivo, pois A não sabia que estava agindo em legítima defesa de terceiro, portanto, a antijuridicidade da conduta de A não será excluída por legítima defesa.⁸⁷

Juarez Cirino dos Santos entende que

"A ausência do elemento subjetivo significa dolo não justificado de realização do injusto e reduz a legítima defesa à existência objetiva da situação justificante (a mulher pensa atirar no marido de retorno da orgia noturna, mas atinge o ladrão armado tentando entrar em casa), com os seguintes desdobramentos: a) a ação típica dolosa não-justificada

⁸⁵ Apud TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 202 e 203.

⁸⁶ TOLEDO, F. A. *Idem*, p. 203 e 204.

⁸⁷ TOLEDO, F. A. *Idem*, p. 205.

*representa desvalor de ação atribuível à mulher, mas a existência da situação justificante elimina o desvalor do resultado e, porque o desvalor de ação não pode se converter em desvalor de resultado, a hipótese é definível como **tentativa inidônea** (na legislação alemã, punível); b) o desvalor de ação do comportamento típico doloso injustificado da mulher não permite ação justificada do agressor, porque o comportamento do agressor constitui a situação justificante que exclui o desvalor do resultado na ação daquela”⁸⁸*

No que tange o instituto da legítima defesa existe a legítima defesa preordenada, são as chamadas offendículas, *“de regra, constituem-se de dispositivos ou instrumentos objetivando impedir ou dificultar a ofensa ao bem jurídico protegido, seja patrimônio, domicílio ou qualquer outro bem jurídico”*.⁸⁹

“Há, no entanto, autores que distinguem os offendículos da defesa mecânica predisposta”,⁹⁰ sendo que os offendículos seriam uma forma de defesa visível, como por exemplo, o caco de vidro no muro, cão bravo, cerca elétrica com placa indicativa, e a defesa mecânica predisposta seria uma forma de defesa oculta, como por exemplo, um lança chamas que é instalado num veículo e que somente é acionado quando o sujeito chega perto, uma arma cujo gatilho está voltado para a porta de entrada de uma casa e que é acionado no caso de abrir-se a porta.

Existe uma divergência doutrinária quanto à natureza das offendículas, para Aníbal Bruno se trata de um exercício regular de direito,⁹¹ Assis Toledo as considera legítima defesa⁹² e, no entendimento de Bitencourt a instalação das offendículas é um exercício regular de direito, mas quando atuam são forma de legítima defesa preordenada.⁹³

“Os riscos que as offendículas apresentam correm por conta de quem as utiliza. Se atingem um ladrão, na ocasião do furto ou do roubo, ocorre em princípio legítima defesa; se apanham, contudo, uma criança ou um inocente, há pelo menos crime culposos”.⁹⁴

Neste mesmo sentido preconiza Cezar Roberto Bitencourt:

⁸⁸ SANTOS, J. C. Obra citada, cit., p. 237.

⁸⁹ BITENCOURT. C. R. Obra citada, cit., p. 272.

⁹⁰ BITENCOURT. C. R. *Idem*, cit., p. 272.

⁹¹ Apud BITENCOURT. C. R. *Idem*, p. 272.

⁹² TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 206.

⁹³ BITENCOURT. C. R. *Idem*, p. 272 e 273.

⁹⁴ TOLEDO, F. A. *Idem*, cit., p. 206 e 207.

*“Exige-se redobrada cautela no uso das chamadas offendículas, pois o risco da sua utilização inadequada corre por conta de quem as utiliza. A necessidade da moderação dos efeitos que tais obstáculos podem produzir ganha relevância quando se os situa dentro do instituto da legítima defesa, com a exigência da presença de todos os seus requisitos”.*⁹⁵

4.1 Legítima defesa putativa

*“As causas de justificação, também chamadas de causas de exclusão da ilicitude ou da antijuridicidade, ou de discriminantes (legítima defesa, estado de necessidade etc.) podem ser reais ou putativas: são reais (e excluem a ilicitude do fato) quando concretamente ocorrem os seus requisitos legais; são putativas (e podem excluir a culpabilidade) quando o agente, por erro, supõe ou imagina que se acham presentes os requisitos de uma delas quando, na verdade, encontram-se ausentes”.*⁹⁶

Encontra-se na doutrina três modalidades de erro que incidem nas discriminantes putativas. Na primeira, o erro é em relação aos limites das causas de justificação, na segunda, o erro é em relação à existência da causa de justificação e, na terceira, o erro é em relação à situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.⁹⁷

No que diz respeito às duas primeiras modalidades de erro, o entendimento doutrinário é de que ambas são chamadas de erro de permissão e integram o erro de proibição indireto.⁹⁸ As duas hipóteses são reguladas pelo art. 21 do Código Penal, que prevê que: *“O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”*. A divergência doutrinária é em relação à terceira modalidade de erro, o chamado erro de tipo permissivo, e para tentar explicar sua natureza e suas características foram desenvolvidas várias teorias. Algumas teorias (teoria psicológica da culpabilidade, teoria dos elementos negativos do tipo, as teorias do dolo e teoria limitada da culpabilidade, sendo que, desta última, Francisco Assis Toledo é partidário)⁹⁹ afirmam que o erro de tipo permissivo afeta o dolo,

⁹⁵ BITENCOURT, C. R. Obra citada, cit., p. 273.

⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, cit., p. 28.

⁹⁷ GOMES, L. F. *Idem*, p. 209.

⁹⁸ GOMES, L. F. *Idem*, p. 31 e 32.

⁹⁹ TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 274.

excluindo-o. Porém, existem teorias que não compartilham deste entendimento, como a teoria estrita ou extremada da culpabilidade, da qual são filiados Mirabete, Zaffaroni e Pierangeli,¹⁰⁰ que sustentam que o erro nas discriminantes putativas fáticas, assim como as demais discriminantes putativas, trata-se de um erro de proibição indireto e, portanto exclui a culpabilidade, ou como a teoria da culpabilidade que remete à consequência jurídica, que entende que o erro de tipo permissivo é um erro *sui generis* que exclui a culpabilidade dolosa, são adeptos desta teoria Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Flávio Gomes.¹⁰¹

O erro de tipo permissivo é regulado pelo art. 20, § 1º, do Código Penal, que diz que: *“É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”*.

Na leitura deste preceito, nota-se que o Código Penal trata o erro de tipo de permissão evitável como culposo, entretanto, isto não significa que a natureza da conduta seja dolosa e, neste sentido, entendem alguns autores.

Cezar Roberto Bitencourt assinala que

“O erro de tipo permissivo, evitável, impede a configuração da culpabilidade dolosa. Quem sabe que mata, por exemplo, porém crê, erroneamente, que pode fazê-lo mata dolosamente e não simplesmente por culpa. Circunstâncias especialíssimas, no entanto, imaginadas pelo agente, reduzem a censurabilidade da sua conduta, porque a fidelidade subjetiva ao Direito fundamenta sempre uma menor reprovação de culpabilidade do que a desobediência consciente da lei. E, entre a impossibilidade de isentá-lo de pena e a injustiça da grave censura dolosa, opta-se por uma censura mais branda, no caso, por uma culpabilidade culposa, embora o delito praticado permaneça doloso”.¹⁰²

Pierangeli e Zaffaroni, ao comentarem o assunto, afirmam que

“A doutrina alemã, que defende a sanção do erro vencível de proibição como culposo, nos casos das chamadas justificativas putativas, tem reconhecido a natureza dolosa de tais condutas, e opta por sustentar a punição a título de culpa (ou melhor, com pena do delito culposos), mas somente por razões de política criminal. Esta também parece ser a

¹⁰⁰ MIRABETE, J. F. Obra citada, p. 204 e 205. PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R. Obra citada, p. 618.

¹⁰¹ BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 348. GOMES, L. F. Obra citada, p. 32, 181-184.

¹⁰² BITENCOURT, C. R. *Idem*, cit., p. 324.

*explicação que melhor se ajusta à lei brasileira, porque, pelo menos, não se altera o caráter do dolo e nem introduz contradições inaceitáveis na doutrina".*¹⁰³

¹⁰³ PIERANGELI. J. H.; ZAFFARONI. E. R. Obra citada, cit., p. 642.

5 Excesso

5.1 Conceito e considerações gerais

O Michaelis, dicionário da língua portuguesa define que o vocábulo 'excesso' significa uma diferença para mais, algo excedente, uma sobra, exprime um grau elevado, um exagero, ou ainda, traduz uma falta de moderação, um abuso, um desregramento.¹⁰⁴

*“De Plácido e Silva, por sua vez, define o excesso como o indicativo de toda ação ou de atos que ultrapassam os limites ou a medida que lhes são determinados ou preestabelecidos. O excesso, significando o além do limite determinado, indica aquilo que não é permitido, aprovado ou reconhecido como correto. Em direito, doutrinariamente, cogita-se do vocábulo excesso para se referir à violação dos limites impostos pela lei para o exercício de um direito”.*¹⁰⁵

Exceder-se é ultrapassar de um limite entre o permitido e o proibido, passar do permitido para o proibido. Sempre se inicia agindo de forma permitida, em conformidade com os tipos permissivos e, na sequência se ingressa em zona proibida, ao exceder-se na conduta.¹⁰⁶

Para Fernando Capez *“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 causadas ao bem jurídico”.*¹⁰⁷

Para Magalhães Noronha *“excesso significa a diferença a mais entre duas quantidades. Há, em tese, excesso nos casos de exclusão de ilicitude quando o*

¹⁰⁴ **MICHAELIS: pequeno dicionário da língua portuguesa.** São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998, p. 523.

¹⁰⁵ Apud GUERRERO, Hermes Vilchez. **Do excesso em legítima defesa.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997, cit., p. 53.

¹⁰⁶ PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R. Obra citada, p. 595.

¹⁰⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte geral.** 3. ed. revista e ampliada. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, cit., p. 261.

agente, ao início sob o abrigo da excludente, em seqüência vai além do necessário".¹⁰⁸

Pode-se afirmar, então, que todo excesso tem um pressuposto e uma consequência, o pressuposto é a preexistência de uma causa de justificação, ou seja, que a atuação inicial seja permitida, e a consequência é uma ofensa desnecessária a um bem jurídico ao ultrapassar os limites da causa de justificação.¹⁰⁹ Sendo assim, pode-se concluir que, no Direito Penal, o excesso não é um instituto autônomo, pois sempre dependerá da ocorrência de uma causa de justificação.¹¹⁰

Hermes Vilchez Guerrero fala em três elementos estruturais do excesso, dois elementos objetivos e um elemento subjetivo. O primeiro elemento estrutural objetivo é a preexistência de uma causa de justificação, o segundo é que o agente ultrapasse os limites da causa de justificação, e, por fim, o elemento estrutural subjetivo é que a conduta do agente seja dolosa ou culposa.¹¹¹

Sendo que, sobre este último o referido autor afirma que

"O terceiro dado estrutural tem caráter subjetivo, pois diz respeito ao estado psíquico do agente, quando este ultrapassar a fronteira do que lhe é permitido. Com efeito, o agente que se encontra inicialmente amparado por uma causa de justificação, e que ultrapassa os limites do lícitamente permitido, poderá fazê-lo dolosa ou culposamente. No primeiro caso, o agente age por vontade livre e consciente; ele sabe onde termina o amparo que lhe oferece a lei, mas não se contenta com isso, deseja o plus, e assim age movido por desejo autônomo. O móvel de sua conduta quase sempre é a ira, a vingança, o ódio; nesse caso se diz que o agente agiu dolosamente, ocorrendo o chamado excesso doloso. No segundo caso, pode ocorrer que o agente, ao se encontrar vestibularmente num estado de licitude penal, ultrapasse seus limites, não com a consciência e nem com a previsão, mas sim porque esse excesso é decorrente de um descuido... Aqui o agente não se apercebe de que se está excedendo; ao contrário, ele acredita que ainda persiste a agressão ou que essa ainda irá ocorrer. Note-se que esse equívoco poderia ter sido evitado, se o agente se houvesse com mais prudência".¹¹²

¹⁰⁸ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal. Introdução e parte geral**. 34. ed. atualizada por Adalberto José Q. J. de Camargo Aranha. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, *cit.*, p. 208.

¹⁰⁹ PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R. Obra citada, p. 595. GUERRERO, H. V. Obra citada, p. 81-84.

¹¹⁰ GUERRERO, H. V. *Idem*, p. 53.

¹¹¹ GUERRERO, H. V. *Idem*, p. 81-85.

¹¹² GUERRERO, H. V. *Idem*, *cit.*, p. 84 e 85.

Este instituto não é restrito ao Direito Penal, pois está previsto também em outros ramos do Direito, como por exemplo, no Direito Administrativo, no Direito Civil, no Direito Comercial, no Direito Eleitoral, etc.¹¹³

Na doutrina existe uma distinção entre um 'excesso extensivo' e 'um excesso intensivo'.

Pierangeli e Zaffaroni entendem que, o extensivo ocorre quando o agente inicia a conduta dentro dos limites de uma norma permissiva e continua agindo depois de ter cessado a situação que o permitia agir. E, o intensivo ocorre quando a conduta do agente não contém todos os requisitos necessários para que esteja atuando de forma justificada.¹¹⁴

Para eles, o excesso extensivo *"é o único conceito de excesso"*¹¹⁵ admissível, pois *"este conceito de 'excesso intensivo' não é propriamente um excesso, porque, quando não ocorrem os requisitos da eximente, em momento algum ela ocorreu, e, portanto não se pode 'exceder'"*. Logo, conforme este entendimento, ao comparar o conceito de excesso intensivo com o conceito de excesso verifica-se que àquele não configura propriamente um excesso, pois não tem seu pressuposto, que é iniciar a conduta de forma permitida, ou seja, dentro dos limites de uma causa de justificação.

Noutro sentido se posiciona, dentre outros autores, René Ariel Dotti, para ele *"Os limites a que se refere a lei são os limites da necessidade. O excesso que aqui se considera é apenas o chamado de intensivo, ou seja, o excesso que se refere à espécie dos meios empregados ou ao grau de sua utilização. O agente faz mais que o necessário para se defender. Em tema de legítima defesa, considera-se extensivo o excesso quando não existe ou já cessou a agressão"*.¹¹⁶

Assim também entende Juarez Cirino dos Santos: *"O excesso intensivo se caracteriza pela utilização de meio de defesa desnecessário"*¹¹⁷, e *"o excesso extensivo se caracteriza pela descoincidência temporal entre defesa e agressão"*.

¹¹³ GUERRERO, H. V. Obra citada, p. 53-55.

¹¹⁴ PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R. Obra citada, p. 596.

¹¹⁵ PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R. *Idem*, cit., p. 596.

¹¹⁶ Apud DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal. Parte geral**. 1. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 400.

¹¹⁷ SANTOS, J. C. Obra citada, cit., p. 331 e 332.

5.2 Histórico

Como já observado, o excesso não é um instituto autônomo, ele está vinculado às causas de justificação, portanto seu surgimento também está ligado ao surgimento destas, pois não haveria que se falar em excesso sem a existência das eximentes.¹¹⁸

Sendo assim, é necessário fazer uma análise do aparecimento da primeira causa de justificação, que foi a legítima defesa, as demais excludentes da antijuridicidade foram reconhecidas posteriormente.¹¹⁹

Nos tempos primitivos, apesar de não regulamentada, a legítima defesa já era adotada, claro que não nos moldes que o instituto tem hoje, pois o indivíduo podia reagir em legítima defesa de forma ilimitada, não precisava haver moderação no uso dos meios, tudo era permitido, logo não havia como o agente se exceder na conduta.¹²⁰

*“Para que surgisse a idéia da legítima defesa foi necessário que o Estado evoluísse e se organizasse até o ponto de monopolizar o ius puniendi em relação a todas as condutas proibidas penalmente; isto é, tanto os crimes que ofendiam interesses públicos como aqueles que atingiam valores particulares”.*¹²¹

A Igreja Católica muito influenciou na consolidação da legítima defesa e do excesso, visto que a própria Bíblia fazia alusão a estes institutos. O Direito Romano e o Direito Canônico admitiam a legítima defesa, desde que sua prática se enquadrasse dentro de certos limites, portanto, de certa forma, reconheciam o excesso.¹²²

No Brasil, muito contribuíram as Ordenações Filipinas com a regulamentação da legítima defesa e do excesso, visto que, esta era a legislação

¹¹⁸ GUERRERO, H. V. Obra citada, p. 61.

¹¹⁹ GUERRERO, H. V. *Idem*, p. 61.

¹²⁰ GUERRERO, H. V. *Idem*, p. 63.

¹²¹ GUERRERO, H. V. *Idem*, cit., p. 64.

¹²² GUERRERO, H. V. *Idem*, p. 65.

vigente no Brasil durante o período colonial e reconhecia os dois institutos no seu Livro Quinto, Título XXXV, que previa que:¹²³

*“Dos que Matão, ou ferem, ou tirão com Arcabuz, ou Besta.
Qualquer pessoa, que matar outra, ou mandar matar, morra por ello morte natural.
Porém se a morte fôr em sua necessaria defensão, não haverá pena alguma, salvo se nella excedeo a temperança, que devêrá, o poderá ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso”.*

A primeira legislação penal genuinamente brasileira foi o Código Criminal do Império, de 1830, vigente durante o período imperial,¹²⁴ e o referido texto legal *“no Capítulo II, art. 14, §§ 1º e 2º, ao tratar dos Crimes Justificáveis, exigia sempre falta absoluta de outro meio menos prejudicial”, e no § 5º, ao regular a resistência à execução de ordens ilegais, impunha que não houvesse excesso na utilização dos meios de que se vale o agente para impedi-la”.*¹²⁵

Após a Proclamação da República, a segunda legislação penal genuinamente brasileira, o Código Penal de 1890, passou a vigor no Brasil. O excesso foi tratado neste texto legal nos arts. 28 e 35, § 2º, os quais seguem:¹²⁶

“Art. 28. A ordem de commetter crime não isentará da pena aquelle que o praticar, salvo si fôr cumprida em virtude de obediencia legalmente devida a superior legitimo e não houver excesso nos actos ou na fórma da execução.

Art. 35. Reputar-se-á praticado em defesa propria ou de terceiro:

§ 2º O crime commettido em resistencia a ordens illegaes, não sendo excedidos os meios indispensaveis para impedir-lhes a execução”.

Em 1932 entrou em vigência no Brasil a Consolidação das Leis Penais, que *“manteve exatamente a mesma redação do Código de 1890”*¹²⁷ no que se referia ao excesso.

Pouco tempo depois, veio o Código Penal de 1940, que teve um papel relevante no desenvolvimento do excesso, pois foi *“o primeiro diploma com*

¹²³ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil – Evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 120. GUERRERO, H. V. *Idem*, p. 71.

¹²⁴ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil – Evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 65.

¹²⁵ GUERRERO, H. V. Obra citada, cit., p. 71.

¹²⁶ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil – Evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 74, 275 e 276.

¹²⁷ GUERRERO, H. V. *Idem*, cit., p. 75.

vigência a destinar um parágrafo para cuidar exclusivamente do instituto”,¹²⁸ entretanto, a previsão do excesso neste texto legal foi apenas na sua modalidade culposa, e somente em relação à legítima defesa. Segue a redação, que tratava do excesso, do referido texto legal:

*“Art. 21. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.
Parágrafo único. O agente que excede culposamente os limites da legítima defesa, responde pelo fato, se este é punível como crime culposo”.*

Pedro Vergara afirma que *“de fato, o Código de 1890 e a Consolidação PIRAGIBE nada estabeleciam sobre o excesso culposo”*,¹²⁹ esta modalidade passa a ser prevista com o Código de 1940.

Em 1963, o Anteprojeto Hungria traz inovações ao tratamento do excesso no se art. 28, a primeira inovação é que este não mais se limita à legítima defesa, também será punido o agente que se exceder nas demais hipóteses de exclusão de ilicitude. A segunda inovação é a previsão do excesso doloso, não ainda como é atualmente, pois apesar de prever para este caso a punição do crime na sua forma dolosa, permite que o juiz atenuie a pena. E, por fim, a terceira e última inovação feita em relação à este instituto foi a previsão do excesso não punível, que é o excesso que resulta de escusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo em face da situação.¹³⁰ Segue a redação:

“Art. 28. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo crime, se este é punível a título de culpa.

§ 1º Não é punível o excesso quando resulta de escusável medo, surpresa, ou perturbação de ânimo em face da situação.

§ 2º Ainda quando punível o fato por excesso doloso, o juiz pode atenuar a pena”.

¹²⁸ GUERRERO, H. V. Obra citada, cit., p. 75.

¹²⁹ VERGARA, Pedro. *Da legítima defesa subjetiva*. 5. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1996, cit., p. 281, nota de rodapé nº 1.

¹³⁰ GUERRERO, H. V. *Idem*, p. 76.

O Código Penal de 1969, que não entrou em vigor, não alterou o tratamento que o Anteprojeto Hungria dispensava ao excesso, somente deslocou-o do art. 28 para o art. 30.¹³¹

Neste mesmo ano entrou em vigor no Brasil o Código Penal Militar que vigora até hoje, e prevê, além do excesso culposo, o excesso doloso e o excesso escusável, sendo este último decorrente de surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação.¹³² Segue a referida redação:

“Excesso culposo

Art. 45. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa.

Excesso escusável

Parágrafo único. Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação.

Excesso doloso

Art. 46. O juiz pode atenuar a pena ainda quando punível o fato por excesso doloso”.

A reforma penal de 1984, ocasionada pela Lei nº. 7.209 de 1984, alterou dispositivos do Código Penal de 1940, e dentre estas modificações está o instituto do excesso, que passa a ser previsto, pelo parágrafo único do art. 23, na forma dolosa, além da culposa, sendo admissível em todas as causas de justificação.¹³³ Segue a redação do referido artigo:

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

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

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

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

Para Hermes Vilchez Guerrero é esta a redação que melhor trata o instituto do excesso dentre os textos legais com vigência no Brasil.¹³⁴

¹³¹ GUERRERO, H. V. Obra citada, p. 77.

¹³² GUERRERO, H. V. *Idem*, p. 77.

¹³³ GUERRERO, H. V. *Idem*, p. 78.

¹³⁴ GUERRERO, H. V. *Idem*, p. 78.

5.3 Tratamento jurídico estrangeiro

*“O instituto do excesso, no exterior, basicamente é tratado ou a título de culpa, como atenuante, como causa de isenção de pena, ou, ainda, simplesmente não se faz previsão expressa sobre ele, sendo regulado por normas gerais com aplicação em razão de construção doutrinária e jurisprudencial”.*¹³⁵

A legislação penal italiana prevê somente o excesso culposo.¹³⁶

A legislação penal espanhola não prevê o instituto do excesso, entretanto, a doutrina e a jurisprudência deste país tem reconhecido o excesso escusável decorrente de medo.¹³⁷

A legislação penal alemã prevê a não punição do excesso quando cometido por perturbação de ânimo, apreensão ou terror.¹³⁸

A legislação penal portuguesa prevê o excesso culposo, podendo a pena ser abrandada, e a não punição do excesso quando este resultar de perturbação de ânimo, medo ou susto não-censuráveis.¹³⁹

5.4 Tratamento jurídico no Brasil

Como já visto, o Código Penal brasileiro vigente trata do instituto do excesso no art. 23, parágrafo único, que prevê que em qualquer excludente da antijuridicidade responderá, o agente, pelo excesso doloso ou culposo, ou seja, no Brasil, *“em qualquer das causas de justificação, quando o agente, dolosa ou culposamente, exceder-se nos limites da norma permissiva, responderá pelo excesso”.*¹⁴⁰

Para Francisco Assis Toledo *“tal preceito significa que, em qualquer das causas de justificação previstas, se o agente exceder os limites da norma permissiva, por dolo ou culpa em sentido estrito, deverá responder por crime*

¹³⁵ GUERRERO, H. V. Obra citada, cit., p. 226.

¹³⁶ VENZON, Altayr. **Excessos na legítima defesa**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 50.

¹³⁷ GUERRERO, H. V. *Idem*, p. 230, nota de rodapé n. 101.

¹³⁸ VENZON, A. Obra citada, p. 49.

¹³⁹ VENZON, A. *Idem*, p. 50 e 51. GUERRERO, H. V. *Idem*, p. 236.

¹⁴⁰ BITENCOURT, C. R. Obra citada, cit., p. 252.

doloso ou por crime culposo (este obviamente se contemplada em lei a modalidade culposa)”.¹⁴¹

Segundo o ordenamento jurídico pátrio, a consequência jurídica do excesso é a punição pelo crime cometido pelo comportamento típico e, sendo assim, o caracteriza como norma penal incriminadora.¹⁴²

5.5 Excesso doloso

“Um dos temas mais polêmicos na doutrina, não só no Brasil mas também no exterior, principalmente na Itália, é determinar se o elemento subjetivo do agente que se excede é constituído de dolo ou de culpa”.¹⁴³

Existem três correntes doutrinárias em relação à natureza do excesso.

A primeira delas afirma que a natureza do excesso está no dolo, pois o agente que excede sempre o faz intencionalmente¹⁴⁴, assim entende Pedro Vergara, para ele *“o excesso de legítima defesa, como a própria justificativa, é um fato de intenção”*.¹⁴⁵

Neste sentido Zaffaroni e Pierangeli afirmam que *“É evidente que quem atua em legítima defesa quer o resultado, isto é, age dolosamente, o mesmo ocorrendo com aquele que atua em estado de necessidade. Se, uma vez cessada a agressão, ou a situação de necessidade, o sujeito prossegue atuando, o faz também querendo o resultado, e, portanto, prossegue atuando dolosamente”*.¹⁴⁶

A segunda corrente, contrária à primeira, defende que é na culpa que está a natureza excesso, pois o agente não quer contrariar a lei, assim o faz por um erro de cálculo culposo, a maioria dos doutrinadores, brasileiros e estrangeiros são adeptos deste posicionamento,¹⁴⁷ e dentre os seus seguidores encontra-se Carrara, para ele *“Não se acha, pois, absolutamente, em dolo, porque não*

¹⁴¹ TOLEDO, F. A. Obra citada, cit., p. 207.

¹⁴² GUERRERO, H. V. Obra citada, p. 85.

¹⁴³ GUERRERO, H. V. *Idem*, cit., p. 131.

¹⁴⁴ GUERRERO, H. V. *Idem*, p. 131.

¹⁴⁵ VERGARA, P. Obra citada, cit., p. 257.

¹⁴⁶ PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R. Obra citada, cit., p. 596.

¹⁴⁷ GUERRERO, H. V. *Idem*, p. 131 e 151.

conhece a contradição entre seu ato e a lei. Pode-se reprovar-lhe um erro de cálculo, uma precipitação, e assim, o que constitui culpa".¹⁴⁸

E, por fim, uma terceira corrente sintetiza as duas anteriores, uma vez que admite que a natureza do excesso está ora no dolo ora na culpa.¹⁴⁹

Neste sentido entende Eurico Trindade ao afirmar que *"Se o excesso é consciente, é voluntário, inspirado pelo ódio ou pela vingança, há crime doloso. Se o excesso é inconsciente, involuntário, resultante de um erro de cálculo, esse erro pode ser grosseiro, inescusável, e há o excesso culposo"*.¹⁵⁰

No mesmo sentido pensa Magalhães Noronha, segundo ele *"excesso poderá ser doloso, quando conscientemente o agente vai além do necessário à reação, ou culposos, quando, por imprevisão em relação à gravidade do ataque ou modo da repulsa, ultrapassa o necessário"*.¹⁵¹

Assim, também se posiciona Costa Júnior ao declarar que *"O excesso poderá ser de natureza dolosa, quando forem excedidos os limites da justificativa com vontade consciente, ou de natureza culposa, quando o excesso for devido a uma concepção errônea, mas inescusável"*.¹⁵²

Entretanto, para o estudo deste instituto na legislação brasileira, a referida discussão doutrinária não tem maior relevância, já que o próprio Código Penal, após a Reforma Penal de 1984, regulamenta o excesso nas duas modalidades, dolosa e culposa.¹⁵³ E mesmo antes da Reforma Penal de 1984, quando o Código Penal só previa o excesso na sua modalidade culposa, a doutrina e a jurisprudência já admitiam o excesso doloso.¹⁵⁴

A distinção entre excesso doloso e excesso culposos se faz em relação à ultrapassagem do limite entre o permitido e o proibido, e não quanto ao resultado, pois nos dois casos o agente age dolosamente, ou seja, quer o resultado.¹⁵⁵

¹⁴⁸ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de Direito Criminal. Parte geral**. 1. ed. v. 1. Campinas: LZN Editora, 2002, cit., p. 223.

¹⁴⁹ GUERRERO, H. V. Obra citada, p. 149.

¹⁵⁰ Apud GUERRERO, H. V. *Idem*, cit., p. 149.

¹⁵¹ Apud GUERRERO, H. V. *Idem*, cit., p. 150.

¹⁵² Apud GUERRERO, H. V. *Idem*, cit., p. 151.

¹⁵³ GUERRERO, H. V. *Idem*, p. 151.

¹⁵⁴ BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 252. TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 207.

¹⁵⁵ PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R. Obra citada, p. 596 e 597.

Portanto, no excesso culposo a culpa é imprópria, pois apesar do agente prever e querer o resultado sua conduta é tratada como culposa.¹⁵⁶

Neste sentido Cezar Roberto Bitencourt afirma que

*“Com efeito, a culpa imprópria, culpa por extensão ou assimilação decorre do erro de tipo evitável nas discriminantes putativas ou do excesso nas causas de justificação. Nessas circunstâncias, o agente quer o resultado em razão de a sua vontade encontrar-se viciada por um erro que, com mais cuidado, poderia ser evitado. Quando, no entanto, o erro for inevitável, não há que se falar em culpa, própria ou imprópria, na medida em que a inevitabilidade do erro exclui, por completo, a responsabilidade penal”.*¹⁵⁷

O excesso será doloso quando o agente tiver conhecimento de que está ultrapassando o limite do permitido e tiver a vontade de ultrapassar esse limite, o faz de maneira proposital.

Sua consequência jurídica é responder pelo crime na sua forma dolosa, podendo a pena ser atenuada pelo art. 65, III, ‘c’, do Código Penal, ou minorada pelo art. 121, §1º, quando se tratar de homicídio,¹⁵⁸ por exemplo, A flagra B tentando arrambar seu veículo em frente a sua casa, então, para impedir B, A dispara um tiro para cima, fazendo com que B saia correndo, mas ocorre que A resolve vingar-se de B e começa a atirar para matá-lo, sabendo que já não corria mais perigo, e acaba por matar B, neste caso A excedeu-se dolosamente na legítima defesa, pois sabia que já tinha cessado a agressão, mas mesmo assim quis exceder-se, será condenado por excesso doloso.

Para Assis Toledo o excesso *“será doloso quando o agente consciente e deliberadamente vale-se de uma situação vantajosa de defesa em que se encontra para, desnecessariamente, infligir ao agressor uma lesão mais grave do que a necessária e possível, impelido por motivos alheios à legítima defesa (ódio, vingança, perversidade e assim por diante)”*.¹⁵⁹

Para Cezar Roberto Bitencourt *“O excesso será doloso quando o agente, deliberadamente, aproveitando-se da situação excepcional que lhe permite agir,*

¹⁵⁶ BITENCOURT. C. R. Obra citada, p. 231.

¹⁵⁷ BITENCOURT. C. R. *Idem*, cit., p. 231 e 232.

¹⁵⁸ BITENCOURT. C. R. *Idem*, p. 252.

¹⁵⁹ TOLEDO, F. A. Obra citada, cit., p. 208.

*para impor sacrifício maior do que o estritamente necessário à salvaguarda do seu direito ameaçado ou lesado”.*¹⁶⁰

No que diz respeito ao excesso doloso Fernando Capez afirma que *“ocorre quando o agente, ao se defender de uma injusta agressão, emprega meio que sabe ser desnecessário ou, mesmo tendo consciência de sua desproporcionalidade, atua com imoderação”.*¹⁶¹

René Ariel Dotti entende que *“O excesso é doloso quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado contrário ao Direito, quer empregando meios desnecessários para remover a situação de perigo ou de conflito, quer usando-os imoderadamente”.*¹⁶²

5.6 Excesso culposo

O excesso será culposo quando o agente ultrapassa o limite do permitido por causa de um erro de cálculo, é uma situação em que ele ingressa em zona proibida involuntariamente.

Sua consequência jurídica é responder pelo crime na sua forma culposa, porém, só pode punir culposamente se estiver previsto na lei, *“a punição do excesso culposo somente se admitirá quando o excesso caracterizar crime culposo previsto em lei”*,¹⁶³ conforme o princípio da excepcionalidade, abarcado pelo Código Penal no art. 18, parágrafo único.¹⁶⁴

Para Cezar Roberto Bitencourt *“Será culposo o excesso quando for involuntário, podendo decorrer de erro de tipo escusável, ou mesmo de erro de proibição evitável (quanto aos limites da excludente)”*.¹⁶⁵

Para Assis Toledo *“Culposo é o excesso resultante da imprudente falta de contenção por parte do agente, quando isso lhe era possível nas circunstâncias,*

¹⁶⁰ BITENCOURT. C. R. Obra citada, cit., p. 252.

¹⁶¹ CAPEZ, F. Obra citada, cit., p. 261.

¹⁶² DOTTI, R. A. Obra citada, cit., p. 400.

¹⁶³ TOLEDO, F. A. Obra citada, cit., p. 209.

¹⁶⁴ BITENCOURT. C. R. *Idem*, p. 252.

¹⁶⁵ BITENCOURT. C. R. *Idem*, cit., p. 252.

*para evitar um resultado mais grave do que o necessário à defesa do bem agredido”.*¹⁶⁶

Sobre o excesso culposo Fernando Capez entende que

*“ocorre quando o agente, diante do temor, aturdimento ou emoção provocada pela agressão injusta, acaba por deixar a posição de defesa e partir para um verdadeiro ataque, após ter dominado o seu agressor. Não houve intensificação intencional, pois o sujeito imaginava-se ainda sofrendo o ataque, tendo seu excesso decorrido de uma equivocada apreciação da realidade”.*¹⁶⁷

René Ariel Dotti entende que *“O excesso é culposo quando o agente produz o resultado contrário ao Direito por imprudência, negligência ou imperícia. A desnecessidade dos meios ou o seu uso imoderado decorrem de uma falta de cuidado objetivo que o agente deveria adotar para manter-se na situação de legitimidade sem ultrapassar os seus limites”.*¹⁶⁸

5.7 Excesso escusável

5.7.1 Perturbação de ânimo

Esta forma de excesso ocorre quando o indivíduo por perturbação, medo ou susto, se excede ao reagir.

*“Ao tratar dessa forma de excesso, com razão Toledo assinala que ele é decorrente de certos estados emocionais ‘muito freqüentes nas situações de legítima defesa e estado de necessidade, quase sempre ligados, numa indissolúvel relação de causalidade, ao resultado desproporcionado entre a agressão, ou a situação de perigo, e a reação’”.*¹⁶⁹

Vergara afirma que *“não estamos diante de um homem que age dentro das lides normais de seu espírito, - mas diante de um ser, cuja inteligência e cujos sentidos estão completamente perturbados”.*¹⁷⁰

¹⁶⁶ TOLEDO, F. A. Obra citada, cit., p. 208.

¹⁶⁷ CAPEZ, F. Obra citada, cit., p. 262.

¹⁶⁸ DOTTI, R. A. Obra citada, cit., p. 400 e 401.

¹⁶⁹ Apud GUERRERO, H. V. Obra citada, cit., p. 159 e 160.

¹⁷⁰ VERGARA, P. Obra citada, cit., p. 269 e 270.

O excesso escusável por perturbação de ânimo teve tratamento expresso no Brasil, em 1963, no Anteprojeto Hungria, que trouxe no seu art. 28 que “*não é punível o excesso quando resulta de escusável medo, surpresa, ou perturbação de ânimo em face da situação*”, também o Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor, e o Código Penal Militar de 1969, que vigora até hoje, assim o fizeram, contudo, o atual Código Penal brasileiro não regulamentou esta modalidade de excesso.¹⁷¹

A respeito disto Assis Toledo entende que:

*“Nosso Código prevê a legítima defesa justificante (art. 25), a putativa exculpante (art. 20, § 1.º) e os excessos puníveis a título de dolo ou culpa stricto sensu (art. 23, parágrafo único). Silencia-se, contudo, o legislador pátrio, diferentemente do alemão, a respeito do excesso exculpante, o que, a nosso ver, não prejudica nem impede a sua admissibilidade e adequado tratamento, por aplicação do já mencionado princípio nullum crimen, nulla poena sine culpa”.*¹⁷²

Para Hermes Vilchez Guerrero

*“Não há como alegar, nos casos em que o excesso é fruto de alteração dos sentimentos, possa o agente não ser punido por estar amparado pela excludente da ilicitude. Ora, seu comportamento não é só típico, como também ilícito; entretanto, pode não ser reconhecido como culpável. Casos haverá em que sobre o comportamento do agente não incidirá a censura, que deve estar presente para que se apresente a culpabilidade e, conseqüentemente, a pena”.*¹⁷³

Sendo assim, apesar de não haver previsão deste instituto no atual Código Penal, é possível seu reconhecimento. Entretanto sua adoção deve ser de forma restrita, senão a maioria dos casos em que houvesse excesso não seria punida, “*pois quase sempre a exorbitância vem acompanhada de medo, surpresa e certa perturbação de ânimo (...)*”.¹⁷⁴

Juarez Cirino dos Santos, entre outros autores, entende que a conduta do agente é composta de elementos astênicos (medo, perturbação, susto, surpresa) e de elementos estênicos (ódio, excitação, ciúme, inveja), quando o excesso for cometido sob a influência daqueles, ou sob influência de ambos em igual medida,

¹⁷¹ GUERRERO, H. V. Obra citada, p. 76, 77 e 165.

¹⁷² TOLEDO, F. A. Obra citada, cit., p. 330.

¹⁷³ GUERRERO, H. V. *Idem*, cit., p. 166 e 167.

¹⁷⁴ GUERRERO, H. V. *Idem*, cit., p. 166.

não será censurável e, portanto excluirá a culpa, porém, quando o excesso for cometido sob influência destes, será censurável e, portanto, deverá ser punido.¹⁷⁵

Na doutrina moderna o entendimento predominante é que esta modalidade de excesso é uma causa de exclusão da culpabilidade.¹⁷⁶

*“No nosso país a jurisprudência vem aceitando, ainda que timidamente, a não-responsabilização penal quando o excesso deriva de perturbação de ânimo pelo ataque sofrido (...)”.*¹⁷⁷

5.7.2 Excesso fortuito

O excesso é fortuito quando desprovido de dolo e de culpa, o excesso deriva de um acontecimento imprevisível, *“Jiménez de Asúa entende que é tudo aquilo que não poderia ser previsto ou, mesmo que pudesse ou que houvesse sido previsto, seria impossível evitar”.*¹⁷⁸

Carrara entende que *“quando o homem que executou um ato de que decorreu a ofensa à lei não quis nem previu tal conseqüência, mas previu e quis apenas o antecedente, não mais se tem dolo quanto ao conseqüente. Se este, não previsto nem desejado, era previsível, tem-se a culpa; se não era sequer previsível pelo agente, tem-se o caso fortuito”.*¹⁷⁹

Para Guerrero *“o cerne fundamental para diferenciar a culpa e o caso fortuito está na previsão e na inevitabilidade. Observe-se que, se estiverem ambos presentes numa situação fática, terá havido culpa; do contrário, estaremos diante de um caso fortuito”.*¹⁸⁰

Visto que o caso fortuito se trata de um acontecimento imprevisível, não há como se falar em punição do excesso cometido nesta circunstância, ou seja, o

¹⁷⁵ SANTOS, J. C. Obra citada, cit., p. 332.

¹⁷⁶ GUERRERO, H. V. Obra citada, p. 171.

¹⁷⁷ GUERRERO, H. V. *Idem*, cit., p. 181.

¹⁷⁸ Apud GUERRERO, H. V. *Idem*, cit., p.186.

¹⁷⁹ CARRARA, F. Obra citada, cit., p. 94.

¹⁸⁰ GUERRERO, H. V. *Idem*, cit., p. 184.

excesso fortuito não é censurável porque diante da imprevisibilidade não se pode exigir outra conduta do agente.¹⁸¹

5.8 Excesso em legítima defesa

Na prática, o excesso mais comum é o excesso na legítima defesa, o agente inicia sua conduta dentro dos limites da legítima defesa, mas na continuidade dos atos se excede, continua a conduta após ter cessado a agressão.

Aníbal Bruno entende que *“Para que a repulsa se conserve dentro dos limites em que a defesa é legítima, há de se manter aquela moderação, aquela justa, embora relativa, proporcionalidade entre o ataque e a reação. Se o agredido ultrapassa tais limites, usando meio além do necessário ou empregando-o sem a moderação devida, pode cair no chamado excesso na defesa”*.¹⁸²

Para Pierangeli e Zaffaroni ocorre o excesso na legítima defesa *“quando, por exemplo, na legítima defesa, a ação desenvolvida em resposta à agressão se prolongue para depois de cessada essa agressão”*.¹⁸³

Heleno Cláudio Fragoso afirma que *“Os limites a que se refere a lei são os limites da necessidade. O excesso, precisamente por ser excesso, pressupõe a existência anterior da situação de legítima defesa. Trata-se de uma legítima defesa em que a pessoa injustamente agredida se defende demais”*.¹⁸⁴

Para Magalhães Noronha, ocorre excesso em legítima defesa quando, o agente, *“após a reação justa (meio e moderação) por imprevidência ou conscientemente continua desnecessariamente na ação”*.¹⁸⁵

¹⁸¹ GUERRERO, H. V. Obra citada, p. 187, 189 e 190.

¹⁸² BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte geral – tomo I**. 5. ed. Revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, cit., p. 240.

¹⁸³ PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R. Obra citada, cit., p. 595.

¹⁸⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. Parte geral**. 16. ed. atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 230.

¹⁸⁵ NORONHA, E. M. Obra citada, cit., p. 209.

5.9 Excesso em legítima defesa putativa

Prevalece na doutrina a posição de rejeitar a possibilidade da ocorrência de excesso em legítima defesa putativa, para os que assim entendem, é impossível ultrapassar limites que não existem, ou seja, se o agente nunca agiu dentro dos limites da legítima defesa, não há como se falar na ultrapassagem destes.¹⁸⁶

Entretanto, é importante observar que alguns autores criticam este posicionamento, pois entendem ser possível a ocorrência de excesso em legítima defesa putativa, já que tanto na legítima defesa real quanto na legítima defesa putativa o agente acredita que está agindo conforme o direito.¹⁸⁷

¹⁸⁶ SANTOS, J. C. *Obra citada*, cit., p. 334.

¹⁸⁷ SANTOS, J. C. *Idem*, cit., p. 334.

6 Conclusão

A partir da análise da teoria do excesso em legítima defesa pode-se chegar a algumas conclusões.

1. o excesso é o desnecessário, é o que vai além dos limites das excludentes da antijuridicidade;

2. o excesso não é um instituto autônomo, pois depende da ocorrência de uma das causas de justificação, ou seja, para que um indivíduo possa exceder-se, transpor a barreira entre o permitido e o proibido, precisa ter agido licitamente em algum momento;

3. a regulamentação expressa do instituto é recente, mas apesar disto, pode-se observar sua existência desde a Antigüidade;

4. o excesso, no Brasil, é punido a título de dolo e a título de culpa, logo é uma norma incriminadora, sendo que o agente que comete excesso doloso responde pelo crime cometido na sua forma dolosa e, o agente que comete excesso culposo responde pelo crime cometido na sua forma culposa, quando houver previsão;

5. a natureza do excesso está no dolo, pois tanto no excesso doloso quanto no excesso culposo o agente prevê e quer o resultado;

6. o Código Penal brasileiro não regulamentava o excesso escusável, seja por perturbação de ânimo ou por caso fortuito, entretanto, isto não deve ser um motivo para puni-lo, visto que, por não possuir dolo nem culpa, exclui a culpabilidade da conduta;

7. e, por fim, no que tange a punição do excesso, aponta-se uma crítica ao Direito Penal brasileiro, visto que não parece justo um indivíduo que premeditadamente comete um crime ter a mesma pena de um indivíduo que comete o excesso doloso, já que o dolo no excesso é em relação a ultrapassagem do limite, e não em relação ao resultado típico, como é o dolo no tipo. Note-se que esta crítica não tem, de maneira alguma, intenção de incentivar o excesso com a impunidade, o que se pretende é demonstrar que o legislador poderia estabelecer para o excesso doloso uma punição mais branda do que a

fixada para o crime doloso e, da mesma maneira, poderia estabelecer para o excesso culposo uma punição mais branda do que a prevista para o crime culposo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal. Parte geral.** 7. ed. revista e atualizada. 1. v. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte geral – tomo I.** 5. ed. Revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte geral.** 3. ed. revista e ampliada. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de Direito Criminal. Parte geral.** 1. ed. v. 1. Campinas: LZN Editora, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal. Parte geral.** 1. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. Parte geral.** 16. ed. atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição.** 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

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

LISTZ, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. 4. ed. Tomo II. Madrid: Editorial Reus, S.A., 1999.

MICHAELIS: pequeno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. Parte geral – arts. 1º a 120 CP**. 18. ed. revista e atualizada até 31 de dezembro de 2001. v. 1. São Paulo: Editora Atlas S. A. , 2002.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal. Introdução e parte geral**. 34. ed. atualizada por Adalberto José Q. J. de Camargo Aranha. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte geral, arts. 1º à 120**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil – Evolução histórica.**

2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal brasileiro. Parte geral.** 4. ed. revista, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral.** 21. ed. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal.** 5. ed. 9. tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

VENZON, Altayr. **Excessos na legítima defesa.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

VERGARA, Pedro. **Da legítima defesa subjetiva.** 5. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1996.

WELZEL, Hans. **Direito Penal.** Trad. Afonso Celso Rezende. 2. tiragem. Campinas: Editora Romana, 2004.