

FACULDADE DE JUSSARA - FAJ
MANOEL EVILÁSIO ANTUNES DE LIMA

EXCESSOS NO ÂMBITO DA LEGÍTIMA DEFESA

JUSSARA – GO

2015

MANOEL EVILÁSIO ANTUNES DE LIMA

EXCESSOS NO ÂMBITO DA LEGÍTIMA DEFESA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Esp. Aparecida Kenia Santos Andrade.

JUSSARA – GO

2015

RESUMO

O Código Penal considera a configuração do excesso razão suficiente para a responsabilização criminal do sujeito que o praticar na constância do exercício de uma causa justificante, conforme regra do artigo 23, parágrafo único do referido estatuto. Essa previsão legal advém sobretudo dos motivos de política criminal que entenderam ser necessário punir o agente que extrapolar os limites conformadores das excludentes de antijuridicidade, eis que não se pode beneficiar o agente com o afastamento da ilicitude do fato caso ele tenha invocado e exercido um desses institutos em desacordo com seus requisitos objetivos e o subjetivo. A doutrina majoritária, contudo, chama a atenção para o excesso verificado no campo da legítima defesa, pois além de corriqueiro, há a intersecção com inúmeros outros temas de cunho penal, o que pronuncia ser sua relação no mundo jurídico assinalada pela interdependência teórico-normativa, pois reclama a conexão de leis e ideias. Daí se concebe que o excesso pode acontecer de diferentes maneiras, as quais são didaticamente chamadas de “tipos/modalidades de excessos”. Os excessos originam-se da violação da lei por intermédio de uma conduta dolosa ou culposa, bem como pela intensidade ou prolongamento temporal da ação dirigida para repelir a injusta agressão, ou ainda frente a existência da ignorância em que o exame do caso passa a ser feito com base na teoria do erro. Assim, em vista do problema sugerido, esta pesquisa preocupa-se em analisa-lo detalhadamente e encontrar os resultados que estão em consonância com o ordenamento jurídico, recorrendo-se, para isso, às fontes bibliográficas de onde se extrai as concepções dos teóricos que servem para alicerçar as proposições desenvolvidas ao longo do texto.

Palavras-chave: Direito Penal. Excessos. Legítima defesa.

ABSTRACT

The Penal Code considers the configuration reason enough excess to the criminal liability of the subject that the practice in patience the exercise of a justifying cause, as a rule of Article 23, sole paragraph of that status. This legal provision comes mainly from the criminal policy reasons that believed it was necessary to punish the agent that extrapolate the conformers limits of exclusive of antijuridicidade, behold, it can not benefit the agent with the removal of the unlawfulness of the fact if it has invoked and exercised one of those institutes at odds with its objective requirements and subjective. The majority doctrine, however, draws attention to the overshooting in the field of self-defense, as well as everyday there is the intersection with numerous other criminal matters such what pronounced is their relationship in the legal world marked by theoretical and normative interdependence because it demands the connection of laws and ideas. There is conceived that excess can happen in different ways, which are didactically called "types / forms of excesses." The excesses arise from the violation of the law through a willful or negligent conduct as well as the intensity or temporal extension of the action directed to repel unjust aggression, or against the existence of ignorance in which the examination of the case becomes made based on the error theory. Thus, in view of the suggested problem, this research is concerned with analyzing it in detail and find the results that are in line with the legal system, resorting to this, the literature sources from which it draws the views of theorists They serve to underpin the proposals developed throughout the text.

Keywords: Tort law. Excesses. Self-defense.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Cf.	Confira ou confronte
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
v.g	<i>Verbi gratia</i> (= por exemplo)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. CRIME: CONCEITOS E CARACTERIZAÇÃO	12
1.1. Direito Penal: fundamento e princípio da intervenção mínima	12
1.2. Teoria (s) do crime	14
1.2.1. <i>Conceito formal de crime</i>	15
1.2.2. <i>Conceito material de crime</i>	16
1.2.3. <i>Conceito analítico de crime</i>	17
1.3. Composição do Crime	18
1.3.1. Fato típico	18
1.3.1.1. <i>Conduta (ação ou omissão/dolosa ou culposa)</i>	19
1.3.1.2. <i>Resultado</i>	22
1.3.1.3 <i>Nexo causal</i>	22
1.3.1.4. <i>Tipicidade</i>	24
1.3.2. Culpabilidade	24
1.3.2.1. <i>Imputabilidade</i>	25
1.3.2.2. <i>Potencial consciência da ilicitude</i>	26
1.3.2.3. <i>Exigibilidade de conduta diversa</i>	28
1.3.3. Ilicitude (antijuridicidade)	29
2. LEGÍTIMA DEFESA: TRECHOS HISTÓRICOS E EXCLUSÃO DE ILICITUDE	31
2.1. Alguns dados de origem e excesso	31
2.2. Fundamento e natureza	35
2.3. Causas de exclusão de ilicitude	37
2.3.1. <i>Estado de necessidade</i>	38
2.3.2. <i>Estrito cumprimento de dever legal</i>	40
2.3.3. <i>Exercício regular de direito</i>	40
2.3.4. <i>Legítima defesa</i>	41
2.3.4.1. <i>Outras questões relevantes sobre a legítima defesa</i>	43
3. EXCESSOS NA LEGÍTIMA DEFESA	46
3.1. Considerações iniciais sobre o excesso	46
3.2. Excesso doloso	48
3.3. Excesso culposo	50

3.4. Excesso intensivo.....	51
3.5. Excesso extensivo.....	51
3.6. Erro de tipo.....	52
3.6.1. <i>Excesso por erro de tipo (permissivo - legítima defesa)</i>	55
3.7. Erro de proibição.....	57
3.7.1. <i>Excesso por erro de proibição</i>	59
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

A profundidade com que as ciências costumam tratar seus assuntos de análise permitem ao pesquisador fazer a desconstrução teórica calcado em diferentes campos do discurso e perfilhar o encontro das possíveis respostas para as problematizações exaladas no curso do texto, levando em conta os aspectos que entender relevantes. Nos ramos do Direito a dissecação das informações geralmente ocorre dessa maneira. Uma das explicações para isso pode ser visualizada com espeque nas constantes mutações a que as ciências jurídicas estão sujeitas, considerando a dinamicidade, incompletude e a abertura do ordenamento jurídico nacional. Essas alterações ecoam no mundo científico transformando sinergicamente as constatações até então obtemperadas e concebidas como cânones. O advento de um novo estatuto, por exemplo, é capaz de ditar e insuflar novas maneiras de pensamento e escrita no âmbito da doutrina, além de influenciar fundamentalmente as decisões dos órgão judiciários. Mas não é só em relação às inovações que a edificação do conhecimento acadêmico-jurídico ganha pomposas possibilidades. A própria natureza do *júris*, no sentido de ser um sistema que integra leis de distintas hierarquias, conteúdos e finalidades, já entoa a necessidade de se avaliar e fazer o trabalho de tirocínio num sentido mais amplo, sem o reducionismo que promete simplificá-lo. Na verdade, nesses tempos em que as relações quotidianas granjearam uma complexidade até então não vislumbrada em qualquer outro momento da história, pensar e aplicar o Direito apenas de maneira lógico-subsuntiva, inflexível as inconstantes subjetividades, é destituir a importância das sangrentas lutas que outrora buscavam as garantias hoje positivadas, assim como tornar a ação estatal estagnada pela incapacidade de tratar as individualidades, comumente afrontadas em nome da coletividade.

O Direito Penal,¹ reconhecido sobretudo pela composição das normas materiais que permitem o Estado punir aqueles que de alguma maneira contrariaram a lei, é no Brasil uma fração desse vasto mundo jurídico inicialmente erguida pelo trabalho de teóricos estrangeiros, e, que, desde 1930 com a elaboração do “Código Penal do Império”, vem sendo modificada pelas atividades do legislativo e da doutrina, resultando, dentre outras coisas, na transformação da maneira com que é tratada pelo poder público para o alcance da pacificação social, a qual é a finalidade última da lei. Assim, a trajetória da construção desse ramo traz as marcas da incessante criação de leis em prol dos conclames sociais, aliada as concepções dos

¹ Num ponto de vista puramente normativo, como “sinônimo” de Código Penal.

penalistas que ajudaram a formar suas bases na esteira das conjecturas propalados no direito comparado. O curso desse movimento corrobora, deveras, a ideia de que o conhecimento desenvolvido para e em razão dessa área repousa na mutabilidade legal e na multiplicidade de pensamentos que foram paulatinamente incorporados (e ainda o são).

A teoria do crime, nesse contexto, representa significativa parte de todo o progredimento do Direito Criminal. Isso se nota porque, fincada particularmente na primeira parte do Código Penal e esboçada nos livros sobre a matéria, nela se encontram os principais assuntos vinculados à compreensão do delito, tais como sua conformação, maneiras de aplicação da lei em face das mais diversificadas circunstâncias em que possa vir a ser cometido, contagem de prazos, causas excludentes de ilicitude e etecetera. Contudo, é em relação a essas que os olhares aqui se inclinam e tentam desnudar seus aspectos mais relevantes, interligando outros institutos, teorias específicas, dispositivos legais e demais frutos obtidos por meio da investigação que tragam à baila dados suficientes para o estabelecimento do trabalho vazado na inata amplitude da teoria do crime e nos estudos que possam dimensionar a questão para outros ângulos correlacionados, tais como a longínqua origem da defesa enquanto manifestação humana hábil a proteção de bem jurídico agredido e sua institucionalização já nos direitos da Idade Média.

Nesse diapasão, entre as causas justificantes inseridas no rol casuístico do artigo 23 do Código Penal, a legítima defesa é o elemento determinante para o desenvolvimento do exame a seguir. Regulamentada para defender bens jurídicos próprios ou de terceiros que estejam sofrendo ou na iminência de sofrer injusta agressão, ela é parte insigne da teoria do crime e ainda hoje é alvo de muita polêmica e dissensão. Um dos motivos pelos quais isso acontece se refere à sua associação com outro objeto de estudo das teorias criminais, qual seja, o excesso. Previsto no parágrafo único do referido artigo, o excesso é hipótese de punição em virtude da desproporção causada pela conduta da vítima para resguardar bem juridicamente protegido, eis que com o revide ela irrompe os limites da norma e gera dano a bem ou direito do agressor. A configuração do excesso, portanto, parte da desobediência aos preceitos de uma norma e por disposição do comando em tela é resultado de dolo ou culpa. Ressalte-se que além de coadunar a legítima defesa ao excesso e haver previsão legal para puni-lo, o debate se intensifica em vista das leituras feitas pela doutrina sobre as demais situações em que ele pode aparecer.

Uma das características distintivas do excesso está na sua sujeição a outras disposições normativas, vez que sua existência é condicionada a ação ou omissão contrária à lei. Daí fica claro que o excesso praticado no exercício da legítima defesa pode ser punido a título de dolo

ou culpa, em atenção as regras explícitas no Código Penal. Entretanto, mesmo que a vítima pratique o excesso ao se defender, seja com dolo ou culpa, há certos casos em que outros fatores devem ser apurados, embora não estejam pormenorizados na legislação. Nessas situações a averiguação do excesso realiza-se por meio de uma “modulação interpretativa”, a qual surge com o tratamento do excesso fora dos casos “estritamente” dolosos ou culposos². Ela pode derivar, por modelo, de erro.

Os erros punidos pela lei são de tipo ou de proibição e nascem da ignorância do agente sobre a percepção da realidade ou da ilicitude do fato, respectivamente. No erro de tipo há o atingimento dos elementos do tipo, quando esse for incriminador, ou sua incidência sobre os pressupostos fáticos de uma justificante (erro de tipo permissivo), como a legítima defesa. Nessa modalidade de erro o excesso é o resultado da prática equivocada da legítima defesa, pois no momento da conduta sequer havia injusta agressão a ser repelida. Em outro sentido, no erro de proibição³ o excesso se mescla a uma legítima defesa que não existe. Ou seja, desamparada de previsão legal, a vítima invoca essa excludente, como a “legítima defesa da honra”, e, não obstante, excede-se na ação, incorrendo em excesso.

Deve se ter em mente que esses excessos, vistos na prática da legítima defesa e insurgidos pela verificação dos erros, não encontram guarida legal específica – não há comando que puna, *v.g.*, o excesso na legítima defesa por erro de proibição. Por isso o estudo desses casos e os métodos de reconhecimento e punição são suportados somente pela doutrina e escassa jurisprudência, conquanto cada um dos institutos (excesso + legítima defesa + erros) esteja devidamente formalizado. De tal sorte, é a partir da interpretação “consolidada” e individualizada desses teoremas que os juristas, junto às previsões legais, os transportam para um processo de ressignificação, intuindo alcançar a responsabilidade criminal ao agente.

Essas breves elucidações enunciam que discutir os “Excessos no âmbito da legítima defesa” propugna uma pesquisa para além dos relatos interditados da doutrina. A amplitude do pensamento e da argumentação aumenta conforme a descrição de cada uma das hipóteses de afronta à lei consignadas aqui como importantes.

Diante disso, o capítulo inaugural, intitulado “Crime: conceitos e caracterização”, cuida de trazer à lume os seguimentos da teoria do crime que se preocupam em explorar o

² Excesso na legítima defesa doloso - o agente será punido com base nas regras de dolo. E, excesso culposo, a punição será feita com base na culpa.

³ Alcançado pelo diploma penal como erro sobre a ilicitude do fato.

delito sob certos fundamentos, notadamente aqueles adstritos ao conceito analítico do crime, que são: o fato típico, ilícito e culpável.

O capítulo dois, alcunhado de “Legítima defesa: trechos históricos e exclusão de ilicitude”, traz no exórdio as remotas origens da legítima defesa, identificadas no alvor dos direitos romano, germânico e canônico. Sequencialmente a descrição desemboca nos comandos normativos em vigência que regulamentaram as causas de exclusão de ilicitude, dentre as quais se vislumbra o instituto em apreço. Alude-se, ainda, outras questões limiaries.

O último capítulo é resultado dos recortes anteriormente feitos na literatura jurídica, carregando consigo o envolvimento elucidativo proposto para a compreensão dos excessos. Chamado de “Excessos na legítima defesa”, ele chega ao cume do tema fazendo de plano uma alusão genérica sobre o excesso. Na sequência divide-o nos tipos mais vistos na doutrina e passíveis de ocorrer na prática, tentando exhibir os motivos pelos quais eles surgem e os dispositivos aplicáveis em cada situação.

1. CRIME: CONCEITOS E CARACTERIZAÇÃO

Este capítulo preocupa-se em descrever o fenômeno crime com base em algumas das teorias que atualmente ganham destaque na doutrina e jurisprudência. Além disso, sua confecção é feita com alicerce na legislação, especialmente na Constituição Federal e no Código Penal, cujas disposições servem para fundamentar as ideias aqui propostas e lhes conferir veracidade.

1.1. Direito Penal: fundamento e princípio da intervenção mínima

Dentre as funções institucionais precípua do Estado, encontra-se a promoção do bem coletivo. O alcance dessa finalidade pressupõe a organização das relações sociais, as quais devem ser feitas mediante regulamentação, geralmente realizada por um poder constituído responsável (Poder Legislativo). A edição de leis dá ensejo, grosso modo, ao que se chama de Direito em sentido *lato*, o que evidencia, sem pestanejar, sua natureza científica, eis que elaborado para atender aos postulados de dado momento histórico.

A complexidade da vida em sociedade induz que essas leis sejam criadas em prol dos mais diversificados fins e que sirvam para a resolução das mais variadas demandas. Nasce, daí, a diversidade legal, a qual incide sobre diferentes bens e direitos. Esse multifária normativa regula, por exemplo, a atuação da Administração Pública, determina como as relações comerciais devem ocorrer, prescreve quem é imune aos impostos, diz que a vida é um bem fundamental e inviolável, dentre outras regras. Diante disso, o exercício da atividade legislativa informa o que se chama de direito material e processual, os quais estão preconizados em diplomas formais, como na Constituição Federal, no Código Civil, no Código Eleitoral, no Código Penal, no Código Processual Penal e na legislação extravagante.

Grinover et al (2011, p. 46) ensina que direito processual é “o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho [o processo jurisdicional], ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado”. Já direito material “é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc)”. Há, assim, diversos estatutos incumbidos de abrigar cada espécie de direito, em que pese a interdependência entre eles – um direito coexiste com os demais, ora podendo buscar fundamento em outro, como no caso do Código Penal que, ao introduzir a

culpabilidade dentre as circunstâncias judiciais do artigo 59¹, o fez com base no princípio constitucionalizado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da Constituição Federal²), pois dessa é derivada. Em um sentido mais amplo, a Constituição e as leis infraconstitucionais fundam o cediço ordenamento jurídico, o qual é uno e indivisível.

Admitida, assim, a existência dos Direitos, bem como que cada um desempenha determinado papel na organização social, merece destaque as particularidades da incidência do Direito Penal, a qual é, e deve ser, subsidiária.

A teoria da mínima intervenção, mais conhecida pelo apotegma latino *ultima ratio*, traz a ideia de que o Direito Penal somente deve ser aplicado ao sujeito que pratique ato (ação ou omissão) capaz de romper significativamente o tecido social, isto é, lesar bem que detenha sobre ele interesse público ou, mesmo que interesse privado, autorize a vítima ou seu representante legal a requerer a intervenção estatal. Segundo Haas e Chaves Júnior (2013, p. 1304), a necessidade de relevância do bem ou direito para que a tutela penal recaia sobre ele firma o entendimento de que o Direito Penal é subsidiário e fragmentário, no sentido, respectivamente, de ser utilizado somente quando os outros campos do Direito não puderem servir/forem ineficazes para solucionar lesão a bem jurídico considerado pelo legislador como importante.

Frise-se que o princípio da intervenção mínima possui respaldo no direito comparado, mas não só no ordenamento jurídico dos estados que lhe deram os primeiros contornos ou o adotaram. Ele foi elevado à condição de direito humano pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), consoante regra do seu artigo 8º, *in verbis*: “*A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias* e ninguém pode ser punido senão por força de lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente tipificada” (grifo nosso).

Em vista dessa regra em destaque, o Direito Penal serve para proteger determinados bens jurídicos lesados gravemente. Ele contém normas criminais que são impostas pelo Estado ao responsável pelo prejuízo, assegurando-lhe, no transcorrer do exercício do direito de punir, todos os direitos fundamentais, nomeadamente a ampla defesa e o contraditório. O conceito de Noronha (apud VITOR, 2013, p. 11) sobre Direito Penal confirma sua natureza pública e incriminadora: “é conjunto de normas jurídicas que regula o poder punitivo do

¹ “O juiz, atendendo à *culpabilidade*, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]” (BRASIL, 1940) (grifo nosso).

² “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; [...]” (BRASIL, 1988).

Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica.”

O *jus puniendi* emerge quando a conduta humana se adequa à alguma norma penal (tipo), verificando-se, com a subsunção, o crime. O delito, por sua vez, representa a ação ou omissão contrária ao direito e de acordo com os requisitos punitivos da lei. Ele é, do mesmo modo que o Direito Penal, criado pela e para a sociedade. É “a sociedade a criadora inaugural do crime, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo. Após, cabe ao legislador transformar esse intento em figura típica [...]” (NUCCI, 2006, p. 157).

Diante da relevância do crime enquanto acontecimento social, base de construção do Direito Penal e motivo para sua aplicação, a doutrina desenvolveu algumas teorias para compreendê-lo, as quais se revelaram preponderantes para a distinção entre o fato lícito e ilícito³. Para o estudo da legítima defesa, essa diferenciação ganha ainda mais importância, já que com base nela é possível identificar se a conduta, que a primeira vista parece ilegal, está acobertada por alguma causa de justificação, como pela própria legítima defesa, ou, numa análise ainda mais apurada, se constatar possíveis excesso (s) ao ser utilizada.

1.2. Teoria (s) do crime

A evolução do direito penal foi acompanhada por inúmeras teorias que tiveram por escopo a construção desse ramo do direito de maneira que pudesse cingir com precisão os fatos considerados ilícitos. Diversos juristas criaram conceitos para entender o delito e viabilizar a imposição de sanção ao seu autor.

Essa variedade de estudos confeccionados sobre o conceito de crime torna a tarefa de conceituá-lo trabalhosa. A dificuldade, entretanto, não repousa somente na quantidade teórica que lhe fora impingida (e ainda o é), decorrente da lógica modernização da ciência penal, mas sobremaneira pela inerente dificuldade de se analisar os pressupostos fáticos do ilícito e transportá-los para a averiguação legal. A relatividade de uma conduta pode determinar que o caso seja tratado de maneira dessemelhante em relação a um outro que, numa avaliação apressada, ser-lhe-ia concebido como “igual”.

O crime, além de fenômeno social, é um episódio da vida de uma pessoa humana. Não pode ser dela destacado e isolado. Não pode ser reproduzido em laboratório, para estudo. Não pode ser decomposto em partes distintas. Nem se apresenta, no

³ Pode haver ilícito civil, tributário e etc.

mundo da realidade, como puro conceito, de modo sempre idêntico, estereotipado. Cada crime tem a sua história, a sua individualidade; não há dois que possam ser reputados perfeitamente iguais. Mas não se faz ciência do particular. [...] Para tanto, a nossa disciplina, enquanto ciência, não pode prescindir de teorizar a respeito do agir humano, ora submetendo-o a métodos analíticos, simplificadores ou generalizadores, ora sujeitando-o a amputações, por abstração, para a elaboração de conceitos, esquemas lógicos, institutos e sistemas mais ou menos cerrados. (TOLEDO apud VITOR, 2013, p. 12).

De qualquer forma, a diversidade do assunto confere margem para sua pesquisa sob diferentes ângulos e admite que se capture dentre os pensamentos da doutrina os entendimentos usuais.

Nesse caminho, retira-se de algumas das teorias existentes que se direcionam a conceituar e demonstrar o surgimento do crime, três linhas de pensamento mais adotadas pelos juristas brasileiros. Com base nelas diz-se que o crime pode ser entendido como formal, material ou analítico – essa que se desdobra em bipartida e tripartida.

Atendendo-se ao aspecto externo, puramente nominal do fato, obtém uma definição formal; observando-se o conteúdo do fato punível, consegue-se uma definição material ou substancial; e examinando-se as características ou aspectos do crime, chega-se a um conceito, também formal, mas analítico da infração penal. (MIRABETE apud CARDOSO, 2012, p. 11).

Dessa lição já se nota que cada uma das concepções comporta aspectos particularizados que tendem a definir o crime de maneira distinta.

1.2.1. Conceito formal do crime

Esse conceito apresenta o crime como a conduta contrária à lei e que se subsumi às normas penais. Ou seja, ele leva em conta somente o texto literal da (s) norma (s), buscando encaixar a ação ou omissão à ela (s).

O conceito formal do crime é embasado no “puro” positivismo jurídico, que desconsidera aspectos essenciais para a correta interpretação do fato – se realmente é criminoso ou não. Vitor (2013) explica que por meio dele não se consegue saber os motivos de política criminal pelos quais determinada conduta foi elevada à ilegalidade, além de não contemplar critérios para limitar as punições. Por conta disso, severas críticas recaem sobre esse conceito. Veja-se.

Aspecto formal: o conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo. Considerar a existência de um crime sem levar em conta sua essência ou lesividade material afronta o princípio constitucional da dignidade humana. (CAPEZ apud VITOR 2013, p. 12).

Ainda, extrai-se dessas definições que o conceito formal requer a preexistência da lei no momento da conduta do agente, eis que a afirmação do delito é feita de modo paliativo, com espedeque somente nela. “Tais conceitos são insuficientes para o estudioso do Direito Penal que pretende e deve debruçar-se sobre esse fenômeno de modo a conhecê-lo em sua inteireza, em sua profundidade, porque desnudam os aspectos essenciais do crime” (TELES apud CARDOSO, 2012, p. 11).

A fragilidade desse conceito envolve de dúvidas a compreensão do delito, ensejando sua análise por outras teorias que podem dirimi-los e facilitar o processo de tirocínio.

1.2.2. *Conceito material do crime*

O conceito material de crime não se baseia exclusivamente na literalidade da lei para entender o delito. Diferentemente do conceito formal, o material se preocupa em verificar quais os bens que o legislador quis tutelar, estabelecendo-se, com isso, distinções entre os fatos puníveis ou não, assim como entre as condutas lícitas e ilícitas.

Como as definições formais visam apenas ao aspecto externo do crime, é necessário indagar a razão que levou o legislador a prever a punição dos autores de certos fatos e não de outros, como também conhecer o critério utilizado para distinguir os ilícitos penais de outras condutas lesivas, obtendo-se assim um conceito material ou substancial de crime. (CAPEZ apud CARDOSO, 2012, p. 12).

No viés material, a lei penal procura proteger bens que detenham valor considerados de maior importância, deixando a cargo dos outros ramos do direito o restante dos bens. Esse conceito, portanto, reafirma e se calca no princípio da intervenção mínima, porque o crime só pode ser materialmente cotejado se prejudicar bem acobertado por norma criminal, que cuida de tutelar bens e direitos relevantes.

Mas, assim como o conceito formal, o material também é alvo de críticas.

Na verdade, os conceitos formais e materiais não traduzem com precisão o que seja crime. Se há uma lei penal editada pelo Estado, proibindo determinada conduta, e o agente a viola, se ausente qualquer causa de exclusão de ilicitude ou dirimente da culpabilidade, haverá crime. Já o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens importantes. (GRECO apud CARDOSO, 2012, p. 13).

Para a maioria dos doutrinadores, o conceito material do crime não comporta todos os elementos necessários para a adequada concepção do delito, reivindicando-se seu estudo por outras teorias, como a analítica.

1.2.3. Conceito analítico do crime

A “insuficiência” dos critérios de conceituação do delito fizeram erigir a teoria analítica do crime, a qual tenta inferi-lo em todos os seus elementos, no intuito de se chegar a um conceito mais completo.

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijuricidade (ilicitude) e culpável (culpabilidade). (TOLEDO apud CARDOSO, 2012, p. 14).

Ocorre que o esse conceito tem gerado sérias alterações entre os principais penalistas brasileiros. A tipicidade, ilicitude e culpabilidade nem sempre são vistas por esses estudiosos como elementos autônomos ou mesmo constituintes do delito, inserindo-se, por vezes, a punibilidade como componente do crime.

[...] dentro desse conceito analítico de crime há quem entenda ser o crime: fato típico e antijurídico (Damásio de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, Celso Delmanto, Flávio Augusto Monteiro de Barros); fato típico, antijurídico, culpável e punível (Basileu Garcia, Muñoz Conde, Hassemer, Battaglini, Giorgio Marinucci); fato típico e culpável, sendo a antijuricidade parte do tipo (Miguel Reale Júnior) fato típico, antijurídico e punível, sem a culpabilidade [–] a liga entre o crime e a pena (Luiz Flávio Gomes); [...] (CARDOSO, 2012, p. 14).

Essas divergências, entretanto, são atenuadas em face da bifurcação da teoria analítica, que ganha as concepções bipartida e tripartida.

Bipartida é a corrente que entende o crime enquanto fato típico e antijurídico (ilícito). Segundo Trigueiros (2014, p. 326), essa concepção é defendida por Damásio de Jesus, Júlio Mirabete e Fernando Capez.

A doutrina majoritária, a saber, não acolhe esse entendimento, alegando, dentre outras coisas, a imprescindibilidade da culpabilidade para o devido tratamento do fato criminoso, eis que ela é composta por elementos importantes, quais sejam: a potencial consciência da ilicitude, a exigibilidade de conduta diversa e a imputabilidade. Não obstante, Nucci (2006, p. 159-160) fala que a concepção bipartida simplifica demasiadamente a culpabilidade e a coloca como mero pressuposto para a aplicação da pena.

Tripartida, por outro lado, é a elucidação do delito como fato típico, antijurídico e culpável, sendo ela o preceito que prepondera no Brasil, conforme Assis Toledo, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Regis Prado, Rogério Greco, Néelson Hungria, Aníbal Bruno,

Vicente Sabino Bruno (CARDOSO, 2012, p. 14).

[...] [O crime] trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito. (NUCCI apud HAAS; CHAVES JUNIOR, 2013, p. 1300).

Releva esclarecer que a punibilidade (fato punível) não encontra suporte razoável (legal e com poucos adeptos na doutrina) para ser reconhecida como uma das partes integrantes do crime. Cardoso (2012, p. 15) afirma que ela é apenas “[...] uma consequência ou retribuição do Estado a quem pratica o delito.” Ademais, o autor diz que incorporar a antijuridicidade ao fato típico é um equívoco, uma vez que caso ocorra alguma causa justificante, como a legítima defesa, afastar-se-ia, além da antijuridicidade, o fato típico. As causas justificantes não afastam o fato, mas somente a ilicitude da conduta.

Adotando-se aqui a teoria tripartida, que é a mais usual e também entendida como a mais certa, o crime é concebido como um fato típico, antijurídico e culpável. Em cada um desses elementos encontram-se requisitos que os informam e coadunados dão à luz ao ilícito penal – pois na falta de algum dos requisitos haverá de se apartar o respectivo elemento do crime e, de consequência, a existência do delito. Esses requisitos são construções doutrinárias e jurisprudenciais, não encontrando fundamento explícito na legislação.

1.3. Composição do crime

Vige maciçamente no Brasil, portanto, a teoria analítica do crime na concepção tripartida, que o entende como fato típico, ilícito e culpável. É imperioso descrever agora as subespécies que estruturam esses elementos, a fim de se fortalecer a análise e percepção acerca do delito.

1.3.1. Fato típico

Fato típico é o modelo abstrato previsto em lei que descreve um comportamento proibido. Ele se perfaz com a junção da conduta humana mais as consequências dessa conduta, a relação entre elas e a tipicidade.

Para que determinado fato da vida seja considerado típico, é preciso que todos os seus componentes, todos os seus elementos estruturais sejam, igualmente, típicos.

Os componentes de um fato típico são a conduta humana, a consequência dessa conduta se ela a produzir (o resultado), a relação de causa e efeito entre aquela e esta (nexo causal) e, por fim, a tipicidade. (TELES apud CARDOSO, 2012, p. 16).

O fato típico comporta, assim, os sub-elementos: conduta, resultado, nexo causal e tipicidade.

1.3.1.1. Conduta (ação ou omissão/dolosa ou culposa)

Conduta “é todo comportamento humano, positivo ou negativo, consciente e voluntário, dirigido a uma finalidade específica” (TRIGUEIROS, 2014, p. 327). Para a melhor compreensão desse conceito, alguns desdobramentos são pertinentes.

Como primeiro requisito do fato típico, a conduta ganhou novo entendimento com a chegada da teoria finalista da ação. Antes dela, a conduta era explicada pela teoria causal-naturalista, de idealização dos alemães Franz von Liszt e Ernest von Beling.

A teoria de Liszt e Beling trouxe a ideia de que esse requisito do fato típico, também chamado de ação, corresponde a “[...] um comportamento humano voluntário que se exterioriza e consiste num movimento ou na abstenção de um movimento corporal” (TELES apud VITOR, 2013, p. 16). A partir disso, podia-se dizer que a conduta se verificava quando o autor do fato agia voluntariamente, sendo irrelevante a constatação de que ele possuía ou não alguma intenção/finalidade a ser atingida com a prática dela. Principalmente por desconsiderar o fim pretendido pelo agente do crime, essa teoria praticamente deixou de ser utilizada pelos juristas.

Diferentemente, a teoria finalista da ação, cujo precursor foi Hans Welzel, estabeleceu que a conduta deveria ser analisada com arrimo na pretensão do autor do fato, vez que sempre há um objetivo a ser perseguido. Ela pode ser comissiva (quando o agente se comporta/faz alguma coisa de acordo com a norma penal) ou omissiva⁴ (quando o agente deixa de fazer algo que deveria para evitar o resultado), dolosa (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposa (quando o agente quebra um dever de cuidado objetivo por negligência, imprudência ou imperícia). A teoria finalista é a que prevalece na doutrina e

⁴ A doutrina costuma dividir a omissão em própria e imprópria. Segundo Trigueiros (2014), na primeira o dever de agir deriva da própria norma, não admitindo tentativa. Ex.: omissão de socorro, art. 135, do Código Penal. Já na omissão imprópria, comumente conhecida como comissiva por omissão, o agente deve agir para evitar o resultado. Se não o fizer, responderá por sua omissão, nos termos do art. 13, §2º, do Código Penal: “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...] § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado” (BRASIL, 1940).

serve de fundamento para as decisões dos tribunais.

Noutro aspecto, implica dizer que a adoção da teoria finalista ressoou também na culpa e no dolo. No decorrer da história do Direito Penal, dolo e culpa sempre foram objeto de embate entre os juristas que tentaram aperfeiçoar a teoria do delito. Frente a esse quadro, ganharam destaque três concepções que se incumbiram de estudá-los, dentre elas as já mencionadas causal-naturalista e finalista, e, agora, a inédita psicológico-normativa, de Reinhard Frank.

Vitor (2013) leciona que o sistema psicológico-normativo (ou clássico) entendia que a culpabilidade (segundo elemento do crime) era constituída eminentemente pelos requisitos psíquicos dolo e culpa. Já o sistema psicológico-normativo (ou neoclássico) inseriu, ainda no âmbito na culpabilidade, a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa como elementos normativos, e manteve o dolo e a culpa. Assim, esse sistema passou a contar com elementos psicológicos e normativos. Todavia, o autor assevera que os estudos de Welzel sobre a finalidade da ação permitiram concluir que os elementos psicológicos dolo e culpa deveriam ser deslocados para o fato típico, mais especificamente para o seu primeiro elemento, que é a conduta, o que, de fato, ocorreu.

Com essa mudança, diga-se novamente, feita com o advento da teoria finalista da ação, a culpabilidade deixa de contar com o dolo e a culpa enquanto elementos que a informavam e passa-se, a partir daí, a se reconhecer a adoção da teoria normativa pura da culpabilidade – é pura porque nela não há mais elementos psíquicos, mas unicamente normativos.

A teoria da culpabilidade elimina os elementos subjetivo-psíquicos e retém somente o elemento normativo da reprovabilidade. Neste processo, nenhum dos elementos anteriores se perdeu, cada um passa a ocupar seu lugar mais adequado sobre a base de compreensão da estrutura finalista da ação, com a qual nos capacitamos para as soluções mais corretas [...] (WELZEL apud GOMES; MOLINA, 2007, p. 555).

Assim, o dolo e a culpa que eram normativos (ou psicológico-normativos), agora são naturais, posto estarem alocados na conduta.

Em relação ao dolo, o Código Penal o prescreve da seguinte maneira: “Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (BRASIL, 1940). Esse comando demonstra que o legislador adotou a teoria da vontade ou do assentimento.⁵ Além disso, para a doutrina o dolo é formado pela consciência e vontade, que são: “[C]onsciência (conhecimento do fato que constitui a ação típica) e vontade (elemento

⁵ Cf. Trigueiros (2014).

volitivo de realizar esse fato)” (CAPEZ apud CARDOSO, 2012, p. 18).

O dolo pode ser direito ou indireto, esse subdividido em alternativo e eventual. Dolo direito “é aquele onde a finalidade do agente é exatamente aquela exteriorizada” (CARDOSO, 2012, p. 19). O indireto eventual (dolo eventual), cuida-se daquele em que o agente prevê o resultado, mas pouco se importa que ele aconteça. E, por fim, o dolo alternativo, que acontece quando o agente possui a vontade de produzir um ou mais resultados.

Da mesma forma, a culpa está prevista na parte geral do Código Penal, artigo 18, II, com a seguinte redação: “Diz-se o crime culposo quando o agente deu causa ao resultado, por imprudência, negligência ou imperícia” (BRASIL, 1940).

O crime será culposo quando ocorrer “mediante uma conduta inicial voluntária, produzir um resultado ilícito involuntário, previsto ou não, decorrente da violação de um dever objetivo de cuidado” (TRIGUEIROS, 2014, p. 330).⁶

As modalidades da culpa podem ser definidas como: imprudência – é um agir perigosamente (uma ação); negligência – quando a pessoa deixa de fazer algo que deveria ter feito (uma omissão); e, imperícia – quando a pessoa realiza algo sem aptidão técnica (é conhecida como culpa profissional).

Ainda quanto acerca da culpa, merece destaque suas espécies: 1 – culpa consciente: “é aquela em que o agente acredita sinceramente que o resultado não se produzirá, embora o preveja. É a exceção. Ela difere do dolo eventual, visto que nesse o agente não só prevê o resultado, mas pouco se importa com sua produção”; 2 – culpa inconsciente: “é aquela em que o agente não prevê o resultado, embora seja previsível. É a regra” (TRIGUEIROS, 2014, p. 331).

A conduta deve, desse modo, ser praticada por pessoa humana que detenha consciência e liberdade motora, mediante dolo ou culpa, de maneira comissiva ou omissiva, para que então se possa averiguar a existência do delito. Caso isso não aconteça, estar-se-á diante de uma ou mais situações que excluem a conduta, as quais são reconhecidas por Trigueiros (2014, p. 328) como: “a) atos reflexos; b) sonambulismo e hipnose; c) coação física irresistível; caso fortuito; e, e) força maior.”

⁶ Esse conceito comporta os seguintes elementos da culpa: “a) conduta inicial voluntária (o agente age sem ser forçado); b) quebra do dever objetivo de cuidado (o agente rompe o dever de cuidado ao agir com imprudência, negligência ou imperícia); c) resultado involuntário (sobrevém da quebra do dever objetivo de cuidado em relação a um resultado não querido pelo agente); d) nexos de causalidade (entre a conduta voluntária e o resultado involuntário deve existir relação de causalidade); e) tipicidade (a forma culposa do delito deve estar expressamente prevista em lei – art. 18, parágrafo único, CP); f) previsibilidade objetiva (terceira pessoa, que não o agente, dotada de prudência e discernimento medianos, conseguiria prever o resultado); g) ausência de previsão (apenas na culpa inconsciente)” (Ibdem, 2014, p. 330).

1.3.1.2. Resultado

A consequência natural da conduta, positiva ou negativa, é o resultado. A literatura o classifica de duas formas: a) resultado naturalístico e; b) resultado normativo (ou jurídico).

Naturalístico é o resultado que modifica o mundo exterior de alguma forma. É “a percepção dos efeitos do crime pelos sentidos humanos (ex.: morte, redução patrimonial, destruição de coisa alheia, etc)” (TRIGUERIOS, 2014, p. 328).

O resultado naturalístico distingue os crimes em três espécies: 1) crimes materiais (ou de resultado): são os que exigem a produção de um resultado (ex.: roubo, homicídio); 2) crimes formais (ou de consumação antecipada): são os que podem gerar resultado, mas restarão caracterizados mesmo se ele não ocorrer (ex.: extorsão mediante sequestro, pois basta que a vítima seja sequestrada para que o crime se consuma) e; 3) crimes de mera conduta (ou de simples atividade): não possuem resultado naturalístico (ex.: ato obsceno).

Quanto ao resultado normativo, ele ocorre quando há modificação no mundo jurídico em forma de dano efetivo ou potencial a bem jurídico tutelado por norma criminal, já que toda conduta causa um resultado. Esse raciocínio é exemplificado por Nucci (apud CARDOSO, 2012, p. 23) assim: “a invasão de um domicílio, embora possa nada causar sob o ponto de vista naturalístico, certamente provoca um resultado jurídico, que é ferir o direito à inviolabilidade de domicílio do dono da casa”. A maioria dos doutrinadores acordam sobre a utilização do critério naturalístico.

1.3.1.3. Nexa causal

Nexo causal ou de causalidade, é “o elo entre a conduta praticada pelo indivíduo e o resultado dela decorrente” (TRIGUEIROS, 2014, p. 328). Vem definido no artigo 13, primeira parte, do Código Penal: “o resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa” (BRASIL, 1940). O legislador quis dizer que o resultado somente é imputado à pessoa que lhe tenha causado.

Mas há de se considerar que vez ou outra a identificação do nexa causal (conduta + resultado) é de difícil constatação. Em vista disso, a doutrina criou algumas teorias com o intuito de possibilitar a visualização e entendimento sobre a causa do resultado, como as teorias da equivalência dos antecedentes e da causalidade adequada.

De acordo com Trigueiros (2014), o Código Penal se embasou na teoria da *conditio sine qua non* ou equivalência dos antecedentes para explicar a causa do resultado. Essa teoria

admite como causa toda conduta (ação ou omissão) que se encaixe no resultado. Para se descobri-la utiliza-se o procedimento de eliminação hipotética, que consiste em se excluir mentalmente o fato e se analisar se há alteração do resultado. Se o resultado continuar acontecendo, significa que a conduta não é a sua causa. Do contrário, se o resultado deixar de ocorrer, quer dizer que a conduta é a causa do resultado.

Noutro ponto, a teoria da equivalência dos antecedentes é aplicada aos “tipos” de causa que produzem o resultado. Os “tipos” de causas podem ser: dependentes, independentes absolutas ou relativas, e, ainda, as supervenientes relativamente independentes, para as quais incide a teoria da causalidade adequada.

Trigueiros (2014, p. 329) diz que causas dependentes são “aquelas que decorrem diretamente da conduta do agente. Ex.: ‘A’ atira em ‘B’, que morre em razão da perfuração. A causa do resultado dependeu da conduta do agente.” As independentes são, para o autor, “aquelas que produzem o resultado, guardando alguma ou nenhuma relação com a conduta do agente”. Elas subdivide-se em: a) absolutas (absolutamente independentes) = “são aquelas que por si sós produzem o resultado, independentemente da conduta do agente. A consequência é que o agente não responderá pelo resultado”; b) relativas (relativamente independentes) = “são aquelas que por si só não produzem o resultado, sendo a conduta do agente decisiva para a sua produção. A consequência é que o agente responderá, em regra, pelo resultado”; e, c) supervenientes relativamente independentes = são aquelas que “por si só produzem o resultado. O agente não responderá pelo resultado, mas, apenas, pelo que efetivamente causou (art. 13, §1º, CP). [...] Não se aplica, aqui, a teoria da *conditio sine qua non*, mas, sim, a teoria da causalidade adequada.”

Embora adotada pelo legislador, a teoria da equivalência dos antecedentes é alvo de críticas por abrir caminho para uma eventual responsabilização *ad infinitum*. Isso acontece porque ao se utilizar o método de eliminação hipotética, o retorno mental que se faz para a eliminação dos eventos que podem ou não ser a causa do resultado levaria a se entender como culpadas inúmeras pessoas. Vitor (2013, p. 19-20) aduz: “[E]m tese são alcançados todos os fatos anteriores ao crime, ou seja, chegaríamos a uma regressão *ad infinitum*, o que possibilitaria a responsabilização pelo delito até dos pais do criminoso, já que deram vida ao agente que praticou o fato delituoso.”

Para que essa teoria permanecesse em “operação”, criou-se limitações para ela, ou melhor, para a interrupção da cadeia entre a causa e o resultado. Lançou-se mão do dolo e da culpa para isso, no sentido de que não se pode responsabilizar quem não tenha concorrido com dolo ou culpa para a produção do resultado.

Sublinhe-se, também, que nos crimes de mera conduta e formais não há que se falar em nexo causal, pois para eles não se exige a ocorrência de resultado, que é um dos requisitos daquele, ao lado da conduta.

1.3.1.4. *Tipicidade*

A tipicidade erige quando há a exata adequação da conduta (ação ou omissão/dolosa ou culposa) à lei penal. Capez ensina:

[A tipicidade é] a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal). Para que a conduta humana seja considerada crime, é necessário que se ajuste a um tipo legal. Temos, pois, de um lado, uma conduta da vida real e, de outro, o tipo legal de crime constante da lei penal. A tipicidade consiste na correspondência entre ambos (CAPEZ apud VITOR 2013, p. 20).

Saliente-se que sem a presença da tipicidade, o fato será atípico, já que apenas a existência dos outros critérios do fato típico (conduta, resultado e nexo causal) são insuficientes para torna-lo típico, requerendo-se que haja o encaixe perfeito entre o ato praticado pelo agente e a previsão abstrata da lei penal (tipo).

Nesse diapasão, Vitor (2013) e Cardoso (2012) enfatizam que ela é formada pela associação da tipicidade formal e da tipicidade conglobante. Aquela é, como já se disse, a subsunção perfeita da conduta do autor do fato ao tipo penal incriminador. A conglobante, em adição, confirma a perfeita adequação ao reclamar que a conduta deve afrontar o ordenamento jurídico.

A tipicidade pode ainda ser imediata ou mediata. Vitor (2013, p. 21) explica que será imediata quando houver a adequação correta da conduta ao tipo penal, ao passo que será mediata se a conduta não se amoldar perfeitamente ao preceito abstrato da norma, e diante disso ensejar que se recorra à alguma norma de extensão, como no crime tentado, em que a figura típica poderá então ser reconhecida.

1.3.2. *Culpabilidade*

A culpabilidade trata-se do terceiro elemento que compõe a estrutura básica do crime – adotando-se aqui a teoria analítica tripartida. Contudo, para que o raciocínio seja melhor desenvolvido e traga clareza ao assunto, far-se-á a inversão dessa ordem, ou seja, a culpabilidade será analisada neste momento e na sequência haverá a descrição da

antijuridicidade.

Sob a égide da teoria normativa pura da culpabilidade, conforme explicitado no tópico 1.3.1.1 relativo à conduta no aspecto dolo e culpa, ela pode ser conceituada como “a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou fato típico e ilícito” (CAPEZ apud VITOR, 2013, p. 22). Mais detalhadamente, Nucci preleciona:

[A culpabilidade] Trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial da ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo Direito (teoria normativa pura, proveniente do finalismo) (NUCCI, 2006, p. 271).

Em harmonia com Nucci está a maior parte da doutrina no Brasil, que entende ser a culpabilidade formada por três elementos: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; e, c) exigibilidade de conduta diversa.

1.3.2.1. *Imputabilidade*

A imputabilidade se traduz nas capacidades física e mental que uma pessoa detém para entender e praticar atos, sendo responsável criminalmente caso tenha agido contra o direito. De outro modo:

A afirmação de que o agente é imputável (‘responsável’) indica a possibilidade de submissão a uma sanção pela prática de um delito. A ideia de imputação como ideia específica de ligação entre delito e sanção está inserida no juízo de que o agente é (ou não) juridicamente responsável por sua conduta. (IENNACO, 2010, p. 55).

O indivíduo imputável é aquele que conta com requisitos pessoais que lhe conferem a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, em atenção à regra do artigo 26, do Código Penal.

Brodt diz ainda que a imputabilidade é composta por dois elementos subjetivos, isto é, inerentes e manifestados pelo sujeito. Um é o intelectual, que nada mais é do que a higidez mental apta a fazer com que o autor do fato compreenda sua ilegalidade e, o segundo, cuida-se do volitivo, que representa a vontade do agente de cometer o delito.

O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas. Bettiol diz que o agente deve poder ‘prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social’, deve ter, pois ‘a percepção do significado ético-social do próprio agir’. O segundo, a ‘capacidade de dirigir a

conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico. Conforme Bettiol, é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor do motivo que o impede à ação e, do outro lado, o valor inibitório da ameaça penal. (BRODT apud GRECO, 2010, p. 396).

As concepções sobre imputabilidade derivam da doutrina e da jurisprudência, posto que o legislador não se preocupou em conceituá-la. Faz-se, no entanto, interpretação inversa dos artigos 26, 27 e 28, §1º, todos do Código Penal, pois neles se constata a maioria das hipóteses de inimputabilidade previstas na legislação. Busca-se, por meio disso, levantar as causas de imputabilidade.

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. [...] Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. [...] Art. 28 – [...] § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940).

Da leitura desses comandos extrai-se que são imputáveis: a) as pessoas que não possuam doença mental ou desenvolvimento incompleto ou sejam retardadas; b) o maior de 18 (dezoito) anos; e, c) a pessoa que se embriaga voluntariamente.

A regra que vigora no direito pátrio é a de que toda pessoa pode ser culpabilizada pelo ato ilegal que praticar. A exceção fica a cargo, portanto, da inimputabilidade, de acordo com os artigos supramencionados, além do artigo 45 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), o qual se refere a inimputabilidade por dependência ou intoxicação decorrente do consumo de drogas ilícitas.

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 2006).

1.3.2.2. Potencial consciência da ilicitude

Para que a culpabilidade recaia sobre um indivíduo, é imprescindível que ele possua consciência da ilicitude de sua conduta. Capez elucida o seguinte: “[...] o que importa é investigar se o sujeito, ao praticar o crime, tinha a possibilidade de saber que fazia algo errado ou injusto, de acordo com o meio social que o cerca, as tradições e costumes locais, sua formação cultural [...]” e etc (CAPEZ apud VITOR, 2013, p. 37). Caso o contrário aconteça,

ou seja, caso o indivíduo desconheça a ilegalidade do fato que cometera, poderá ser-lhe afastada completamente a responsabilidade criminal, ou apenas parte dela. Isso ocorre porque “quem age sem possibilidade de saber que fere o direito atua na certeza de que sua conduta é de acordo com a ordem jurídica e, assim sendo, não pode merecer qualquer censura [...]” (TELES apud VITOR, 2013, p. 37-38).

Sobre o assunto, o Código Penal prevê que: “Art. 21 – [...] O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.” Na sequência, o parágrafo único do mesmo artigo prescreve: “Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência” (BRASIL, 1940). Essas regras podem ser interpretadas no seguinte sentido: se o agente possuía, ao tempo do delito, ainda que mero potencial de consciência da ilicitude, sua sanção não poderá ser reduzida, tampouco afastada, pois, ainda que diminuta, ele possuía consciência, estando sua conduta fora do alcance desse dispositivo. Em outro sentido, se ele age sem a menor noção de que comete ato ilícito, não há que se falar em inflicção de pena. E, ainda, se a percepção da ilicitude de sua conduta pudesse ser atingida, embora no momento do crime não o fora, sua pena poderá ser diminuída.

A doutrina alega que quem aferirá se o autor do delito tinha ou não consciência sobre a ilicitude no momento da ação ou omissão será o juiz, levando em conta critérios objetivos (Cf. VITOR, 2013; CARDOSO, 2012).

Outro assunto que corriqueiramente gera confusão é a distinção entre desconhecimento da lei e da ilicitude.

Com base no artigo em comento, a doutrina diz que o desconhecimento sobre a ilicitude do fato pode ser escusável (invencível, inevitável) ou inescusável (vencível, evitável), capaz de isentar o autor de receber a pena ou reduzi-la, respectivamente. Em contrapartida, o desconhecimento da lei é inescusável (vencível), significando que o agente não pode alegar ignorância sobre ela para se esquivar de punição.

Parece-nos elementar, que, sendo a ‘lei’ uma coisa e a ‘ilicitude’ de um fato outra bem diferente, só mesmo por meio de uma imperdoável confusão a respeito do verdadeiro sentido desses dois conceitos se poderá chegar à falsa conclusão de que ignorância da lei é igual a ignorância da ilicitude de um fato da vida real. Fixemos: lei, em sentido jurídico estrito, é a norma escrita editada pelos órgãos competente do Estado. Ilicitude de um fato é a correlação de contrariedade que se estabelece entre esse fato e a totalidade do ordenamento jurídico vigente. Se tomarmos, de um lado, a totalidade das leis vigentes e, de outro, um fato da vida real, não será preciso muito esforço para perceber que a eventual ilicitude desse fato não está no fato em si, nem nas leis, mas entre ambos, isto é, na mútua contrariedade que se estabeleceu entre o fato concreto, real, e o ordenamento jurídico no seu todo. Assim, pode-se conhecer perfeitamente a lei e não a ilicitude de um fato, o que bem revela a nítida distinção

dos conceitos em exame. (TOLEDO apud VITOR, 2013, p. 38).

A elucidação da diferença entre desconhecimento da lei e da ilicitude coloca termo aos contrastes existentes, vez que reafirma a vontade legal de não excluir a culpabilidade daquele que alega desconhecer a lei, bem como para isentar de pena o erro inevitável e diminuí-la se o desconhecimento for atingível.

1.3.2.3. Exigibilidade de conduta diversa

Exigível é a conduta lícita que se pode requerer do indivíduo no momento em que pratica o crime. Ou seja, haver-lhe-ia maneira de se comportar lícitamente, sendo possível tê-lo exigido, no entanto, preferiu praticar o ato contrário ao direito (típico e ilícito).

Há situações, entretanto, que a conduta do agente será inexigível, pois pelas circunstâncias em que o fato ocorreu, outra maneira não havia de se comportar. Ele conscientemente pratica uma conduta típica e ilícita, mas somente o faz em decorrência da realidade em que se encontrava, a qual determinou que agisse desse modo.

Os juristas chamam as hipóteses em que o agente se viu obrigado a agir contra do direito de inexigibilidade de conduta diversa, a qual é causa de exclusão da culpabilidade, eis que não se pôde exigir dele outro comportamento.

O Código Penal contempla duas hipóteses de exigibilidade de conduta diversa: “Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem” (BRASIL, 1940). Se, portanto, o sujeito agir em virtude de coação irresistível e estrita obediência a ordem não manifestadamente ilegal, não poderá ser culpabilizado.

A coação irresistível pode ser física ou moral. Segundo Noronha (apud VITOR, 2013, p. 39-40), física é aquela “na qual não existe ação propriamente dita do coagido, ele é instrumento nas mãos do coator”. Moral é a que “se exerce sobre o ânimo do coagido, compelindo-o a agir ou deixar de agir.” Independente do tipo de coação, há exigência de que ela seja irresistível, de maneira que o coagido não possa confrontá-la. Se for resistível, supõe-se que o agente ter-se-ia a faculdade de não praticar o crime, enquadrando-se, assim, nos requisitos que autorizam sua punição.

Registre-se que coação física é demarcada pela ausência de dolo ou culpa do agente. Ela pratica o fato por imposição de outrem, sendo nula sua vontade. “Um exemplo é o caso de o coagido ser forçado a colocar o dedo no gatilho e em seguida puxado pelo coator, não

existindo vontade, nem culposa e muito menos dolosa” (CARDOSO, 2012, p. 33). Daí a culpabilidade é afastada pela inexigibilidade de sua conduta.

A coação moral, porém, foi a que intencionou o legislador a criar a regra do artigo 22 do Código Penal. Em razão dessa coação, o coagido não poderá ser responsabilizado, ante a impossibilidade de agir conforme a lei.

Em relação à obediência hierárquica, Jesus (apud CARDOSO, 2012, p. 32-33) a conceitua como: “É a manifestação de vontade do titular de uma função pública a um funcionário que lhe é subordinado, no sentido de que realize uma conduta (positiva ou negativa).” Vê-se, desde logo, que ela somente pode acontecer numa relação empregatícia, assinalada pela presença de hierarquia, de subordinante e subordinado. Além disso, Cardoso (2012, p. 32-33) aponta que sua caracterização depende do preenchimento de alguns elementos subjetivos.

Diz o autor que o primeiro deles é que ordem não seja manifestadamente ilegal. Quer dizer que a decisão do superior deve causar dúvida no agente. Seguidamente, que a ordem seja emanada de superior ou de pessoa que possua *status* equivalente. E, em terceiro lugar, que o subordinado cumpra exatamente a ordem que lhe foi dada, pois caso extrapole o comando, poderá ser culpado.

1.3.3. Ilicitude (antijuridicidade)

Não há consenso sobre qual seria o termo correto a ser usado: se ilicitude ou antijuridicidade. Alguns doutrinadores preferem usar antijuridicidade, outros ilicitude. Contudo, não se vislumbra qualquer prejuízo ou equívoco em trata-los como sinônimos, motivo pelo qual não se faz aqui acepção deles.

Ilicitude ocorre quando o fato praticado é típico e contraria o ordenamento jurídico. Prado diz: “O elemento conceitual do delito, ilicitude ou antijuridicidade [...], exprime a relação de contrariedade de um fato com todo o ordenamento jurídico (uno e indivisível), com o Direito positivo em seu conjunto” (PRADO apud CARDOSO, 2012, p. 35). Ela é composta no sentido formal e material.

A ilicitude formal é a mera “contrariedade do fato ao ordenamento legal (ilícito), sem qualquer preocupação quanto à efetiva perniciosidade social da conduta” (CAPEZ apud CARDOSO, 2012, p. 35). Já a ilicitude material é a “lesão produzida pelo comportamento humano que fere o interesse jurídico protegido, isto é, além da contradição da conduta praticada com a precisão da norma, é também necessário que o bem jurídico protegido sofra

ofensa [...]” (BITENCOURT apud CARDOSO, 2012, p. 36) ou ao menos ameaça decorrente do comportamento ilegal. Essa ilicitude está fundamentada na ideia social do direito penal, a qual leva em conta a vontade dos cidadãos em considerar passível de punição certos tipos de conduta que firam bens jurídicos relevantes.

Apesar dos conceitos distintos, não há plausibilidade em se proceder esse diferenciação no caso concreto, eis que, na verdade, os conceitos se inter-relacionam, veja-se: “Ilicitude é a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de modo a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado” (TOLEDO apud VITOR, 2013, p. 44). Daí fica evidente a soma do aspecto formal e material (contrariedade ao ordenamento jurídico + interesse social em punir o autor do delito).

Ainda sobre esse elemento do crime, é importante ressaltar sua profunda ligação com o primeiro pressuposto do delito – o fato típico. Os juristas mencionam duas teorias que explicam essa conexão, são elas: *ratio cognoscendi* e *ratio essendi*.

Ratio cognoscendi é a expressão jurídica que indica haver uma ligação entre o fato típico e o ilícito. Para essa teoria, cada um dos elementos do fenômeno crime representa uma etapa distinta que, em ordem (primeiro o fato típico e depois o ilícito), devem ser analisados para se concluir se o fato, além de típico, é ilícito. Em regra, todo fato que é típico também é ilícito, sendo aquele, assim, o prenúncio desse. Todavia, essa teoria esclarece que em circunstâncias de justificação, *v.g.*, o fato será típico, mas a ilicitude não existirá.

Suponhamos que A, agindo com *animus defendendi*, saque o revólver que trazia consigo e, visando repelir a agressão injusta que estava sendo praticada contra sua pessoa, atire e cause a morte de B. No conceito analítico de crime, uma vez adotada a teoria *ratio cognoscendi*, o fato praticado por A é típico, o que indicaria sua ilicitude. Contudo, embora típico o fato, o agente atuou amparado por uma causa de exclusão da ilicitude, quebrando, dessa forma, a presunção havida anteriormente, com a conclusão que, embora típico, não é ilícito. (GRECO apud CARDOSO, 2012, p. 36).

Diversamente, a *ratio essendi* faz a fusão do fato típico com a antijuridicidade, o que provoca, em situação de legítima defesa, como a apresentada por Greco, a inexistência do fato típico. A teoria acolhida pela doutrina e jurisprudência foi a *ratio cognoscendi*.

2. LEGÍTIMA DEFESA: TRECHOS HISTÓRICOS E EXCLUSÃO DE ILICITUDE

Este capítulo relata brevemente as origens da legítima defesa e sua transcendência enquanto mera manifestação dos instintos humanos para os primeiros contornos de sua legalização. A partir daí se traz à tona diversas teorias que no intuito de explicar o fundamento e a natureza jurídica do instituto, levantaram sérias dissensões. Mesmo assim a descrição segue amparada nos estudos doutrinários e na legislação penal correspondente, a qual trata a legítima defesa como causa excludente de ilicitude, ao lado do estado de necessidade, exercício regular de um direito e estrito cumprimento do dever legal. Entremeio a essas citações o excesso insurge enraizado ao contexto histórico da legítima defesa e como uma das figura-alvo dos legisladores e penalistas que paulatinamente trabalharam para puni-lo em vista do rompimento que tende a causar na exigível moderação no uso dos meios necessários.

2.1. Alguns dados de origem e excesso

A boa compreensão do tema reclama prévia noção das suas raízes, ainda que a pesquisa na literatura não permita identificar com exatidão o momento ou período em que a legítima defesa se afigurou como instituto capaz de proteger o agredido do agressor. O que se constata, apesar disso, são duas linhas de opiniões, extraídas das existentes, de onde se pode identificar a legítima defesa no sentido extralegal (utilizada sem previsão legal) e como mecanismo regulamentado pelo “Estado”.

No primeiro caso, Alves (2012) diz que a legítima defesa remonta ao homem primitivo, o qual, na condição de ser dotado de sentimentos e sensibilidades, já a utilizava como estratégia de sobrevivência. Sua forma de expressão, todavia, não acontecia limitada por certos controles, pois sequer haviam leis e Estado constituído. Tratava-se apenas um tipo de “defesa”, um instinto normalmente evocado para a obtenção de alimento e moradia. Deu-se o nome de autodefesa (defender-se por si próprio; com as próprias mãos) para esse comportamento. Assim, “antes de vir consignada em códigos, [a legítima defesa] já existia como lei da natureza, como norma decorrente da própria constituição do ser, dessas que o homem recebe antes de se estabelecer em sociedade” (LINHARES apud ALVES, 2012, p. 04).

A segunda visão sobre a origem da legítima defesa traz a ideia de que ela somente pôde ser reconhecida como “meio de proteção individual” e posteriormente como ferramenta de defesa da ordem social, quando o Estado passou a impor, por meio de “normas”, a respectiva punição ao autor da injusta agressão. Justifica-se esse entendimento com base na forma com que os povos primitivos reagiam às situações que lhes eram, ou pareciam, lesivas. Alves (2012) diz que essas pessoas, quando em condições “ameaçadoras”, exprimiam-se de maneira irrestrita, ou seja, sem qualquer consciência dos possíveis prejuízos e excessos que poder-se-iam ocasionar ao outro. Esse tipo de reação, para o autor, não jamais se amoldara à legítima defesa, ao menos no sentido restrito da proteção, porque o extrapola. Não se quer dizer, porém, que o surgimento da legítima defesa sob bases legais tenha ocorrido nos séculos mais próximos desse. Na verdade, as legislações antigas já contemplavam prescrições categorizadas como legítima defesa ou direito de defesa contra agressões injustas¹.

Assim, a existência da legítima defesa, mormente enquanto instituto jurídico, pressupôs sua previsão formal (ainda que em documentos como as XII Tábuas do direito romano), legitimando-se, a partir de então, seu emprego condicionado à certos limites. Isso coloca de lado, desde logo, a ideia na qual repousa sua utilização pelos povos que viveram sob a ausência de leis, Estado e regimes.

Assis (2013) e Safraider (2005) falam que os fundamentos da legítima defesa encontram-se sobretudo no direito romano, germânico e canônico, o que confirma, de certo modo, a tese da gradativa superação da autodefesa pela justiça pública, ante o advento de diretrizes formalizadas e oriundas de atividades “estatais”.

Mais especificamente, Assis (2013, p. 15) e Safraider (2005, p. 104) explicam que é no direito romano que as bases do instituto estão fincadas, haja vista ter reconhecido a naturalidade da defesa de um homem que é atacado. Além disso, aduzem que esse direito fixou a agressão injusta e atual como critérios para o reconhecimento da legítima defesa. Mas os autores salientam que os romanos padeceram de clareza ao formular as leis assegurando o instituto, bem como não o sistematizaram de maneira a lhe conferir eficácia. “Com base nele, era permitido matar o ladrão que atacava à noite [...]” (ASSIS, 2013, p. 15). O direito de defesa romano era individualista, uma vez que fora criado para combater as agressões imotivadas que emergiam, imanente, da complexidade da vida social e da falta de segurança.

No direito germânico, diferentemente, Safraider (2005, p. 104) narra que a legítima defesa estava limitada à “[...] subaneidade da reação defensiva que suceda a ação ofensiva,

¹ Cf. Assis (2013) e Safraider (2005).

admitida para a proteção da vida, da integridade física e, por vezes, de bens”. Ensina que ela era reconhecida com fulcro na necessidade de manutenção do grupo, daí seu caráter público, e que funcionava como um tipo de vingança pública ou privada, eis que era importante para a segurança do núcleo social. Aqui, a legítima defesa ocorria da seguinte forma: “[...] se um homem matava outro e depois era assassinado, no mesmo lugar e na mesma hora, aquele que o matou deveria permanecer no local do crime, para que um assassinato fosse vingado por outro: homem por homem (ASSIS, 2013, p. 16). E ainda, “[...] se um homem matava outro e, sobrevivendo o herdeiro do morto, feria o assassino, ficava promovida a retribuição” (ASSIS, 2013, p. 16). Portanto, nítido o aspecto de vingança que preponderara no direito germânico.

O *moderamen inculpatae tutelae*, nomenclatura que se conferiu à legítima defesa no direito canônico, ganhou contornos diversos da proteção individual romana e da pública germânica, embora, diga-se de passagem, tenham se imiscuído para progredi-la.

De acordo com Safrainer (2005) e Assis (2013), o direito canônico, em vista do dogmatismo que impingia numa sociedade estratificada e segmentária, na qual os cristãos deveriam seguir o caminho da abdicação material e realizar o cumprimento da lei da caridade e do perdão, a legítima defesa era enxergada como um contrassenso. Ela foi apregoada no direito canônico não para incentivar a proteção dos agredidos, mas para ser restringida, porque sua prática se assemelhava ao ato egoísta e destituído de caridade. “Assim agindo, desestimulava o desenvolvimento do instituto, apagando do espírito daquele povo os *tênues germens* que o instituto continha” (ASSIS, 2013, p. 17). E, “esse direito [a legítima defesa] lhe parecia ter todo o aspecto de abuso, e o ideal a conseguir lhe parecia ser o de reduzi-lo às menores proporções possíveis” (FIORETTI apud ASSIS, 2013, p. 17). A consequência da austeridade cristã em face da constituição e prática da legítima defesa foi, dentre outras, secundarizá-la, trasladando-a de um ato proibido e punível, para um ato escusável, ou melhor, perdoável, desde que levada a efeito sob certas circunstâncias, como em beneplácito da igreja. Assis (2013, p. 17) sobreleva que no direito canônico havia de um paradoxo entre a legítima defesa própria e a de outrem, já que, “na medida em que não merecia incentivo a defesa de seu próprio bem, era imposta a todos a obrigação da defesa de outrem que se achava em perigo”, o que constituía, “entre ambas as defesas [,] a falta de relação mútua condizente com o atraso do instituto”.

Desse modo, para atender os conclames sociais e os interesses dominantes, os direitos romano, germânico e canônico trataram de maneira particularizada a legítima defesa. A despeito das diferenças, eles foram os fios condutores que direcionaram não só as primeiras noções instituídas desse tipo de defesa, mas, em vista da importância que tomava para a

proteção pessoal e, em sentido amplo, social, permitiram o estabelecimento de critérios/pressupostos que tornaram a conformação e limitação do instituto cada vez mais clara. Diante disso, gradualmente se verificava insistentes tentativas de regular a legítima defesa, traçando-se parâmetros legais para sua aferição e aperfeiçoamento. Esse trabalho foi motivado, particularmente, pelos problemas que o exercício da defesa ocasionava, como o excesso, que aos poucos passava a ser punido.

[...] a defesa legítima só é reconhecida dentre de certos limites [...] e sua extrapolação é criminoso. Na sociedade cristã e na sistematização que se iniciava do direito romano, os limites foram estendidos a ponto de considerar de se construírem critérios de apreciação de defesa ou de excesso. A partir dos limites traçados pelo *moderamen*, começa a ser construído o conceito de excesso de defesa. Foram os Práticos italianos e alemães que começaram a se preocupar com a sua punição e a pretender a sua regulamentação. (SAFRAIDER, 2005, p. 105).

Mas o *moderamen* do direito canônico, a vingança no germânico e o individualismo do romano não se sustentaram com a crise da burguesia e a Revolução Francesa no século XVIII. O direito que era natural e organizado sob o ponto de vista cristão, perdeu a razão de ser, indicando que a legítima defesa deveria corresponder aos novos postulados que emergiam.

Surgem as teorias filosóficas e jurídicas sobre a legítima defesa. Quando foram construídos princípios gerais para as causas de justificação, concluiu-se que o direito de defesa, mais do que um ato desculpável, é um ato jurídico, desde que submetido a requisitos objetivos. O direito de defesa passa a ser determinado pelo perigo e pela intensidade da agressão, e não de acordo com o valor do bem atacado, tanto que se permite agora a defesa de bens. A ênfase está agora no caráter jurídico-individual do direito de defesa, que se desenvolveu no seio das teorias positivistas do final do século XIX. (SAFRAIDER, 2005, p. 105-106).

O excesso, assim como a legítima defesa, não se instalou em um momento isolado. Até ser concebido como fator de punição, uma longa jornada o envolveu, transitando da completa penúria legislativa em direção aos mais modernos estatutos criminais vistos hoje em dia. Deve-se frisar, contudo, que o século XX foi o período em que muitos estudos se desdobraram em seu entorno.

A legítima defesa – bem como todas as causas de justificação – é um dos institutos mais sensíveis a modificações culturais e axiológicas de uma comunidade, e esse fator acaba influenciando diretamente nos seus pressupostos mais elementares. Costuma-se afirmar que o século XX foi marcado pelas tentativas de se limitar à reação empreendida pelo agredido a partir da criação de novas doutrinas [...]. (SIQUEIRA, 2011, p. 145-146).

Deveras, a história dessa legítima defesa primitiva assinala a transição de um modelo arcaico de resolução de conflitos, baseado na vingança privada, para o modelo atual, que está

fundado sob bases legais e jurídicas, em que há a presença do Estado-juiz, órgão responsável por dirimir os conflitos sociais a ele submetidos mediante a expressão de uma parte do seu poder, qual seja, a jurisdição. Esse processo de transposição percorreu diversas fases e aconteceu no campo forasteiro, imbuído por influências de diversos estatutos diferentes – ora um Estado adotava diretrizes alienígenas, ora elaborava as suas.

Superados os momentos de consolidação da legítima defesa, o legislador brasileiro, seguindo as tendências mundiais, a inseriu expressamente no Código Penal, no qual está sedimentada no artigo 25. Além disso, cuidou para que o excesso fosse criminalizado, nos moldes do artigo 23, parágrafo único, do mesmo diploma.

2.2. Fundamento e natureza

Os relatos históricos acerca da legítima defesa evidenciam que ela se trata de um dos institutos mais antigos do Direito Penal, pois é considerada como manifestação da própria natureza humana, daí sempre reconhecida pelas legislações.

Dada sua relevância social, muitos juristas procuraram (e ainda o fazem) explicar seu (s) fundamento (s), fazendo com que diversas teorias surgissem e, algumas, notadamente desenvolvidas na Alemanha, sobressaíssem em relação às demais. Destacaram-se: a teoria da coação moral, a teoria do exercício de um direito, a teoria da colisão de interesses, a teoria preventivo geral, a teoria subjetivista e a objetivista.

Segundo Mocelin (2012, p. 35), a teoria da coação moral estabeleceu que o agredido, ao se defender de uma agressão antijurídica, não dever-se-ia ser cupabilizado, ainda que agisse de forma excessiva, vez que praticou o ato em estado de perturbação anímico, isto é, sem a plenitude das faculdades mentais. Por não perceber o que fizera, ao tempo da conduta era inimputável. Para essa teoria, a defesa tinha caráter exculpante, posto faltar à vítima consciência e previsão de sua conduta. Entretanto, esse entendimento foi contestado, pois se chegou à conclusão de que o agredido pode invocar a legítima defesa conscientemente. Outro fator que levou a teoria à bancarrota foi sua incapacidade de explicar a legítima defesa de terceiros.

Semelhantemente, a teoria do exercício de um direito foi combatida por igualar a legítima defesa ao estado de necessidade. Ela dizia que a defesa somente ocorreria caso a existência pessoal estivesse em perigo. Mocelin (2012) aponta que essa teoria não é adotada no Brasil.

Noutro sentido, a teoria da colisão dos interesses pregava que o exercício da legítima defesa colocava em confronto dois direitos (ou interesses). Em razão dessa oponibilidade, os direitos não coexistir-se-iam, incumbindo ao Estado a proteção do de maior relevância e o sacrifício do outro. Em um “conflito de interesses protegidos, dever-se-á admitir o predomínio do interesse daquele que não deu motivo para o surgimento da situação de conflito, desde que certas condições sejam observadas (BETTIOL apud MOCELIN, 2012, p. 35). O direito que a se resguardar era o do agredido. Essa teoria não perdurou porque no estado de legítima defesa não se verifica interesses em conflito, mas sim a transgressão do Direito por um injusto. Um interesse é protegido, o outro não.

A teoria preventivo geral, de autoria de Roxin, está calcada em dois pilares: o da proteção individual e da prevalência do Direito. Nesse caso a legítima defesa “teria um fundamento de prevenção geral, pois o legislador consideraria desejável que o ordenamento jurídico fosse afirmado frente a agressões ilícitas” (ROXIN apud MOCELIN, 2012, p. 36).

Na sequência, a teoria subjetivista traz à baila o estado psíquico da vítima e os motivos que levaram o agressor a cometer o fato. Ela diz que no instante em que o agredido usa a legítima defesa, o faz com o ânimo alterado, por isso os elementos psicológicos dolo e culpa estão afetados. A defesa para essa teoria consiste em uma causa de exclusão da culpabilidade.

Opostamente a teoria objetivista prescreve a legítima defesa como um direito que nasce quando o Estado não pode atuar diante de uma agressão injusta com a mesma eficácia que o agredido ao utilizá-la. Ela é uma coação direta realizada dentro de limites de proporcionalidade. Não há qualquer valoração em relação ao aspecto psíquico do agredido, mas tão somente sobre sua conduta, que reside em se defender de uma agressão injusta.

As ideias contempladas pela teoria objetivista caminham paralelas à natureza jurídica da legítima defesa, a qual é majoritariamente reconhecida como norma excludente de ilicitude. Jesus descreve que há duas vertentes que se ocupam em definir sua natureza jurídica, preponderando a segunda corrente.

O Primeiro grupo parte do princípio que o homicídio cometido em legítima defesa é voluntário, não se castigando o autor porque se fundamenta na conservação da existência, essa teoria é bastante restrita, uma vez que se baseia exclusivamente no homicídio, entendendo o instituto com escusa e causa de impunidade. O segundo grupo fundamenta a legítima defesa como exercício de um direito e causa de justificação, pois não atua contra o direito quem comete reação para proteger um direito próprio ou alheio ao qual o Estado não pode oferecer a tutela mínima, esta é a seguida pelo Código Penal. (JESUS apud SILVA, 2011, p. 15).

Corroborando essa explicação, Biterncourt assevera que:

[...] a natureza jurídica da legítima defesa é de norma permissiva, pois autoriza uma conduta *prima facie* ilícita. No entanto essa possibilidade de defender um direito com as próprias mãos não é ilimitada, pois isto seria mera vingança ou exercício arbitrário das próprias razões (art. 345, do Código Penal), é uma regra de exceção. (BITENCOURT apud MOCELIN, 2012, p. 35).

O fundamento da legítima defesa reside, assim, na razão da proporcionalidade, que se traduz no princípio do uso dos meios necessários moderadamente, ou seja, apenas dos meios indispensáveis para a cessação da agressão, sopesando-se a defesa de um bem (do agredido) e o sacrifício de outro (do agressor). Sua natureza jurídica convalesce essa ideia de limitação, pois enquanto norma permissiva, positivada em um diploma legal, somente incidirá quando a situação concreta preencher os requisitos objetivos (da lei) e subjetivos (de quem a invoca). Uma vez utilizada em consonância com esses parâmetros, a legítima defesa excluirá a ilicitude, mas não deixará de reconhecer a tipicidade do fato.

É importante dizer que há outras causas de afastamento da ilicitude prescritas no Código Penal, as quais devem ser analisadas separadamente para que o assunto possa ser melhor compreendido.

2.3. Causas de exclusão de ilicitude

Excluir a ilicitude significa, grosso modo, afastar o segundo elemento estruturante do delito, qual seja, a própria ilicitude (antijuridicidade). Isso é possível e explicado graças a duas concepções, que são: a teoria analítica tripartida, a qual identifica o crime como fato típico, ilícito e culpável, e a teoria *ratio cognoscendi*, um pressuposto que afirma a autonomia dos elementos do crime enquanto etapas distintas a serem analisadas para se averiguar se o fato realmente comporta todos eles e, assim, pode ser considerado ilícito.

Transportando o afastamento da ilicitude para análise no plano legal, as hipóteses previstas no Código Penal, sejam na parte geral ou especial, ganham as sinonímias justificante e permissiva para expressar a vontade do legislador em considerar não punível aquele que pratica certa conduta – no caso da legítima defesa, que repele agressão injusta utilizando-se dos meios necessários com moderação.

Na parte geral do estatuto em tela, o artigo 23 contempla as seguintes causas que excluem a ilicitude: “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” (BRASIL, 1940). Anote-se que essas previsões contam com

diversos requisitos subjetivos e objetivos, estando alguns desses explícitos na lei. Os subjetivos, por sua vez, dizem respeito à vontade da vítima.

As causas de justificação possuem elementos objetivos e subjetivos. Para a justificação de uma ação típica não basta que se dêem os elementos objetivos de justificação, se não que o autor deve conhecê-los e ter, ademais, as tendências subjetivas especiais de justificação. Assim, por exemplo, na legítima defesa ou no estado de necessidade justificante, o autor deverá conhecer os elementos objetivos de justificação (a agressão atual ou o perigo atual) e ter a vontade de defesa ou de salvamento. Se faltar um ou outro elemento subjetivo de justificação, o autor não se justifica apesar da existência dos elementos objetivos de justificação. (WELZEL apud GRECO, 2004, p. 349).

Vê-se, portanto, que a constatação dos requisitos é obrigatória para se qualificar o fato como passível ou não de justificação. Considerando-se esses aspectos, passa-se abaixo à individualização de cada uma das causas excludentes de ilicitude previstas no Código Penal.

2.3.1. *Estado de necessidade*

O estado de necessidade está disciplinado no artigo 24, *caput*, do Código Penal: “Art. 24 – Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se” (BRASIL, 1940).

É uma causa excludente de ilicitude que se opera quando há o sacrifício de um bem jurídico penalmente protegido em prol de se salvar de perigo atual ou iminente direito próprio ou de terceiro, desde que ao tempo do fato não se pudesse exigir do agente conduta menos lesiva. Sempre haverá ao menos dois bens jurídicos em perigo, pelo que um será prejudicado para que o outro seja preservado.

Trigueiros (2014, p. 335), aponta os seguintes requisitos para que o estado de necessidade possa ser evocado: a) subjetivo: o agente que o utilizava deve saber que a finalidade de sua conduta é proteger um bem jurídico próprio ou de terceiro; b) objetivos: b1) perigo atual: embora na lei conste apenas que o perigo deva ser atual, a doutrina majoritária entende que o perigo pode ser iminente. É admissível que o perigo derive de uma conduta humana, animal ou de um evento da natureza; b2) existência de ameaça a bem jurídico próprio ou de terceiro; b3) perigo não causado pela vontade de quem invoca: o perigo não pode ser causado dolosamente, contudo, se for provocado por culpa, não afasta a possibilidade de se invocá-lo; b4) inexigibilidade de sacrifício do direito ameaçado: (em regra) o bem jurídico que se pretende salvar do perigo deve ser de igual ou de maior relevância do que aquele que será sacrificado; b5) inexistência do dever legal de enfrentar o

perigo: não pode invocar o estado de necessidade a pessoa obrigada a enfrentar a situação de perigo (ex.: bombeiros, salva-vidas), conforme regra do parágrafo primeiro do artigo 24 do Código Penal: “§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo” (BRASIL, 1940).

Em vista desses requisitos, a doutrina apresenta algumas espécies de estado de necessidade. As mais comuns são: 1) estado de necessidade próprio: aquele que invocar o estado de necessidade deseja salvaguardar direito próprio; 2) estado de necessidade de terceiro: quando quem invocá-lo atuar para resguardar direito alheio; 3) estado de necessidade real: ocorre quando todos os requisitos objetivos acima enumerados estão presentes; 4) estado de necessidade putativo: quem o invoca crê que sua conduta está acobertada pela excludente, quando na verdade não se verifica no caso concreto os requisitos necessários, incidindo, assim, a regra do artigo 20, §1º do Código Penal: “§ 1º - 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 culposos” (BRASIL, 1940); 5) estado de necessidade defensivo: acontece quando o bem jurídico lesado pertencer ao causador do perigo; e, 6) estado de necessidade agressivo: se dá quando o bem lesado pertencer a pessoa diferente da que causou a situação de perigo.

Não obstante todas essas espécies, há ainda o que os juristas chamam de estado de necessidade exculpante e estado de necessidade justificante. O compreensão de cada uma se desenvolve no seio de duas teorias, quais sejam: a teoria unitária e a teoria diferenciadora.

Para a teoria unitária, adotada pelo Código Penal no artigo 24, o estado de necessidade é sempre justificante, pois se trata de causa excludente de ilicitude, em que o bem sacrificado é de valor igual ou inferior ao bem jurídico preservado (razoabilidade na conduta). Mas se o interesse sacrificado for de valor superior ao que foi preservado, o crime se configurará, aplicando-se a diminuição da pena prevista no parágrafo segundo desse artigo: “§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços” (BRASIL, 1940).

Em outro sentido, o autor expõe que o teoria diferenciadora contempla os estados de necessidade justificante e exculpante, os quais podem ser identificados dependendo do valor atribuído ao bem preservado e ao bem sacrificado. Nessa trilha, o justificante se configura quando o bem jurídico sacrificado for de menor relevância que o bem preservado. É causa de exclusão de ilicitude. Já no estado de necessidade exculpante, o interesse sacrificado possui valor igual ou superior ao bem protegido. É causa supralegal de excludente de culpabilidade (também chamada de dirimente ou eximente) por atingir a inexigibilidade de conduta diversa.

2.3.2. Estrito cumprimento do dever legal

O artigo 23, inciso III do Código Penal, prescreve o estrito cumprimento do dever legal como uma das causas excludentes de ilicitude. Essa justificante ocorre quando uma pessoa, normalmente agente público, pratica fato típico por imposição legal. Em decorrência dessa previsão e determinação legal, não há que se falar em crime, pois o dever de cumprir a lei afasta a ilicitude do ato.

Quem pratica uma ação em estrito cumprimento de um dever legal imposto por lei não comete crime. Há situações em que a lei impõe determinada conduta e, em face das quais, embora típicas, não será ilícita, ainda que cause lesão a bem juridicamente tutelado. Assim, não são crimes a ação do carrasco que executa sentença de morte, do carcereiro que encarcera o criminoso, do policial que prender o infrator em flagrante, etc. (BITENCOURT apud VITOR, 2013, p. 51).

Santos (2011, p. 38) elucida que apesar do agente agir de acordo com a lei, deverá se atentar para o preenchimento de alguns requisitos que formam o instituto. O primeiro deles é a pretérita existência de um dever legal. “Este requisito engloba toda e qualquer obrigação direta ou indireta que seja proveniente de norma jurídica”, não sendo necessário que ela seja oriunda de lei no sentido formal. Pode ser um ato administrativo, uma decisão judicial e etc.

Outro requisito é o estrito cumprimento da ordem. A caracterização dessa causa justificante requer que o agente observe os limites inerentes ao seu dever. Se extrapolar o cumprimento poderá ser responsabilizado criminalmente.

O derradeiro pressuposto é a execução do ato por agente público, ou, excepcionalmente, por particular. Mesário eleitoral e jurado não são considerados particulares, pois durante o tempo em que desempenham suas funções o fazem na condição de agentes públicos. Particular são os pais, *v.g.*, que devem educar e vigiar seus filhos.

O elemento subjetivo consciência deve estar presente, pois se a pessoa que praticar o ato não o fizer sabendo do seu dever legal, configurar-se-á um delito.

2.3.3. Exercício regular de direito

O indivíduo que exerce um direito previsto em lei não pode ser punido criminalmente por fazê-lo. Em outras palavras, caso certa conduta seja regulamentada e autorizada por qualquer ramo do Direito ou mesmo por uma norma da legislação extravagante, os efeitos dessa lei quanto a licitude da ação ou omissão deverão ressoar no Direito Penal de modo que

impeça a persecução estatal em desfavor daquele que pratica o fato.

Santos (2011) descreve três requisitos que informam o exercício regular do direito. Inicialmente diz que a existência dessa justificante requer que a lei prescreva a conduta. Ou seja, o direito deve ser lícito e previsto no ordenamento jurídico, já que haver-se-ia ilegalidade se a lei fosse silente, assim como incompatibilidade caso a conduta autorizada fosse ilegal.

O segundo ponto destacado pelo autor é a regularidade da conduta, pois o agente deve agir nos limites da norma, caracterizando crime caso o faça com excesso ou desvio.

Ainda há a imprescindibilidade do critério subjetivo, que é a capacidade do agente saber que está agindo em conformidade com a lei.

Observe-se que apesar das similaridades, não se pode confundir o estrito cumprimento do dever legal com o exercício regular do direito, vez que “o segundo diz respeito a um direito previsto em lei, e não de um dever, de uma obrigação legal” (VITOR, 2013, p. 52). Enquanto no exercício regular do direito não há obrigação para se praticar um ato, no estrito cumprimento existe um dever a ser cumprido.

2.3.4. *Legítima defesa*

Os tópicos antecedentes demonstraram que a legítima defesa é um instituto demarcado pela senilidade e mutabilidade ao longo das transformações do Direito, seja no Brasil ou em outros ordenamentos jurídicos. Sua relevância para o campo penal foi modulada gradativamente à medida que os conflitos sociais iam se intensificando, pleiteando-se por isso estudos cada vez mais apurados para seu desenvolvimento. O entendimento da legítima defesa, segundo Santos (2011), está assentado na ineficácia da proteção estatal em circunstância de injusta agressão. Nessa hipótese o particular é autorizado a agir em defesa própria, substituindo a atuação do poder público, o qual mediante lei afastou de punição esse tipo de conduta, desde que, é claro, se cumpra os requisitos estabelecidos.

Atualmente a legítima defesa está prevista como causa excludente de ilicitude no artigo 23, inciso II, do Código Penal, bem como no artigo 25 do mesmo diploma, com a seguinte redação: “Art. 25 – Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (BRASIL, 1940). Desse dispositivo obtém-se alguns requisitos objetivos que lhe dão eficácia prática. O requisito subjetivo, conquanto não esteja proposto em norma, é indispensável para a verificação dessa justificante.

Trigueiros (2014, p. 336) descreve e divide os requisitos da legítima defesa assim: a)

subjetivo: conhecimento da situação de injusta agressão e conduta voltada para repeli-la (*animus defendendi*)²; b) objetivos: retirados do artigo 25 do Código Penal; b1) agressão injusta atual ou iminente: a agressão deriva, obrigatoriamente, da conduta humana, jamais de animal ou evento natural; b2) direito próprio ou alheio agredido ou próximo de sê-lo: admite-se a legítima defesa própria e de terceiro; b3) uso dos meios necessários: somente os meios imprescindíveis à cessação da agressão devem ser empregados; e b4) moderação no uso dos meios necessários: o meio escolhido deve ser o menos danoso e sua utilização feita moderadamente.

Diante desses requisitos, é importante esclarecer alguns pontos. No item b1, referente à injusta agressão, há que se tomar cuidado para não confundi-la com provocação. Santos (2011) salienta que a provocação poderá ou não configurar a agressão. Isso se dá porque apenas em casos atípicos a provocação ganhará contornos de injusta agressão capaz de lesionar bem jurídico. Daí, se essa hipótese for verificada, o uso da legítima defesa se justifica, de modo a servir de proteção ao bem jurídico do agredido. No mais Santos diz que a agressão deve ser injusta, no sentido de contrariar o Direito, seja ele qual for.

Nos itens b3 e b4 constata-se que o uso da legítima defesa deve pautar-se pelos meios necessários de maneira moderada. Santos (2011, p. 28) elucida que os meios necessários são “[...] aqueles menos lesivos que estão à disposição do agente no momento da agressão injusta. Por exemplo, se o agente pode escolher entre um pedaço de madeira e uma arma para repelir uma agressão, deve optar pela primeira”. Já a moderação, profundamente ligada àquele, se consubstancia na proporcionalidade entre a repulsão e a injusta agressão. A moderação, conforme visto no tópico 2.2, é uma das bases da legítima defesa, condutora do adequado exercício do instituto, pois, em regra, “[...] a lesão a um bem jurídico de pequeno valor não justifica a reação contra um de maior valor, como a vida. Havendo uso desnecessário do meio, constituirá excesso, este que pode ser doloso, culposo ou mediante erro” (SANTOS, 2011, p. 28). Portanto, o uso proporcional ou desproporcional dos meios necessários representa um dos motivos pelos quais se pode verificar ou não o aparecimento dos excessos no âmbito da legítima defesa.

Além dos requisitos objetivos e do subjetivo, Trigueiros (2014, p. 336) cuida de descrever as espécies da legítima defesa, que para ele são: 1) legítima defesa própria: quem a invoca o faz com o intuito de repelir agressão injusta a direito ou bem jurídico próprio; 2)

² “O elemento subjetivo existente na legítima defesa é a vontade de se defender ou defender direito alheio. Além do preenchimento dos requisitos objetivos, precisa haver no agente o *animus defendendi* no momento da ação. Se o agente desconhecia a agressão que estava por vir e age com intuito de causar mal ao agressor, não haverá exclusão da ilicitude da conduta, pois haverá mero caso de coincidência” (SANTOS, 2011, p. 28-29).

legítima defesa de terceiro: a agressão é praticada em detrimento de um terceiro, havendo alguém que rechace a agressão em seu favor; 3) legítima defesa real: quando a situação fática comportar os requisitos objetivos do artigo 25 do Código Penal; 4) legítima defesa putativa: pelas circunstâncias, o agredido acredita que sua conduta está acobertada por essa causa de justificação, quando, na verdade, a situação não preenche os requisitos legais, nos moldes do artigo 20, §1º do Código Penal; 5) legítima defesa recíproca: essa espécie é inadmissível no ordenamento jurídico pátrio, visto que não se pode conceber que uma pessoa esteja agredindo a outra injustamente e vice-versa; 6) legítima defesa sucessiva: ocorre em caso de excesso. Alguém que é vítima de agressão injusta, ao se defender, o faz imoderadamente, deixando de ser agredido e passando a ser agressor.

2.3.4.1. Outras questões relevantes sobre a legítima defesa

A compreensão e aplicabilidade da legítima defesa não se resume às teorias e conceitos que lhe são próprios. Como instituto do Direito Penal, sua operação requer a intersecção com outros temas da área, como a inimputabilidade e a omissão. Essa complexidade, embora não seja peculiar à legítima defesa, é sobre ela acentuada diante das problematizações oriundas da doutrina e jurisprudência, as quais, em vista dos casos em que a legítima defesa é conclamada a atuar, não deixam de elaborar novas concepções para a “resolução” das demandas. Esses fatores, por si sós, já indicam a necessidade de se citar algumas dessas visões, ainda que não sejam as mais usuais, considerando a esporadicidade com que os fatos que lhes dão surgimento acontecem ou a pouca notoriedade a elas entornada.

O *commodus discessus*, v.g., consiste na possibilidade do agredido evadir-se do local em que a agressão injusta será praticada, evitando-se que ela ocorra. Dito de outra forma, o agredido simplesmente valer-se-ia da fuga e da inércia ao deixar de praticar qualquer conduta para repudiar a violência que estava prestes a sofrer. Em razão dessa escapatória, a invocação do instituto seria desnecessária. Todavia, os tribunais e a doutrina em geral tem admitido que mesmo nessas condições a legítima defesa pode ser exercida. Argumenta-se nessa linha de pensamento que o Código Penal não exige o acovardamento da defesa do indivíduo diante de uma agressão injusta com chance de se safar. Assim, o sujeito terá a faculdade de se defender ou de fugir do local (Cf. SANTOS, 2011). Ademais, Roxin (apud FREITAS, 2002, p. 26) fala que “escapar correndo não é repelir agressão”. Também, narra que a fuga implicaria conferir aos criminosos “o poder de expulsar os cidadãos pacíficos de todos os lugares onde quisessem impor o seu domínio; e isso seria incompatível com o princípio da prevalência do direito e da

ordem legal pacífica”.

Dissentindo dessa concepção, Freitas (2002) salienta que admitir a legítima defesa quando o sujeito pode se retirar do local para evitar a agressão é enaltecer uma moral conservadora, de exaltação do conflito e do heroísmo, bem como para se utilizar a legítima defesa como meio de punição do agressor e vingança do agredido, além, ainda, de haver a desconsideração do critério da proporcionalidade, eis que em vista da regra de que o direito deve prevalecer sob o injusto, custe o que custar, desvirtua-se a defesa e se causa resultados desastrosos.

Situação similar em que o tema segue acalorado se refere à agressão injusta praticada por inimputável. Alguns juristas aduzem que nessa hipótese, estar-se-á diante de estado de necessidade, já que o inimputável não pode ser culpado. Entretanto, esse argumento é insubsistente para a maior parte dos estudiosos, especialmente porque “o estado de necessidade visa evitar perigo atual. A legítima defesa busca salvar o bem jurídico de dano atual ou iminente, este que pode ser causado por um inimputável, da mesma forma que pode criar uma situação de perigo” (SANTOS, 2011, p. 31). Isto é, ainda que a inimputabilidade seja causa eximente, o inimputável pode agir voluntária e ilicitamente, ofendendo injustificadamente bem jurídico alheio, o que, nos termos do artigo 25 do Código Penal, dá azo à sua proteção pela legítima defesa. Para nenhuma causa de exclusão de culpabilidade o uso da legítima defesa é vedada.

Questões também pouco debatidas na doutrina se ligam à agressão injusta praticada por meio de omissão e a legítima defesa exercida por omissão (legítima defesa omissiva). Na legítima defesa omissiva, o objetivo é repelir a agressão injusta mediante uma conduta negativa. Essa maneira de defesa, apesar de destoar do sentido regular de ação da legítima defesa (um agir positivamente/um fazer para afastar a agressão), é reconhecida como meio legítimo para se afastar a injusta agressão.

A injusta agressão omissiva, por sua vez, decorre de quem possui o dever jurídico de agir, em conformidade com o rol casuístico do artigo 13, §2º do Código Penal. Santos (2011, p. 31) cita “o carcereiro que não põe em liberdade o preso que teve seu alvará de soltura expedido”. Nessa situação, o detento poderá exercer a justificante. O autor ressalva que “não estará autorizado o uso desta excludente de ilicitude quando o agressor estiver acobertado por qualquer outra causa justificante, como por exemplo o estrito cumprimento de dever legal. Isto porque o que dá legitimidade para a legítima defesa é a injustiça da agressão”.

Releva expor também que a doutrina traz três outros tipos da excludente: a legítima defesa contra ato de pessoa jurídica, a legítima defesa contra multidão e a legítima defesa nas

relações familiares.

Sobre as pessoas jurídicas, deve-se salientar que suas atividades são comandadas e se desenvolvem sob ordens de seus representantes legais e demais responsáveis pela realização dos seus fins institucionais. Ao se invocar a legítima defesa contra ato praticado por pessoa jurídica, está-se, na verdade, repelindo injusta agressão impingida por seres humanos, mas em nome e normalmente no âmbito da pessoa jurídica. Nucci (apud SANTOS, 2011, p. 37) explicita o caso de um funcionário que, em um mural da empresa onde trabalha, vê muitos insultos à sua pessoa. Valendo-se da legítima defesa, esse funcionário quebra o vidro e os elimina, sem que lhe recaia, portanto, qualquer punição.

Quanto à injusta agressão advinda de multidão, o autor diz que apesar da divergência em relação à natureza da violência, se na realidade se trata de um perigo ou uma agressão, deve-se entendê-la como agressão. Ademais, ensina que não interessa se ela é praticada de maneira individualizada ou não, o que a lei comina é a presença da agressão injusta, a qual pode acontecer.

Nas relações familiares a legítima defesa pode ser exercida pelo filho em detrimento daquele que possui o dever legal de lhe prestar cuidado, quando o castigar imoderadamente, e vice-versa. Já na relação marital a legítima defesa é invocável quando um dos companheiros agredir o outro.

3. EXCESSOS NA LEGÍTIMA DEFESA

A análise teórica do excesso percorre necessariamente diversas interpretações doutrinárias da lei e concepções nas quais se pode identificar os principais motivos que o fazem erigir. Ele representa a conduta humana praticada com violação aos domínios da norma. Pode adquirir a forma dolosa ou culposa, praticado por ação ou omissão, assim como é possível vê-lo recair sobre as condutas em erro, de tipo e de proibição, ou ainda ganhar os aspectos intensivo e extensivo. Todos esses tipos de excesso são admissíveis no âmbito da legítima defesa e estão sujeitos à punição se forem detectados na avaliação concreta do caso, considerando o caráter escusável ou inescusável nas situações de falsa percepção da realidade e desconhecimento da ilicitude do fato.

3.1. Considerações iniciais sobre o excesso

Até aqui o crime e a legítima defesa foram analisados em diferentes vertentes e por meio de alguns teóricos que na tentativa de desenvolver a compreensão desses assuntos, tornam a teoria do crime um lugar recheado de concepções plurais que ora se afrontam e em alguns casos se confirmam ou complementam, como as teorias analítica tripartida do delito e *ratio cognoscendi*, respectivamente. Isso tudo serviu e permitirá que a questão dos excessos na legítima defesa, ponto fulcral em jogo, seja descrita de maneira menos exógena e mais didática possível, observando-se as limitações inerentes à metodologia do trabalho.

Mas em linha de princípio é importante dizer que a investigação dos excessos perpassa indispensavelmente pela rota de outros temas de signo penal, como o erro de tipo e de proibição, o dolo e a culpa, além das especificidades concernentes ao tema, como o excesso intensivo e extensivo. Porém, não se trata de uma descrição engessada, até porque no ordenamento jurídico os direitos costumam se conectar, conforme explicitado no item 1.1. Entender o excesso significa aceitar sua dependência a outros institutos penais, a outras normas que o regulamentam, pois ele “[...] não apresenta autonomia jurídica, isto é, não pode ser aplicado isolada e independentemente. Sua aparição e sua aplicação só podem ocorrer se e quando vinculados a outros institutos” (GUERRERO apud VITOR, 2013, p. 62). O próprio conceito de excesso transmite sua natureza condicionada: é algo além do normal, daquilo que

se permite e espera¹. É o superlativo dos limites traçados por uma norma.

Na legislação doméstica o excesso é prescrito como um ato ilícito, verificado em certas situações, como de justificação e de erro, em que as fronteiras literais que dão forma ao dispositivo dessas causas excludentes são ultrapassadas (ou nos regramentos dos erros). O artigo 23 do Código Penal, citado no tópico 2.3, enumera as situações permissivas² para as quais o parágrafo único do mesmo comando diz que o excesso é punível a título de dolo ou culpa: “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo” (BRASIL, 1940). No entanto, é sob os núcleos do artigo 25 (legítima defesa) que o excesso ganha relevo, precipuamente pela frequência com que o problema é visto e em face da quantidade de estudos que lhe foram/são elaborados.

Segundo esse dispositivo, a legítima defesa acontece quando se usa moderadamente os meios necessários para repelir injusta agressão. Sob o prisma jurídico-penal, essa oração além de representar os requisitos objetivos do instituto, também traz seus limites de validade. De maneira mais clara: dizer que usar moderadamente + os meios necessários + para repelir injusta agressão = cuidam-se das condicionantes legais para a invocação da legítima defesa e formam os parâmetros limiares para a constatação do excesso.

No que se refere ao erro de tipo e de proibição, o legislador estabeleceu em dois artigos, 20 e 21 do Código Penal, as possibilidades de incidência de cada um. Grosseiramente se afirma que o excesso na legítima defesa recai sobre eles porque mesmo em situação de defesa a ideia de erro na conduta não está afastada. Pelo contrário, se o anexim “errar é humano” assiste razão de ser, no exercício da legítima defesa ele se traduz numa verdade porque a defesa é uma manifestação animalesca para a qual o homem se tornou referência ao longo dos séculos.

Ressalte-se que há requisitos a serem observados para cada um dos erros, alguns retirados da lei e outros fruto de construção doutrinária. Por exemplo, a existência do excesso na legítima defesa por erro de tipo pressupõe que o agredido acredite seriamente estar sofrendo uma injusta agressão, quando, na verdade, não havia agressão ou esta não era injusta. Não obstante, age para “repelir a agressão” e utiliza sem moderação os meios necessários, caracterizando, por conseguinte, o excesso. A questão deve ser avaliada nos moldes do artigo 20, §1º do Código Penal. Já o excesso na legítima defesa por erro de proibição acontece quando o agredido crê estar agindo de acordo com uma causa permissiva e

¹ Cf. Vitor, 2013.

² Estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

ultrapassa os limites inerentes ao instituto. O artigo 21 e parágrafo único prescreve as regras para esse caso.

Dessas observações se vê sem esforço que o excesso na legítima defesa nasce da desproporção entre a conduta para proteger um bem jurídico e a injusta agressão. Uma vez constatado, há que se punir o agente que o praticou, porque “aquele que se encontrava amparado pela proteção da causa que exclui a ilicitude e, portanto o crime, repentinamente se vê transportado para o campo proibido, tendo que ser responsabilizado penalmente, via de regra, por seu comportamento excessivo” (GUERRERO apud VITOR, 2013, p. 63).

Toda conduta praticada em excesso é ilícita, devendo o agente responder pelos resultados dela advindos. Os resultados que dizem respeito às condutas praticas nos limites permitidos pela legítima defesa são amparados por esta causa de justificação; os outros resultados que surgiram em virtude do excesso, por serem ilícitos, são atribuídos ao agente, que por eles terá que ser responsabilizado. (GRECO apud VITOR, 2013, p. 64).

A punição pelo excesso, levando-se em conta as hipóteses acima elucidadas, deve acontecer acompanhada das teorias aplicáveis e dos fundamentos legais, o que facilita, inclusive, a compreensão do assunto. Da lei e da doutrina colhe-se o que se chama de “tipos” de excessos praticados em legítima defesa. Os mais comuns são: excesso doloso, excesso culposo, excesso intensivo, excesso extensivo, excesso por erro de tipo e excesso por erro de proibição.

3.2. Excesso doloso

Para o estudo do dolo não se pode olvidar que o Código Penal o preconiza como a vontade livre e consciente de o agente querer ou assumir o risco de produzir o resultado, em atenção ao descrito no item 1.3.1.1. Dessa maneira, age com dolo o agredido que ao invocar e exercer a legítima defesa consegue afastar a injusta agressão e, mesmo após fazê-lo, continua no revide com a finalidade de causar mais danos ao agressor originário. Com a efetivação do prejuízo, constata-se que agredido excedeu os limites da justificante e, de consequência, incorreu em excesso.

Segue exemplo:

Artorius caminha até sua casa depois de um longo dia de labuta. Ocorre que, sem que este soubesse, Ulisses, seu declarado inimigo, o espera armado e com ímpeto de matá-lo. Ao avistar Artorius, Ulisses, sai da sombra, e atira na direção deste, errando. Contando com a péssima mira de Ulisses, Artorius saca sua arma e com um tiro perfeito acerta o ombro de seu inimigo, que cai ao chão, imobilizado para qualquer ação. Aproveitando-se do momento de fragilidade de seu inimigo, Artorius

se aproxima e atira na cabeça de Ulisses, matando-o. (CARDOSO, 2012, p. 52).

Nesse caso se nota que a vítima, Artorius, agiu em legítima defesa mediante o uso proporcional dos meios necessários. Isso porque, ao desferir o primeiro tiro contra o agressor Ulisses para proteger seu bem jurídico vida, o agredido conseguiu repelir a violência com a prática de um fato típico, mas devidamente justificado pela circunstâncias, pois preencheram integralmente os requisitos objetivos e o subjetivo da referida excludente. Mas embora tenha percebido que Ulisses estava imobilizado no chão em virtude do tiro, Artorius não hesitou e novamente efetuou um disparo, dessa vez na cabeça do agressor, causando-lhe a morte. A partir dessa segunda ação Artorius não estava protegido sob o manto permissivo da legítima defesa, eis que cessada a injusta agressão com o tiro inicial, intencionalmente desferiu mais um, causador do óbito de Ulisses.

Em suma, a hipótese em apreço indica que Artorius utilizou imoderadamente os meios necessários, vez que depois de desferir o primeiro tiro, ocasionou a morte de Ulisses com um disparo subsequente, o qual era desnecessário, configurando, assim, o excesso. Deve ser responsabilizado por crime de homicídio doloso. A aferição do delito deve levar em conta somente os momentos posteriores ao primeiro tiro, posto que a legítima defesa foi perfeitamente válida e o excesso doloso não a exclui.

Dotti ensina 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 resolver a situação de perigo ou de conflito, quer usando-os imoderadamente” (DOTTI apud CARDOSO, 2012, p. 53). Logo, rechaçar a injusta agressão com base nos meios necessários e com moderação constitui um dos limites da legítima defesa. O agredido que o ultrapassa, em regra, se torna agressor e pode ser punido criminalmente.

Há que se apontar ainda a distinção entre excesso doloso e aquele visto no erro de proibição. O doloso ocorre porque ao invocar a legítima defesa para afastar a injusta agressão, a vítima excede conscientemente os limites do instituto, sendo punida por isso. Já o excesso no erro de proibição é distinguido do doloso porque a vítima, mesmo depois de invocar uma justificante que não existe para “repelir a injusta agressão”, continua no contra-ataque pensando (equivocadamente) que ainda está amparado por ela. Ou seja, ela não sabe detectar o momento em que a agressão foi afastada para então fazer cessar sua conduta. Não será punida se o erro for inevitável.

Essas duas possibilidades são explanadas por Greco do seguinte modo:

Concluindo, o excesso doloso, portanto, pode ocorrer quando o agente mesmo

sabendo que com a sua conduta inicial já havia feito cessar a agressão que era praticada contra a sua pessoa: a) dá continuidade ao ataque, sabendo que não podia prosseguir, porque já não se fazia mais necessário; b) continua o ataque, porque incorre em erro de proibição indireto (erro sobre os limites de uma causa justificadora). (GRECO apud VITOR, 2013, p. 66).

O erro de proibição, assim como o erro de tipo, se aplicam ao excesso na legítima defesa em decorrência de uma releitura feita pela doutrina aos dispositivos legais que os regulamentam.

3.3. Excesso culposos

A culpa veio expressa no Código Penal em vigor como uma conduta decorrente dos requisitos de negligência, imprudência ou imperícia, conforme detalhado no item 1.3.1.1. No excesso culposos ela também se verifica por meio desses elementos só que diante de um descuido na maneira do agente se defender ou nos meios que emprega para isso, ou ainda mediante um erro inescusável (vencível).

Ocorre o excesso culposos nas seguintes situações: a) Quando o agente, ao avaliar mal a situação que o envolvia, acredita que ainda está sendo ou poderá vir a ser agredido e, em virtude disso, dá continuidade à repulsa, hipótese na qual será aplicada a regra do art. 20, §1º, segunda parte, do Código Penal; ou b) Quando o agente, em virtude da má avaliação dos fatos e da sua negligência no que diz respeito a aferição das circunstâncias que o cercavam, excede-se em virtude de um ‘erro de cálculo quanto à gravidade do perigo ou quanto ao modus da reação’ (excesso culposos em sentido estrito) (GRECO apud VITOR, 2013, p. 66-67).

O primeiro caso se trata de discriminante putativa, também chamada de culpa imprópria. Imaginando estar sofrendo agressão injusta ou que ainda poderá sofrê-la, a vítima segue impávida no ataque. Ela usa a justificante quando não é cabível e continua a se “defender” até causar lesão a um bem jurídico do seu agressor. Desse modo, a falta de cuidado a leva ao cometimento do ilícito penal, devendo responder por culpa se o crime estiver previsto como culposos, observando-se o comando do artigo 20, §1º do Código Penal e o princípio da excepcionalidade do tipo culposos, prescrito no artigo 18, parágrafo único, do mesmo estatuto.

Na culpa propriamente dita, a vítima exerce a legítima defesa e ao fazê-lo, se enquadra em alguns dos elementos da culpa – negligência, imprudência ou imperícia. Cardoso (2012, p. 54) exemplifica: “[...] para repelir uma agressão, Hércules podia ter o feito desferindo um tiro, porém, desfere quatro, não com intenção de matar, mas por não ter tido maior preocupação e percepção com a situação, caiu no excesso culposos pelo uso imoderado dos meios

necessários.” A regra da excepcionalidade também se aplica nesse caso.

3.4. Excesso intensivo

Esse tipo de excesso acontece quando a vítima utiliza meios desnecessários para repelir à agressão ou imprime nos meios necessários intensidade além da que seria preciso para fazer cessar a violência. Greco (apud CARDOSO, 2012, p. 54) explica: “Diz-se que o excesso é intensivo quando o agente utiliza um meio com potencial lesivo além do necessário ou utiliza o meio necessário com desproporcionalidade em relação à agressão” (apud CARDOSO, 2012, p. 54). Em decorrência do excesso, a vítima será responsabilizada.

Entretanto, a doutrina ressalta que caso o excesso seja praticado em estado astênico, em que há medo considerável, susto ou perturbação afetando os sentidos motores do agredido no momento em que exerce a legítima defesa, ter-se-á a descaracterização do excesso e do crime pela exclusão da culpabilidade, uma vez que na circunstância não se podia exigir dele outra conduta.

[...] não se pode igualmente censurar o agente pelo excesso, por não lhe ser humanamente exigível que, em frações de segundo, domine poderosas reações psíquicas – sabidamente incontornáveis – para, de súbito, agir diante do perigo, como um ser irreal, sem sangue nas veias e desprovido de emoções. Assim, aceitam a doutrina e a jurisprudência e a legislação alemãs o excesso intensivo de legítima defesa como causa de exclusão da culpabilidade, nas hipóteses mencionadas. (TOLEDO, 1994, p. 330).

Atingido, portanto, um dos elementos da culpa, aqui, a exigibilidade de conduta diversa, o excesso praticado pelo agredido será exculpante, isto é, causa suprallegal de exclusão da culpabilidade.

APELAÇÃO. JÚRI. LEGÍTIMA DEFESA. EXCESSO CULPOSO OU DOLOSO. EXCESSO EXCULPANTE. Reconhecida pelo Júri a ocorrência do excesso no exercício da legítima defesa e, negado que tal tenha sido doloso ou culposo, conclui tratar-se de excesso inevitável, escusável, portanto, impunível, porque exculpante, restando o agente absolvido pela legítima defesa inicialmente reconhecida. (Apelação n. EW20010550057952APR, Rel. EVERARDS MOTA E MATOS, jul. 09.04.2003).

Via de regra o excesso intensivo deve ser punido, ressalvando-se os casos praticados pelo agredido quando não possuir condições em face da injusta agressão, configurando excesso intensivo exculpante na legítima defesa.

3.5. Excesso extensivo

O excesso extensivo ocorre quando a defesa continua a ser praticada depois da cessação da injusta agressão. O agredido exerce a legítima defesa, consegue repelir a agressão e mesmo assim segue com seus atos, prolongando no tempo sua conduta, que passa a ser ilícita. “É o exemplo de quem estava desferindo socos em seu agressor e, após cessar a ação deste, continua até atingir o resultado morte” (VITOR, 2013, p. 68). Pode-se dizer que o excesso é extensivo doloso.

[...] poderíamos diferenciar as duas modalidades de excesso da seguinte forma: há excesso intensivo se o agente, durante a repulsa à agressão injusta, intensifica-a imoderadamente, quando, na verdade, para fazer cessar aquela agressão, poderia ter atuado de forma menos lesiva; o excesso extensivo ocorre quando o agente, tendo atuado nos limites impostos pela legítima defesa, depois de ter feito cessar a agressão, dá continuidade à repulsa praticando, assim, neste segundo momento, uma conduta ilícita (GRECO apud VITOR, 2013, p. 68).

Sobreleve-se que não há possibilidade de se haver excesso extensivo exculpante, pelo simples fato de que os atos praticados para além do encerramento da agressão não estão acobertados pela legítima defesa, bem como em vista dos atos em excesso não proporcionarem alterações psicomotoras.

3.6. Erro de tipo

O legislador alocou o erro de tipo no Código Penal com a seguinte redação: “Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei” (BRASIL, 1940).

Tipo penal, ou legal de crime, como diz o referido comando, são artigos de lei que em forma de texto disciplinam crimes e cominam penas. Além desses há também os tipos que prescrevem condutas consideradas lícitas, embora típicas. Diante disso, a doutrina dividiu os tipos penais em duas grandes categorias, quais sejam: os tipos penais incriminadores e os tipos penais permissivos. Segundo Trigueiros (2014, p. 329), aqueles descrevem a figura criminosa ou contravencional, impondo as respectivas penas, enquanto esses cuidam de apresentar a forma pela qual uma conduta será lícita. Ex.: legítima defesa e estado de necessidade (artigos 25 e 24, ambos do Código Penal).

Os tipos incriminadores, conforme pronunciado pelo artigo em destaque, contam com elementos que os constituem. São compostos por elementos objetivos, subjetivos e normativos. Trigueiros (2014, p. 329-330) explica que os objetivos (ou descritivos) se referem

às circunstâncias em que a ação ou omissão delituosa é cometida. São de fácil identificação, pois não há necessidade de se produzir qualquer juízo de valor. “Ex.: no homicídio, temos o verbo ‘matar’, seguido da expressão ‘alguém’. Esta é considerada elemento objetivo do tipo, visto que de fácil assimilação e compreensão”. Os subjetivos dizem respeito à intenção do agente. É o dolo específico ou especial fim de agir do agente. O autor salienta que nem todo tipo penal possui elemento subjetivo. “Ex.: no crime de furto, não basta ao agente agir com dolo na subtração da coisa alheia móvel, sendo imprescindível que atue com *animus rem sibi habendi*, ou seja, com a intenção de assenhorear-se definitivamente da coisa furtada.” Já os normativos dependem da emissão de um juízo de valor para ser compreendidos. Podem advir de uma acepção jurídica (elemento normativo jurídico), como “o conceito de documento para fins de caracterização do crime de falsificação de documento”, ou de uma conotação extrajurídica (elemento normativo extrajurídico), como no crime de ato obsceno, em que se exige para a expressão “obsceno” um juízo de valor moral (extrajurídico).

A identificação desses elementos é relevante para a correta constatação do erro de tipo incriminador. Mas o erro que realmente importa aqui é o erro incidente sobre as causas justificantes, notadamente em relação à legítima defesa. Os elementos dessa causa excludente se referem, consoante vislumbrado no item 2.3.4., às circunstâncias que autorizam seu regular exercício e seus limites de validade.

O parágrafo primeiro do artigo 20 do Código Penal prevê a regra aplicável às causas excludentes de ilicitude em caso de erro do agente ao exercê-las: “§1º - 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 culposos” (BRASIL, 1940). Nesse comando se alicerça a expressão “descriminantes putativas”, as quais, em resumo, se tratam das causas justificantes invocadas e exercidas pelo agente sem o preenchimento dos requisitos legais, ante sua falta de percepção correta dos fatos ao tempo do crime. Ele pratica uma excludente de ilicitude quando a situação fática não permite sua invocação. Assim, a legítima defesa é putativa quando o agente supõe que ela exista por uma equivocada percepção da realidade (erro), e, com isso, viola bem jurídico alheio.

Em razão da possibilidade de configuração do erro de tipo no crime e nas causas justificantes, e frente sua capacidade ou não de afastar a punição do agente que nele incorrer, Trigueiros faz algumas diferenciações. Para o autor, o erro de tipo incriminador, o qual recai sobre os elementos e circunstâncias dos tipos criminais, e o permissivo, que afeta as causas excludentes de antijuridicidade, pertencem ao erro de tipo essencial.

Entende-se por erro uma falsa percepção da realidade. Quando essa ‘falsa percepção’ recair em algum elemento do tipo penal, estaremos diante do denominado erro de tipo. O erro de tipo pode ser: I. ESSENCIAL = é aquele que irá recair sobre elementares (dados essenciais do tipo) e circunstâncias (dados acessórios do tipo, que somente refletem na pena [crime cometido em repouso noturno, v.g.]). O erro de tipo essencial se subdivide em: a) incriminador: afasta o dolo e a culpa, se invencível; afasta o dolo se vencível, remanescendo a culpa, se admissível for; b) permissivo: afasta o dolo, remanescendo a culpa se o erro for vencível – é a chamada culpa imprópria. Recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa excludente da ilicitude – ex.: legítima defesa e estado de necessidade, dando azo ao surgimento das descriminantes putativas por erro de tipo. (TRIGUEIROS, 2014, p. 334).

Observe-se que a detecção do erro, por si só, não isenta o agente responsabilidade criminal. Para que a sanção penal seja afastada, é indispensável a averiguação do erro, se escusável ou inescusável.

Escusável é o erro invencível, ou seja, aquele que mesmo o sujeito agindo com prudência se revela inevitável. Logo, se não pode ser evitado, dolo e culpa não integram sua conduta, sendo, portanto, atípico o fato, inviabilizando a punição. Por outro lado, inescusável é o erro vencível, passível de ser evitado. Bastava ao autor do erro ter agido com mais prudência e seria capaz de não incidir no erro. Há, assim, culpa em sua ação, admitindo-se a punição por crime culposos se houver previsão legal.

Deve ficar claro que tanto no erro de tipo incriminador quanto no erro de tipo permissivo, a invencibilidade do erro afasta o dolo e a culpa, ao passo que o caráter vencível do erro faz a culpa subsistir, punindo-se o agente se ela for admissível – artigo 18, II do Código Penal.

Contudo, Trigueiros aduz que no erro de tipo acidental a punição não pode ser impedida.

II. ACIDENTAL = é aquele que recai sobre dados acidentais, vale dizer, irrelevantes para a caracterização do crime ou contravenção. Subdividem-se em: a) *aberratio ictus* = erro na execução (o agente, por falha na pontaria, por exemplo, atinge uma pessoa diversa da pretendida, respondendo como se houvesse atingido a vítima visada); b) *aberratio criminis* = resultado diverso do pretendido (o agente, por erro na execução, atinge bem jurídico diverso do inicialmente pretendido, motivo pelo qual responderá pela forma culposa, se existir, do resultado efetivamente provocado por sua conduta); c) *aberratio causae* = erro quando ao nexo causal (o agente acredita, com sua conduta, haver causado o resultado quando, em verdade, outra foi a causa efetiva do resultado); d) *error in persona* = erro quanto a pessoa (o agente, por equívoco, acredita que a vítima seja ‘A’ quando, em verdade, a ‘vítima correta’ seria ‘B’, motivo pelo qual responderá como se houvesse praticado o crime contra a vítima visada – ‘A’, no caso); e) *error in objecto* – erro quanto ao objeto (o agente acredita que o objeto do crime seja um, quando, em verdade, é outro – ex.: ‘A’ furta 1kg de sal acreditando tratar-se de açúcar). (TRIGUEIROS, 2014, p. 334). (grifo no original).

Diante dessas hipóteses, Trigueiros (2014, p. 334) argumenta que “o erro de tipo accidental, como o nome diz, é meramente accidental, remanescendo a responsabilidade penal do agente.” É por isso que o *error in persona* (letra d) foi contemplado expressamente pelo Código Penal no parágrafo terceiro do artigo 20, prescrevendo a punição do agente que prejudicar bem jurídico de terceiro, mesmo que por erro. Confira-se: “§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime” (BRASIL, 1940).

Assim, esse erro, além de não excluir a tipicidade do fato, ainda vai fazer com que o agente responda pelo fato como se não tivesse errado. Se queria matar Pedro, seu pai, e acabou matando Mauro, um estranho, o agente vai responder como se tivesse matado, efetivamente, o próprio pai, com a agravante do art. 61, II, e. (TELES apud CARDOSO, 2012, p. 60).

Situação diferente de erro de tipo é a que está prevista no parágrafo segundo desse mesmo artigo e diploma: “§2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro (BRASIL, 1940). O terceiro que agir para que o erro e o crime aconteça, por ele deverá ser punido. Detalhadamente Delmanto explica como essa responsabilidade penal deve ser obtemperada.

a. Se a terceira pessoa que causou o erro agiu dolosamente como o propósito de provocar o engano para que o crime ocorresse, houve provocação dolosa e ela responderá pelo crime na forma dolosa. b. Se tiver causado o erro por culpa, houve provocação culposa e a pessoa que o determinou responde por culpa, se o fato for punível a tal título. c. O provocado, ou seja, o sujeito que errou por provocação de outrem, estará isento de pena, se o erro a que foi levado era inevitável, ou responderá por culpa, se pudesse ter evitado tal engano caso agisse tomando os cuidados objetivos necessários, e o fato for punível a título de culpa. (DELMANTO apud CARDOSO, 2012, p. 60).

Portanto, antes de adentrar o mérito acerca do excesso provocado pelo erro de tipo, foi preciso elucidar as previsões legais e as concepções doutrinárias relativas aos tipos essencial e accidental, posto que auxiliaram para aluminar algumas sombras que pairavam sobre o tema e seguidamente propiciarão sua análise de maneira mais coerente.

3.6.1. Excesso por erro de tipo (permissivo – legítima defesa)

O erro de tipo se justifica quando o agente pratica ação ou omissão imbuído por uma incorreta consciência da realidade. Mais especificamente: a conduta do sujeito que é constituída de ignorância, seja esta vencível ou invencível, recairá sobre os elementos do tipo incriminador ou permissivo e fará com que a responsabilidade jurídico-penal seja avaliada de

acordo com sua capacidade de compreensão dos fatos no momento do delito. Essa permissibilidade legal acerca da incidência do erro nos tipos legais “autorizou”, de certa forma, que o excesso pudesse também acontecer no erro de tipo permissivo, ou seja, ser produzido no exercício equivocado de uma causa excludente de ilicitude – criando o excesso por erro de tipo permissivo. Frise-se que a punição pelo excesso segue a regra do erro escusável e inescusável. Caso ele seja fruto daquele, isento será o agente de pena, e se do segundo advier, sobrevirá a culpa. Jesus ensina:

Ele supõe, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, que incide sobre cálculo quando à gravidade do ataque ou quanto ao modo da repulsa, encontrar-se ainda na situação de necessidade de reagir. Há erro de tipo escusável. [...] Cuidando-se de erro inescusável, vencível, que o homem equilibrado não deveria cometer, advindo de imponderação, desatenção, o agente responde por tipo culposo, contido no art. 23, parágrafo único, do Código Penal (JESUS apud CARDOSO, 2012, p. 61).

Embora a primeira vista o excesso por erro de tipo permissivo pareça confuso, sua compreensão prescinde de qualquer forçosa manobra mental em relação aos outros tipos de excesso supramencionados. Para esclarecer o assunto, implica citar um exemplo:

Cadmo estava em sua casa à frente da TV, em um final de noite, quando escuta Agamenon, marido de Afrodite, [a qual] era amante de Cadmo, gritando: - ‘Cadmo, seu bastardo, vou lhe dar um tiro na cara’. Cadmo, escutando os gritos, [...] pega seu revólver e se posta em diagonal em relação à esta. Assim, quando Agamenon adentra a casa de Cadmo, este de pronto desfere um tiro que acerta o peito de seu rival. Para sua surpresa, Agamenon não se encontrava armado, vinha até sua casa, movido pela paixão e [apenas] o ameaçava com um infeliz blefe. (CARDOSO, 2012, p. 61).

Retira-se da leitura dessa narrativa que Cadmo, ao ouvir as ameaças propaladas por Agamenon, invocou a legítima defesa quando se munuiu com a arma de fogo para repelir a injusta agressão. Ocorre que ao adentrar a casa, Cadmo não se deteve em desferir de imediato um tiro em Agamenon, o qual não estava portando arma de fogo ou qualquer outro instrumento que pudesse provocar dano a Cadmo. Daí se constata que a legítima defesa foi putativa (falsa), eis que, na verdade, não havia injusta agressão a ser repelida, tampouco capaz de permitir a utilização de um meio tão agressivo de defesa – a arma de fogo. Consequentemente, além do erro de tipo permissivo (inexistência da legítima defesa, a qual é um dos seus pressupostos fáticos)³, houve excesso no meio empregado e sua utilização foi

³ Trigueiros (2012, p. 337) preleciona a seguinte situação em que se verifica o erro de tipo permissivo: “se o erro recair sobre os pressupostos fáticos de uma causa excludente de ilicitude, estaremos diante de um erro de tipo (permissivo). É o caso do agente que, acreditando piamente ser vítima de uma agressão injusta atual ou iminente, mata seu suposto agressor. Nesse caso, terá incidido em um erro de tipo permissivo, que irá recair sobre o

imoderada, ocasionando o roto da proporcionalidade (agressão a ser repelida x bem jurídico a ser protegido). Está-se, dessa forma, diante de um exemplo de excesso por erro de tipo permissivo.

Resta se averiguar, para fins de aplicação de pena ou isenção, se o erro foi escusável ou inescusável. Observando-se a conduta de Cadmo, nota-se que ele agiu imprudentemente, pois não se preocupou em dispensar os devidos cuidados antes de portar a arma e dispará-la em desfavor de Agamenon. Assim, conclui-se que o erro de tipo foi inescusável, pois Cadmo o teria evitado caso tivesse empregado diligência mediana. Deve responder por crime culposos – homicídio culposo, artigo 121, §3º do Código Penal c/c artigo 20, §1º, segunda parte, do mesmo estatuto.

3.7. Erro de proibição

O erro de proibição, chamado também de erro sobre a ilicitude do fato, está previsto no artigo 21 do Código Penal: “Art. 21 - 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” (BRASIL, 1940). De início se percebe que o legislador dividiu o dispositivo em duas partes, diferenciando o erro provocado pela ignorância da lei do erro sobre a ilicitude do fato. Esse assunto, porém, já foi objeto de análise no item 1.3.2.2. Na ocasião chegou-se ao entendimento de que o desconhecimento do ordenamento jurídico não é motivo suficiente para excluir a responsabilidade criminal do agente, já que pode ser evitado com facilidade. Por outro lado, o erro oriundo da ilicitude da conduta é capaz de afastar completamente a culpabilidade do sujeito ou reduzir sua pena, devendo-se verificar, para isso, se o erro foi vencível ou invencível.

Essa constatação evidencia que diferentemente do erro de tipo, em que o erro recai sobre os elementos do tipo, o erro de proibição deve ser compreendido sob o manto da culpabilidade, terceiro elemento estruturante do crime segundo a teoria tripartida, bem como em relação à potencial consciência da ilicitude, segundo pilar conformador daquela. A explicação para a necessidade de observância desses preceitos liga-se ao próprio conhecimento do agente acerca da conduta que pratica. Se ele age sabendo da ilicitude de sua ação ou omissão, por ordem legal sobre ele haverá de recair a reprovação contida no Direito Penal. Mas se o faz sem atingir ou ter podido atingir essa consciência, sua culpa não poderá

pressuposto fático da excludente (no caso, a agressão injusta, indispensável ao reconhecimento da legítima defesa).” (TRIGUEIROS, 2014, p. 337).

ser excluída porque não empregou a prudência adequada para evitar o resultado. A pena pode ser reduzida. Em caso de erro inevitável, o crime não existirá.

Em vista desses esclarecimentos introdutórios, interessa agora o exame do instituto com acurado apego na segunda parte do referido dispositivo, conectando-a aos estudos correlacionados.

Vasculhando-se a literatura, a definição do erro de proibição é, sem modéstia, simplista. Ele é propagado pela conduta do agente, visto que, ao exercê-la, pensa estar agindo lícitamente, quando, ao contrário, o faz de modo ilícito. Mas cumpre advertir que a configuração do erro de proibição não requer que o sujeito detenha conhecimento técnico da ilicitude, isto é, que ele saiba que sua conduta é contrária ao ordenamento jurídico por ferir determinada lei, a qual dispõe que ele deveria agir de outra maneira ou se abster para não contradizê-la. Basta que ele possua ciência da proibição do ato no estrado do profano – que a proibição seja um conhecimento disseminado, comum entre as pessoas do lugar em que ele vive.

De qualquer forma, o erro de proibição somente será punido se fosse possível ser evitado. O parágrafo único do artigo 20 do Código Penal prescreve essa regra: “Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência” (BRASIL, 1940).

À luz do *caput* desse artigo, a punibilidade do agente que cometer o ato em erro de proibição funcionará da seguinte forma: a) erro vencível – se o agente podia saber sobre a ilicitude do fato, deve responder pelo crime com a diminuição da pena de 1/6 a 1/3; ou, b) erro invencível – se não havia maneira do sujeito adquirir a ciência da ilicitude do fato, a culpabilidade estará excluída, posto o erro atingir a potencial consciência da ilicitude.

Nessa seara Delmanto retrata o alcance do erro de proibição. Há duas formas em que o erro se verifica:

O erro de proibição deste art.21 pode incidir: 1. Quanto à existência do tipo penal. Embora conhecendo formalmente a lei, o sujeito engana-se em seu entendimento, erra na interpretação do que ele proíbe. Exemplo: O sujeito comercializa rifa com fim beneficente, sem conotação comercial, julgando que, por se tratar de prática comum, não constitui ilícito penal. 2. Quanto às causas de exclusão da ilicitude. Suposição de existir causa de excludente de ilicitude. O sujeito pensa, erradamente, que a lei contém causa de excludente da ilicitude que, na realidade, inexistente. Exemplo: o agente agride a mulher quando esta confessa estar lhe traindo, na suposição de que existiria legítima defesa da ‘honra conjugal (...)’ (DELMANTO apud CARDOSO, 2012, p. 64).

O erro de proibição, então, é produto da ignorância do agente em relação à lei,

coadunado a uma ação ou omissão que a transgrida – visto que, lembre-se, a mera alegação de desconhecimento da lei não influi na punição. Também o erro pode ser gerado pela “prática” de uma justificante que não existe, como a legítima defesa da honra conjugal.

3.7.1. *Excesso por erro de proibição*

Nos tópicos 3.1 e 3.2 o excesso por erro de proibição foi ligeiramente mencionado no intuito de se promover a contextualização dos assuntos inter-relacionados e traçar suas primeiras noções. Agora a questão ganha especificidade e se desdobra em seus pontos mais relevantes.

Conforme se viu, o erro de proibição erige substancialmente diante do desconhecimento da ilicitude do fato, vez que o agente pensa estar agindo em consonância com o ordenamento jurídico, quando na verdade destoa disso. O erro ecoa na culpabilidade porque atinge a potencial consciência da ilicitude, podendo afetá-las de tal modo que o crime seja excluído. Por isso, configurado o erro, cabe ao poder público apura-lo e constatar se ele podia ou não ser evitado. Remanesce o responsabilidade jurídica do agente se foi evitável, reduzindo-se a pena. Em caso de inevitabilidade, a culpabilidade e o crime não subsistem.

Essa espécie de erro incide sobre a existência do tipo penal ou de uma causa justificante. É sobre essas, entretanto, que as atenções aqui se voltam, pois o excesso por erro de proibição pode acontecer no âmbito da legítima defesa.

Trigueiros ensina que o fundamento para se conceber o excesso por erro de proibição em legítima defesa está no fato de que ele incorre sobre os limites da norma permissiva. Diz que esse fenômeno pode acontecer com qualquer justificante.

[...] se o erro recair sobre os limites de uma causa excludente da ilicitude, igualmente restará configurado o erro de proibição. Ocorrerá nos casos em que o agente incidir em excesso (por exemplo, na legítima defesa, quando, após cessada a ‘agressão injusta’, o agente prosseguir no contra-ataque ao agressor original acreditando que ainda está agindo em LD). (TRIGUEIROS, 2014, p. 337).

Ao praticar uma conduta em legítima defesa putativa, o agente, não obstante o erro no qual está incurso, usa os meios necessários para repelir a falsa injusta agressão de maneira imoderada, cometendo o excesso. O exemplo abaixo apresenta um caso fictício de excesso por erro de tipo na legítima defesa.

Crio chega a casa antes de seu horário convencional. Ao entrar na casa escuta barulhos vindos de seu quarto. Sem saber do que se trata vai até o escritório e pega sua pistola. Diante da porta, dá um chute nessa e tem a visão geral do quarto, e se

depara com, o até então, inesperado. Afrodite, sua esposa, está praticando conjunção carnal com Dionisio, seu amigo de infância. Crio, de pronto, achando estar abraçado pela legítima defesa, começa agredir ambos, e vai além, matando Dionísio. (CARDOSO, 2012, p. 64).

Percebe-se que Crio exerceu a legítima defesa putativa, pois na circunstância não havia injusta agressão a ser repelida. Ademais, mesmo depois de agredir Dionisio e Afrodite, estendeu seu ataque até provocar a morte de Dionisio. Logo, além de exercer uma excludente de ilicitude que não encontra previsão legal, no caso, a legítima defesa da honra, Crio prolongou sua conduta até gerar o resultado morte em seu “agressor”. O excesso se verificou por ele ter rompido a proporcionalidade ao utilizar imoderadamente os meios necessários. O erro foi vencível, pois ele poderia não ter causado a morte de Dionisio.

Cuida-se, por conseguinte, de flagrante hipótese de excesso por erro de proibição na legítima defesa.

CONCLUSÃO

Atualmente o fenômeno crime representa um dos objetos de estudo com maior difusividade na academia e no meio jurídico em geral; fato que pode ser explicado pelos incessantes estudos a seu respeito e projetos de lei para alterá-lo. Mas antes que essas mudanças lhe fossem conferidas, um tortuoso caminho foi percorrido no intuito de se buscar seu entendimento e estabelecimento sob bases legais. As primeiras dimensões do crime enquanto diploma formal e manifestação passível de punição mediante o exercício de um poder constituído volvem ao campo alienígena e datam de remotas eras. Porém são as concepções jurídico-ocidentais as principais responsáveis por possibilitar os avanços mais significativos alcançados pelos juristas e legisladores, pois na medida em que refletiam a constituição nacional do Direito Penal e a elaboração de leis incriminadoras foram se solidificando.

Vistas até hoje, essas mudanças esculpiram a teoria do crime no direito brasileiro caracterizada por carregar consigo as mais modernas ideias já elaboradas por alguns penalistas. Alocada precipuamente nos dispositivos que compõem a parte geral do Código Penal, essa teoria se destaca pela complexidade e maneira com que suas regras conseguem ser aplicadas para tratar o fato delituoso e cingir as circunstâncias dele decorrentes, permitindo, com isso, que antes, durante ou ao final da persecução penal o agente investigado ou processado possa ou não sofrer as consequências das normas punitivas em vigor.

É, assim, sob a égide dos avanços da ciência criminal que a confecção de estudos para o entendimento do crime se destaca, mormente a partir das diferentes visões que tentam conter os aspectos que cada teórico entende relevantes. Contudo, ainda que essa multifária de conhecimento não represente um empecilho, pois as diferenças são inatas e importantes para o desenvolvimento da matéria, há certa inclinação em compreender o delito como um fato social capaz de trazer sobre o agente a punição prevista em lei, observando-se a exigência de que a norma seja anterior e comine pena, consoante princípio da reserva legal (artigo 5º, XXXIV da Constituição Federal). Uma vez transformado em figura típica, o fato ilícito somente pode ensejar a condenação de alguém se de outra forma o direito não puder resolver, isso porque os constrangimentos a que o exercício do *jus puniendi* e a condenação expõem o autor da infração desde logo revelam a natureza excepcional do processo e das leis criminais. Por isso se diz que o brocardo *ultima ratio* é quem deve nortear a intervenção estatal.

De toda sorte, interessa trazer a lume que qualquer explicação relativa ao crime e a punição deve ser aferida segundo a concepção mais aceita em relação à conformação do delito, no caso, em consonância com a teoria analítica tripartida, a qual preponderou no Brasil e é utilizada para dizer que o crime é um fato típico, ilícito e culpável. A adoção dessa teoria objetivou, dentre outras coisas, superar a “insuficiência” dos conceitos formal e material, pois não podiam explicar certos acontecimentos. Esses pilares informadores do tipo contam com requisitos particulares que precisam ser integralmente constatados diante de cada situação, sob pena de ser afastado o dever jurídico resultante da violação da lei. No caso do fato típico, firmou-se consenso no sentido de que sua composição é feita pela conduta, resultado, nexos causal e tipicidade. A ilicitude (antijuricidade), por sua vez, se verifica quanto a conduta for capaz de, formal e materialmente, romper o ordenamento jurídico. Já a culpabilidade estará presente quando houver a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Concomitante as alterações conceitual e substancial do delito, o legislador acolheu a teoria finalista da ação. Ela, diferentemente da analítica tripartida, recaiu sobre o elemento culpabilidade e daqui deslocou o dolo e a culpa para o fato típico, uma vez que é no âmago da conduta que esses substratos psicológicos devem ser corretamente avaliados, permitindo-se a verificação da real finalidade do agente. A partir daí o dolo foi transformado em pressuposto natural e culpabilidade ganhou aspecto puramente normativo – circunstância que propiciou a adoção da teoria normativa pura da culpabilidade.

Visualizado o delito com esteio nos vieses teórico e legal, a ilicitude reaparece como tema da história da legítima defesa à medida que o direito de defesa e a configuração do ilícito requereram a inserção de limites para diferenciá-los, isto é, ensejaram a regulamentação dos pontos em que a conduta de um indivíduo reputar-se-á lícita quando agir para proteger direito próprio ou alheio em face de injusta agressão. Essas preocupações já eram vistas nos direitos romano, germânico e canônico, eis que a defesa, num sentido naturalista, fora/é tratada como manifestação inerente ao homem. Nesse contexto, o surgimento da ideia de excesso trouxe contornos mais nítidos para a inserção legal de limites no uso das causas justificantes. Ao lado dos estudos que reconheceram o fundamento objetivista e relevância da legítima defesa para a sociedade e para o Direito, o excesso ganhou espaço no ordenamento de vários Estados do mundo e no campo vernáculo passou a ser punido.

O artigo 23 do Código Penal cuidou de prescrever algumas das causas excludentes de ilicitude, as quais são assim denominadas porque reconhecem a existência do fato típico, mas afastam a ilicitude caso o agente tenha invocado e exercido qualquer delas mediante o

preenchimento dos requisitos que lhe são próprios. Consta na primeira parte do *códex* em destaque as seguintes excludentes: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de um direito e estrito cumprimento do dever legal. A legítima defesa, objeto empírico do trabalho, está detalhadamente prescrita mais adiante, no artigo 25, de onde se pinça o resultado do desmembramento feito pela doutrina na tentativa de encontrar a vontade legal e os limites vazados no dispositivo, qual seja, seus requisitos objetivos, e, em adição, o subjetivo. Indicadores de legalidade da conduta, esse elementos devem coexistir para que a defesa possa afastar a punição da vítima.

Ciente da importância da defesa para a proteção dos direitos individuais, notadamente diante da incapacidade do Estado salvaguardar todos os casos de prejuízo a bens jurídicos, o legislador entendeu por bem evitar que a legítima defesa fosse usada de maneira irrestrita, com conotação de vingança, por exemplo, ou mesmo tergiversando dos padrões normativos e doutrinários mais aceitos. Frente a esses dilemas e em vista das teorias estrangeiras, o parágrafo único do artigo 23 prescreveu regra sobre a punição do excesso quando, no exercício de uma justificante, o agente extrapolar os limites previstos para cada uma. É no âmbito da legítima defesa, entretanto, que o excesso se destaca. Juristas e jurisprudência, mediante exame legal e criação de conceitos, identificaram que a afronta aos limites da legítima defesa pode acontecer de várias formas. Há, entremeio a esses excessos, aqueles que são encontrados na maioria dos livros jurídico-penais e reconhecidos em julgamento pelas cortes de justiça tupiniquins. Colhe-se desses lugares a informação de que o excesso na legítima defesa pode acontecer com esteio no dolo ou na culpa, mediante erro de tipo ou de proibição, ou, ainda, em razão de sua identificação como intensivo ou extensivo.

Apesar das peculiaridades, é forçoso dizer que sobre os excessos cometidos por erro recai a imprescindibilidade de se observar se ele é escusável ou inescusável. O cumprimento dessa regra serve para avaliar se o agente deve ou não ser punido segundo a prudência que empregara no momento do fato. Desse modo, será escusável o erro quando demonstrado que a vítima agiu com cuidado e mesmo assim não pôde evitá-lo. Por outro lado ele se aferirá inescusável se a vítima deixar de agir com a cautela adequada e em consequência disso vier a cometê-lo. Daí o erro de tipo no exercício da legítima defesa (erro de tipo permissivo) isenta a vítima de pena, se inevitável, ou faz remanescer a culpa se o ato era evitável e dela decorreu, desde que haja previsão legal, nos termos dos artigos 20, §1º do Código Penal. Distintamente, o erro de proibição escusável na legítima defesa afasta a culpabilidade por atingir a potencial consciência da ilicitude, isentando o agente de pena, embora permita que ele seja punido se o erro era inescusável, reduzindo-se a pena, nos moldes do artigo 21, *caput*, parágrafo único do

diploma em proeminência. Em vista dessas características típicas da teoria do erro, há outras que envolvem esses e os demais excessos ora mencionados.

O excesso doloso advém diretamente da regra do parágrafo único do artigo 23 do Código Penal. Ele acontece quando a vítima, após repelir a injusta agressão, continua intencionalmente no revide até causar dano ao agressor. Em face dessa conduta, o agressor originário se torna agredido e a vítima a agressora. A leitura desse dispositivo evidencia também que nele se situa a punição do excesso culposo. A culpa no excesso é proveniente de: a) erro inescusável; e, b) uso dos meios necessários ou emprego da defesa com negligência, imprudência ou imperícia. No erro a vítima age com culpa em decorrência da falta de cuidado ao invocar e se defender de uma agressão que não existe. Deve responder por crime culposo com fulcro no artigo 20, §1º do Código Penal. Já a culpa em que o descuido é oriundo de seus elementos informadores, criando o excesso, a punição do agente segue a regra do crime culposo e da excepcionalidade, prevista no artigo 18, II do Código Penal.

Seguidamente há a descrição dos excessos intensivo e extensivo. O primeiro é a exagerada intensidade que a vítima dispensa ao usar os meios necessários ou emprega meios desnecessários para cessar a injusta agressão. Dependendo da situação, pode arcar com a pena do crime doloso. A advertência que se faz aqui fica a cargo do agente que praticar o excesso em estado astênico, em que seus sentidos estão alterados. Nesse caso o excesso intensivo será exculpante, posto eliminar a culpabilidade em virtude da inexigibilidade de conduta diversa. O excesso extensivo pode ser visto quando, encerrada a agressão, a vítima protraí no tempo o contra-ataque e fere direito do agressor. É de cunho doloso e isso deve guiar o processo de punição.

Em derradeiro lugar há os excessos propagados por erro de tipo e de proibição. Se a averiguação da punição nessas duas vertentes de erro se assemelham pela obrigatoriedade da observação dos aspectos escusável e inescusável da ignorância, o esclarecimento sobre a conformação, existência e demais questões normativas e doutrinárias que as envolvem diferenciam-se sobremaneira, precipuamente quando são verificados na legítima defesa.

O erro de tipo é fruto da falsa percepção da realidade. O agente age de tal maneira que sua conduta incide sobre os elementos do tipo incriminador (erro de tipo incriminador) ou sobre os pressupostos fáticos de uma causa justificante (erro de tipo permissivo). Na legítima defesa, a vítima, conquanto não esteja sofrendo injusta agressão, a invoca, e, mesmo depois de fazê-la “cessar”, não interrompe a ofensiva. Perfaz, com isso, o excesso por erro de tipo permissivo, hipótese que se diferencia do erro de proibição.

No erro de proibição a vítima, normalmente por motivos socioculturais, age sem a

consciência da ilicitude do fato, isto é, pratica o delito sem saber. Esse erro acontece quando a vítima recorre à uma legítima defesa que não existe, como a “legítima defesa da honra”. Daí, crendo estar amparado por ela, pratica ilícito penal e, não bastasse o sucesso que obtivera com a “repulsa da agressão”, persiste na conduta, transcendendo os limites da justificante. Há, dessa maneira, excesso provocado por erro de proibição na legítima defesa.

O excesso, em qualquer dos casos justificantes, é resultado da transgressão formal dos limites da lei, em que num plano mais aprofundado representa a violação dos seus requisitos, uma desproporção entre a repulsa e o bem a ser protegido. Na legítima defesa ele ganha diferentes nomenclaturas porque pode acontecer de maneiras variadas, mas sempre interligado à um preceito legal, ante a ausência de autonomia que o distingue.

REFERÊNCIAS

ALVES, R. *Legítima Defesa: Aspectos relevantes aplicados a Estados e indivíduos*. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/3321> Acesso em: 01 set. 2015.

ASSIS, M. *Tese da legítima defesa da honra nos crimes passionais: da ascensão ao desprestígio*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. 544p.

_____. Decreto Lei no 2.848 de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em: 13 mai. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal nº 173126. Não constam as partes/processo sigiloso. Rel. Everards Mota e Matos. 04 jun. 2003. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDoDocumento=173126&idDocumento=173126

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 23 mai. 2015.

CARDOSO, M. *Excessos na legítima defesa: uma análise dogmática*. Brasília. Repositório institucional do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), 2012. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/handle/123456789/557> Acesso em: 08 ago. 2015.

CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf Acesso em: 21 ago. 2015.

FREITAS, R. A legítima defesa da honra e o commodus discessus : um enfoque axiológico. *Revista de informação legislativa*, v. 39, n. 156, p. 33-40, out./dez. 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio. *Direito Penal: parte geral*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - parte geral*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HAAS, Juliana; CHAVES JUNIOR, Airto. O princípio da insignificância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n. 2º quadrimestre de 2013.

IENNACO, Rodrigo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2ª ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2010.

MOCELIN, Vinícius Flores. Bens jurídicos defendíveis pela Legítima Defesa. *Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, v. 3, n. 6, p. p. 223, Jun. 2013. ISSN 2358-601X. Disponível em: http://portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1491 Acesso em: 23 set. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006.

SAFRAIDER, L. O excesso culposo e o excesso exculpante na legítima defesa. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 101-115, jul./dez. 2005.

SANTOS, Daniel. Excludentes de ilicitude e de culpabilidade: consequências penais e processuais penais. Toledo Prudente Centro Universitário, *Intertem@s*, São Paulo, v. 22, n. 22, 2011.

SILVA, Daiana Soares. *Excesso na legítima defesa*. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Vale do Rio Doce, Faculdade de Direito, Ciências Administrativas e Econômicas, Governador Valadares, 2011 Disponível em : <<http://www.pergamum.univale.br/pergamum/tcc/Excessonalegitimadefesa.pdf>>. Acesso em : 20 dez. 2011.

SIQUEIRA, L. A AÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA NO DIREITO PENAL. *Duc In Altum - Cadernos de Direito*, América do Norte, 3, nov. 2012. Disponível em: <http://www.faculadadedamas.edu.br/revistas/index.php/cihjur/article/view/178/155> Acesso em: 24 Set. 2015.

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

TRIGUEIROS, Arthur. Direito Penal. In: GARCIA, Wander (Org.). *Concursos Jurídicos - Doutrina Completa*. São Paulo: Foco, 2014.

VITOR, L. *Dos excessos no âmbito da legítima defesa*. Brasília. Repositório institucional do Centro Universitário de Brasília (Uniceub), 2013. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/handle/235/5161> Acesso em: 01 out. 2015.