

ISMAEL TAVARES DOMINGOS

**A LEGÍTIMA DEFESA COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE
E OS SEUS ELEMENTOS DE CARACTERIZAÇÃO**

CURSO DE DIREITO – UNIEVANGÉLICA

2019

ISMAEL TAVARES DOMINGOS

**A LEGÍTIMA DEFESA COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE
E OS SEUS ELEMENTOS DE CARACTERIZAÇÃO**

Projeto de Monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Adriano Gouveia Lima.

ANÁPOLIS – 2019

ISMAEL TAVARES DOMINGOS

**A Legítima Defesa como Causa de Exclusão de Ilícitude e os seus
Elementos de Caracterização**

Anápolis, ____ de _____ de 2019.

Banca Examinadora

RESUMO

Este trabalho de monografia tem como tema a caracterização da legítima defesa, uma vez que a sociedade vive uma sensação de insegurança diariamente, demonstrada pelos crescentes dados da criminalidade, se faz necessário estarmos prontos para nos defendermos e a terceiros, que estejam sofrendo uma agressão injusta, de acordo com os ditames legais previstos. Tem como objetivo explicar e definir o que é a legítima defesa como um dos meios de exclusão da ilicitude, bem como detalhar como se caracteriza ou não a legítima defesa de acordo com a legislação penal, e jurisprudências, esclarecer as consequências da caracterização da legítima defesa como causa de exclusão de ilicitude de fato atípico. A metodologia aplicada é a compilação, para tal, vamos utilizar a pesquisa bibliográfica (livros, artigos...) e documental (leis, jurisprudências...).

Palavras chave: Legítima. Defesa. Agressão. Injusta. Exclusão. Ilícitude.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – HISTÓRICO SOBRE O INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA E SEUS REQUISITOS.	08
1.1 Histórico sobre a legítima defesa.....	08
1.2 Fundamentos filosóficos e jurídicos da legítima defesa.....	11
1.3 Delimitações penais da legítima defesa.....	14
CAPÍTULO II – ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA.	17
2.1 Análise do artigo 25 do Código Penal e sua estrutura.....	17
2.2 Excesso na legítima defesa.....	21
2.3 legítima defesa e descriminantes putativas.....	23
CAPÍTULO III- A LEGÍTIMA DEFESA NA ESTRUTURA FORMAL DO CRIME.	27
3.1 A legítima defesa como causa de exclusão da antijuridicidade.....	29
3.2 A teoria da tipicidade conglobante de Eugênio Raul Zaffaroni e sua relação com a legítima defesa.....	31
3.3 A legítima defesa e o dever de indenizar.....	33
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

O instituto da legítima defesa está presente no direito penal, na parte geral do Código Penal Brasileiro, em seu artigo 25. A legítima defesa entendida como uma causa de exclusão de ilicitude tem espaço em cenário de destaque, uma vez que excluída a ilicitude, não há crime. Em sua definição legal estão expressos os elementos que caracterizaram o instituto e que sem os mesmos, a legítima defesa será afetada, como por exemplo, nos casos de excesso na legítima defesa o agente responderá pelo dano que causar, assim que superado o que era necessário para cessar a agressão injusta.

O detalhado estudo sobre o complexo instituto de legítima defesa se faz necessário, uma vez que visa proteger um direito inerente a todos os indivíduos, uma vez que o estado assumindo não estar presente de forma eficaz a todo momento, legitimou a defesa de acordo com pressupostos que a caracterizam em sua essência, pois de fato não há legítima defesa sem antes haver agressão injusta, ou sua iminência, como consagra o artigo 25 do Código Penal.

Visando a clareza em relação ao instituto, que apesar de pacífico entre as doutrinas penalistas, possui muitas nuances, assim possui o intento de compreender o conceito legal de legítima defesa, e sua consequência, tendo em vista a exclusão de ilicitude. Demonstrando como se caracteriza a legítima defesa, e quando essa fica prejudicada pelo excesso, esclarecendo as consequências de sua caracterização.

No capítulo primeiro tratamos do histórico sobre o instituto da legítima defesa e seus requisitos, sendo que no tópico 1.1 foi exposto as origens históricas

encontradas nas doutrinas penais, tratando por exemplo do instituto da legítima defesa no direito romano, no direito germânico entre outras fontes do direito nas sociedades antigas que evoluíram gradativamente o direito de legítima defesa.

A princípio existia apenas a vingança privada, a vingança era de fato tipificada, e não impedida, assumindo na sociedade germânica que a vingança imediata depois de ocorrido o crime não é ato punível, considerado primitivamente a devida reparação do dano, aplicado nos moldes das penas previstas no Código de Hamurabi, baseado na Lei de Talião. Nos tópicos subsequentes foram demonstrados os fundamentos da legítima defesa do ponto de vista filosófico e jurídico, que, por exemplo, entre os Romanos se baseava no conceito de justificar a legítima defesa como uma forma especial de reprimir o delito, como substituto do que seria a reação penal, esta corrente tem como base a opinião de Cícero.

No capítulo segundo tratamos dos elementos caracterizadores do instituto da legítima defesa, com base nas doutrinas e no conceito legal descrito no Código penal. Analisando o artigo 25 do Código Penal e sua estrutura, descrevendo as citações em que o excesso na legítima defesa seria caracterizado, e a relação entre a legítima defesa e as descriminantes putativas.

Por fim, no capítulo terceiro foi tratado da legítima defesa na estrutura formal do crime, que inicialmente demonstrou o conceito de crime, e sua estrutura, assim o relacionando à legítima defesa, tendo enfoque na legítima defesa como causa de exclusão da antijuridicidade, estudo e análise da teoria da tipicidade conglobante de Eugênio Raul Zaffaroni e sua relação com a legítima defesa, e o dever de indenizar gerado em relação ao dano causado na agressão injusta.

Ainda no terceiro capítulo foi tratado do dever de indenizar, que tem base no direito civil, nos artigos 186 e 927 do Código Civil, que prevê o conceito de ato ilícito e do dever de reparação de dano, fica entendido ao fim que o defensor em legítima defesa fica isento, tanto penalmente por se tratar de exclusão da ilicitude, quanto do dever de indenizar, pois está protegido pelo instituto, pois não causaria o dano ao agressor se este não iniciasse contra aquele a agressão injusta.

CAPÍTULO I – HISTÓRICO SOBRE O INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA E SEUS REQUISITOS

A legítima defesa está ligada à natureza da pessoa, manifestando a defesa, repelindo a um ataque através do uso da força, imediatamente após ocorrer à ofensa à integridade ao direito que a vítima protege (SIQUEIRA, 1947 *apud*, ALMADA, 1975).

Afirma Célio de Melo Almada (1975, p.34) em sua obra que "Na história do direito penal entre os outros povos da antiguidade, que não os romanos, todavia, não encontramos referências ao instituto da legítima defesa", o que nos leva à conceder-lhes precursores deste instituto, inovador na órbita jurídica desta época.

Conforme doutrina Pedro Lenza (2013, p. 395) a legítima defesa é um dos institutos mais complexos e desenvolvidos do direito penal. A sua estrutura teórica surge com vínculo ao instinto de sobrevivência do sujeito ativo, e como consequência, está vinculada ao crime de homicídio.

Dessa maneira, o presente capítulo se destina a analisar e compreender o instituto da legítima defesa, seu histórico, fundamentos filosóficos, jurídicos e as delimitações penais da legítima defesa com base em doutrinadores clássicos do direito penal, discorrendo sobre suas teorias e pontos de vista.

1.1 Históricos sobre a legítima defesa

A respeito do instituto da legítima defesa no direito romano, na época a que datam os primeiros documentos do direito romano, o instituto da legítima defesa

já estava completamente desenvolvido, contudo os romanos não formularam com clareza a doutrina a respeito deste instituto, mas reconhecem o instituto da legítima defesa por completo, tendo os juristas à época, acentuado com cuidado, e sistematicamente os elementos psicológicos acerca do instituto da legítima defesa. (FIORETTI, 1925, *apud*, ALMADA 1975).

De acordo com Manzini (1949, *apud*, ALMADA, 1975) era admitido a legítima defesa a fim de tutelar os bens da vida, como a proteção do integra pessoal ao pudor, e em relação aos bens somente no caso que representasse risco à pessoa. Cabendo também a defesa de entes familiares. A respeito dos requisitos, se considerava a análise da agressão atual injusta, de não haver outra forma viável de repelir a agressão, sendo preferível a fuga e em todo caso moderadamente repelir a agressão.

A legítima defesa no direito germânico possui uma particularidade que o difere do atual conceito de legítima defesa, assumindo nesta sociedade que a vingança imediata depois de ocorrido o crime não é ato punível, considerado primitivamente a devida reparação do dano, aplicado nos moldes das penas previstas no Código de Hamurabi, baseado na Lei de Talião. (ALMADA, 1975).

Acrescenta Manzini (1949, *apud*, ALMADA, 1975) que as diferentes condições em que se encontrava a sociedade barbara, corroborava para uma maior amplitude de reconhecimento e liberdade ao exercer este direito, de forma privada, violenta e mediata, que se entranha ao conceito de vingança, em defesa de qualquer direito ou interesse, e mais ainda quando em desfavor da vida do ofendido, da integridade, da honra e dos bens.

Nesta vertente do direito, a legítima defesa se baseia em considerar uma necessidade escusável, a partir desta forma de pensamento se extrai a máxima: *necessitas facit licitum quod non est licitum lege* - a necessidade torna lícito o que por lei é ilícito (ALMADA, 1975).

Preocupavam-se prioritariamente em estabelecer limites a serem impostos no exercício da legítima defesa, mais do que ao garantir o direito de defesa

do agredido, visava se a não violência, doutrina denominada *moderatem inculpatae tutelae* (ALMADA, 1975).

O direito canônico não permite a defesa de forma violenta de bens e se impunha a fuga ao ofendido, limitação que contradiz com a obrigação de defesa de terceiros, tão extrema que chegaria a se presumir cumplicidade contra quem tendo a possibilidade de socorrer alguém em perigo, não o fizesse (FIORETTI, 1925, *apud*, ALMADA, 1975).

Enquanto colônia de Portugal, ao Brasil era imposto seguir codificações portuguesas, tais quais as Ordenações Filipinas, que em seu texto já dispunha a regulamentação a respeito da legítima defesa, esclarecida em seu Livro Quinto no título XXXV e XXXVIII. O título XXXV descrevia a possibilidade de excluir-se a ilicitude, nos casos de homicídio em que: “Qualquer pessoa, que matar outra, ou mandar matar, morra por ello morte natural. Porém se a morte for em sua necessária defesa, não haverá pena alguma, salva se nella excedeo a temperança, que deverá, o poderá ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso” (ALMEIDA, 2004, *apud*, MANGO, 2018).

Em seu título XXXVIII dispôs sobre legítima defesa da honra, que permitia ao homem matar a mulher ou do homem que com ela esteja em adultério e sejam pegos durante o ato de adultério, e não havia previsões de excessos no exercício deste direito. O que no direito atual não é admitido como legítima defesa, pois não há de se dizer em legítima defesa, pois não há a proteção a honra desta forma, visto que se tratava de uma codificação arcaica e inadequada à sociedade atual.

Para Damásio de Jesus (2015, p. 425) não há utilidade na busca de vestígios da legítima defesa nas sociedades antigas, pois se encontram apenas formas primitivas de reação ao ataque, porém que não caracterizam a legítima defesa por não ter caráter de direito, sendo considerados apenas como vingança, sem a conceituação jurídica necessária, que inexistiam àquele tempo. Somente nasce na órbita jurídica a ideia de legítima defesa quando o estado toma para si a pretensão punitiva do autor de uma ofensa, seja de natureza pública ou privada, iniciando-se o processo evolutivo do direito de punir.

1.2 Fundamentos filosóficos e jurídicos da legítima defesa

Neste tópico serão demonstrados os fundamentos da legítima defesa do ponto de vista filosófico e jurídico, com base nas teorias de autores renomados na área em estudo.

O fundamento para tal instituto entre os Romanos se baseava no conceito de justificar a legítima defesa como uma forma especial de reprimir o delito, como substituto do que seria a reação penal, esta corrente tem como base a opinião de Cícero e do reconhecimento das Constituições imperiais. (FIORETTI, 1925, *apud*, ALMADA, 1975).

Acrescenta Célio de Melo Almada (1975, p. 37) "Estaria aí, porventura, o germe da doutrina carrariana, apoiada na defesa subsidiária do particular, na ausência ou impossibilidade da ação defensiva do Estado", traz a luz da análise, a teoria carrariana, baseada na incompetência do estado em defender a todos, sendo assim subsidiária a possibilidade do particular se defender nos casos em que o estado não o fizer.

A priori estava estabelecida por essa corrente teoria que o agredido deveria escolher a fuga ao invés da defesa diante da necessidade de recorrer ao homicídio, posteriormente a fuga só seria obrigatória quando não trouxesse má fama ao agredido.

De acordo com Célio de Melo Almada (1975), o fundamento filosófico da legítima defesa no direito canônico tinha como base o direito natural, isto é, na natureza humana. Nesta corrente já estavam presentes requisitos para que a excludente pudesse vigorar tais quais seria a injusta agressão, deveria ser a defesa proporcional à agressão, não resultando em excesso além do necessário para a tutela do direito preservado. Nesta vertente não se admitia a defesa de condenados contra os executores da justiça, de filhos contra os pais, e de alunos contra seus mestres.

Ficando assim os religiosos deverem preferir à fuga a morte de ser

agressor, contudo ocorria uma exceção ao soldado e aos nobres, que em defesa do patrimônio quando resultava em perigo pessoal, ou bens de importante valor ou dificilmente recuperáveis, que nessas hipóteses seria admitida a defesa, e por fim não se admitia a legítima defesa da honra (ALMADA, 1975).

Dentre os teóricos que estudaram o fundamento do instituto da legítima defesa, se destaca Pufendorf, sua análise dizia que o fundamento para a legítima defesa será a coação psíquica gerada pela perturbação do ânimo em que se encontra o agredido. Aderem a essa teoria Carmignani, Jarcke, Stelzer, Heyman, entre outros.

Foi contrário a ela Carrara, que observou que seria adequado ao comportamento racional em plena lucidez, exercer a legítima defesa, também argumenta Alimena que nesta teoria não seria possível explicar a legítima defesa de terceiro, uma vez que nesta hipótese não ocorre a coação moral do defensor, não sendo caso de instinto de conservação do agente (ALMADA, 1975).

Adentramos agora em teóricos filósofos que criaram suas teorias a respeito do instituto da legítima defesa na seara da filosofia jurídica, iniciamos partir da teoria de Kant, que tem sua base na inutilidade da ameaça penal e do pensamento de Geyer que segue o mesmo grupo teórico, fundando sua teoria na retribuição do mal pelo mal, segundo ele somente o estado saberia reprimir as ofensas à ordem jurídica social, sendo assim injusta e ilegal a defesa privada (ALMADA, 1975).

Este pensamento teórico de Kant e Geyer se apresenta de grande complexidade, esclarecendo Almada que: "Mas como a defesa representa a retribuição de um mal, a punição daquele que se defende representaria um novo mal, inútil, porque nada mais haveria que retribuir" (ALMADA, 1975).

Explica-se que se a defesa é a reação a uma agressão, uma satisfação do direito punitivo da outra, assim não seria cabível que o agressor sobrevivente fosse passível de nova punição, pois a defesa seria a retribuição suficiente é necessária contra o agressor.

Segundo Hegel a legítima defesa é uma forma de anulação da injustiça. Descreve desta forma: “A agressão é a negação do direito e a reação é a negação dessa negação, sendo, portanto, a afirmação do direito” (GARCIA,1952, *apud*, ALMADA, 1975).

Para Hegel a vida é a expressão de forma objetiva dos fins para os seres humanos, sendo sua conservação nosso objetivo, e o indivíduo que ferir esta condição humana viola a forma mais efetiva de existência, gerando assim a necessidade deste direito, quanto a quem sofre a agressão, se depara com uma violação de sua existência singular (GARCIA,1952, *apud*, ALMADA, 1975).

Afirma sobre o tema Maggiore (1972, *apud*, ALMADA, 1975, p. 44) que: “Se se suprimir o direito de defesa àquele que se vê em perigo de morte, isso equivale a privá-lo do direito”. Deixa claro que o instituto da legítima defesa se faz necessário à proteção a vida, não podendo suprimi-lo, pois tal ato privaria o particular do seu direito a vida.

Discorrem Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli em seu Manual de Direito Penal Brasileiro (2006, p.496) que o problema de real complexibilidade quanto ao instituto da legítima defesa é seu fundamento, pese em que insistam outros doutrinadores que seja visto em aspecto duplo, social e individual, à medida que se acentua a necessidade de conservar a segurança da ordem jurídica e a garantia do exercício dos direitos individuais, esclarecem: “o fundamento da legítima defesa é único, porque se baseia no princípio de que ninguém pode ser obrigado a suportar o injusto”.

O que trata de uma situação em conflito, em que há legalidade na ação do sujeito, pois o direito não possui outra forma de lhe assegurar o exercício de seus direitos e à proteção completa de seus bens jurídicos.

Fundamenta a legítima defesa com base no fato do estado não possuir capacidade de oferecer a proteção aos indivíduos em todos os locais e a todo tempo, assim, justificando que deve o estado permitir que se defendam quando não

houver outro meio de impedir a agressão a qual sofre ou esteja em risco eminente. (CAPEZ, 2015).

Assim salienta Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini (2014, p. 364):

‘Assoma a legítima defesa alicerçada em duplo fundamento: por um lado, o interesse individual concretizado na necessidade de proteger os bens jurídicos contra violações ilícitas; de outro, o interesse social consistente na necessidade de defender o próprio ordenamento jurídico, em face dos ataques a ele dirigidos (cumprindo assim, papéis de prevenção geral negativa e prevenção geral positiva)’.

Dando ao instituto fundamentos em dois aspectos, individuais e sociais, fazendo se satisfizer a necessidade de defesa, traz a noção de luta pelo direito, somada com a dimensão preventiva da legítima defesa.

1.3 Delimitações penais da legítima defesa

Neste tópico nós voltamos ao artigo 25 do Código Penal Brasileiro a fim de estabelecermos as delimitações penais da legítima defesa em nosso ordenamento jurídico vigente. Consagra desta forma o caput: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Para Rogerio Grego (2011, p. 332) o estado por através das forças de segurança pública, e depois representantes, se mostra impossibilitado de estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão para que permita em situações que se enquadrem aos requisitos previstos pela lei penal, que se defendam. Portanto estando presentes limitações e regras pertinentes ao instituto da legítima defesa prevista na lei penal, para que não se confunda a legítima defesa com a vingança privada.

Conceitua Fernando Capez (2015, p. 300) a legítima defesa como: “causa de exclusão da ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários”. Desta forma faz jus ao que prevê a lei, que prevê esta forma de defesa como legítima e não punível quando não incorrer em excesso, usando dos meios necessários apenas.

Dispõe sobre Laudelino Freire sobre a etimologia da palavra agressão do ponto de vista o doutrinador Célio de Melo Almada (*apud*, ALMADA, 1975):

‘o verbo agredir vem diretamente do latim *agredire* e significa atacar, assaltar, acometer, injuriar, insultar e agressão, também do latim, *agressio*, *agressionem*, ação ou efeito de agredir, acometimento, registrando também um significado de conteúdo jurídico – violação do direito das gentes.’

A agressão, no ponto de vista de Galdino Siqueira, será toda ação praticada que coloque alguém em perigo, uma situação de fato, que seja protegida por ordenamento jurídico, tratando se de uma ação com violência, que cause danos relevante, ou capaz de produzir um mal grave (*apud*, Almada, 1975).

A agressão deverá ser injustificada para que seja acolhido legalmente como legítima defesa, pois faz parte dos requisitos exigidos pela lei penal, trazendo várias considerações relevantes o seu estudo. Conceitua Maggiore sobre o sujeito ativo na legítima defesa, que todo indivíduo pode ser sujeito ativo da legítima defesa, desde que penalmente imputável. Da o exemplo de que se um louco se defende, mesmo sendo a ação defensiva, não configura a legítima defesa (1972, *apud*, ALMADA, 1975).

Destaca Maggiore (1972, *apud*, p.65, ALMADA, 1975) que a injustiça vista como exigência para a aplicação do instituto em estudo deve ser encarada objetivamente, devidamente em decorrência de um princípio, que dita que sobre a objetividade da injustiça, tornando assim, não necessário ao agressor a capacidade penal, assim diz:

‘em razão do princípio de que *ignorantia legis non excusat*. A objetividade da injustiça faz que não seja necessária ao agressor a chamada capacidade de direito penal, e também tem valor contra o não imputável, caso em que a legítima defesa não se transforma em estado de necessidade. É, pois, legítima defesa, e não estado de necessidade a ação que de quem dá morte ao louco, ao ébrio, ou ao menor por quem foi agredido’.

Com relação ao sujeito passivo tem se o entendimento que tanto pode ser o indivíduo imputável quanto o penalmente inimputável, para que seja entendida injusta a agressão praticada. Contudo alguns autores conceituam que revidar contra a agressão de um inimputável, que não possua consciência do caráter ilícito de sua

conduta, não caracteriza a legítima defesa, por não se enquadrar em seu conceito jurídico (ALMADA, 1975).

Outro ponto relevante da sua delimitação ser a agressão ser atual, não bastando a injustiça ser verificada, devendo ser a agressão atual ou eminente. Considerando agressão atual a que coexistir com a agressão, deixando claro que a reação a uma agressão passada não constituirá a legítima defesa, mais sim uma vingança (ALMADA, 1975).

A agressão eminente se analisa como uma possibilidade de perigo, como por exemplo, aquele que revida contra quem lhe aponta uma arma, ou repeli quem tenta invadir seu domicílio, está de acordo com o instituto da legítima defesa (ALMADA, 1975).

CAPÍTULO II – ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA

Conforme previsto no artigo 25 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal: 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)

Temos assim a demonstração na letra da lei os requisitos mínimos para a caracterização da legítima defesa no caso concreto, respondendo à moderação nos meios necessários, agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Estes requisitos garantem que não se ultrapasse o necessário para repelir a agressão, os meios necessários serão os que façam cessar a agressão, sem que se exceda o defensor, ser atual ou iminente garante que não seja possível a vingança privada considerada como legítima defesa, posterior a agressão, e a também a possibilidade de defender direito de outrem, além de seu próprio direito.

2.1 Análise do artigo 25 do Código Penal e sua estrutura

A análise do artigo 25 do Código Penal, irá demonstrar os elementos caracterizadores da legítima defesa, expostos a seguir com base nas doutrinas clássicas. Esses elementos são: a agressão injusta, atual ou iminente, direito próprio ou alheio, meios necessários, usados de forma moderada, e o elemento subjetivo chamado de *animus defendendi*, através da análise de cada critério se determinará a configuração da legítima defesa, a possibilidade de se obter o direito de legítima defesa e o excesso na legítima defesa. (BRASIL,1940)

Cezar Roberto Bitencourt conceitua agressão como: “Define-se agressão como conduta humana que lesa ou põe em perigo um bem ou interesse juridicamente tutelado” (2012, p.416).

Esclarece sobre a injusta agressão Ney Moura Teles (2006) que nem todas as agressões são de plano, injustas e autorizam assim a legítima defesa, exemplifica que se tratando de uma agressão de um policial contra indivíduo que é surpreendido em flagrante, afim de que se finde o ato ilícito, ou por meio de ordem judicial, restringi a liberdade do preso, sendo está de fato agressão a um direito juridicamente protegido, a liberdade, porem sendo licita a agressão, pois cumpri ordem pré-disposta por autoridade competente espedida.

Destacam Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini (2014) duas correntes a respeito da agressão, primeiramente o posicionamento de Figueiredo Dias que assume a possibilidade de agressão por omissão, como por exemplo, agredir a mãe que se nega a alimentar seu filho injustificadamente, considerando essa corrente que nesse caso, alguém que agrida esta mãe, defende o filho, adequando o caso como legítima defesa. Contrário a esse entendimento temos a doutrina de Regis Prado, afirmando que a omissão por si só não gera uma agressão, pois não possui causa e voluntariedade em realizar a agressão injusta.

Acrescentam ainda o entendimento de Claudio Brandão: ‘Não se enquadra no conceito de agressão a conduta omissiva própria, porque nela falta causalidade. A omissão não pode sequer dar ensejo a uma reação: como poderíamos reagir a uma falta de ação?’ (BRANDÃO, 2008 apud JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2014, p.366).

Afirmam Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2015, p. 168): ‘É indispensável que haja, inicialmente, por parte do agente, reação contra aquele que está praticando uma agressão.’ Deve o agente em polo ativo na defesa, este que sofre a agressão, se defender, afim de que não seja lesado seu direito, e integridade de seus bens jurídicos tutelados, uma vez que possui o direito de alto tutela delegado pelo estado, por não possuir a capacidade de proteger todos os indivíduos a todo tempo, se legitima a defesa.

Doutrinam Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2015) que está desenrolando no presente momento, e que de fato ainda não tenha se concluído. Já a agressão eminente, está por acontecer, apresentando perigo, risco de forma real e concreta, assim não deixando escolha ao reagente que precisa da repulsa imediata, está sem demora, impedindo que a agressão se concretize de fato.

Destaca ainda Mirabete que (2015, pag. 169) 'A reação deve ser imediata à agressão ou tentativa dela; a demora na reação desfigura a discriminante'. Caso em que descreve a situação de um indivíduo que depois de uma provocação, vai a sua casa e em posse de arma de fogo volta para acerto de contas com o provocador, este não age conforme a legislação prevê, se tratando de mera vingança.

Para Fernando Capez (2012, p.307) considerar-se-á agressão injusta: 'é a contrária ao ordenamento jurídico. Trata-se, portanto, de agressão ilícita, muito embora injusto e ilícito, em regra, não sejam expressões equivalentes. Não se exige que a agressão injusta seja necessariamente um crime'. Esclarece que a agressão injusta é de fato ilícita, contudo não será necessariamente um fato tipificado como crime.

Afirmam Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini a respeito da iminência da agressão injusta, e à reação contra a agressão que deve ser imediatamente depois de ocorrido a agressão:

'a iminência da agressão se apresenta quando o bem jurídico esta já imediatamente ameaçado. Destarte, alguns autores tendem a aplicar, nessa matéria o mesmo critério adotado para a fixação do momento inicial da execução que marca a passagem de atos preparatórios para a figura da tentativa. Concordamos, nesse ponto, com Figueiredo Dias, que recusa tal critério e assevera: 'Trata-se de uma solução que não nos parece a melhor, pois, para além desta forma se excluir a atualidade de agressões porventura ainda não iniciadas, mas que são iminentes se faz de todo modo, entrar na legitima defesa um regime cuja teleologia lhe é alheia e não é idôneo para resolver situações em que a agressão se não dirige a bens jurídicos-penalmente tutelados' (2014, p.369). '

Assim, desta maneira será cabível a reação defensiva, quando de fato a intenção seja clara a de tirar a vida de outrem ou a vida do agente que se defende,

como no caso em que alguém é pressionado contra a parede, sob a mira de arma de fogo, ainda que não configure a tentativa de homicídio, caberá a legítima defesa do direito de terceiro ou de autodefesa.

Quanto ao quesito direito próprio ou alheio, esclarece que este direito não necessariamente será protegido penalmente, mas este direito deve ser protegido juridicamente, a doutrina traz o exemplo de um traficante que comete uma conduta lesiva a fim de impedir o furto de drogas, que não configura legítima defesa pelo bem ser ilícito. Assim, sendo lícito, todo direito poderá ser defendido por seu detentor quando ameaçado injustamente (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2014).

Diferencia-se nos casos de direitos de terceiros quanto ao tipo de direito, tendo os direitos disponíveis e indisponíveis tratamentos diferenciados no instituto da legítima defesa. Quanto aos direitos disponíveis será fundamentalmente necessário que haja concordância do terceiro, de forma expressa ou tácita, para que a defesa seja legítima, podendo este abrir mão do direito sem resistir se assim preferir, e nos casos de direitos indisponíveis a doutrina majora que de fato será legítima defesa ainda que não conte com o consentimento da vítima (BITENCOURT, 2012).

Sobre os meios necessários afirma Válter Kenji Ishida (2010, p.125) que: “são os meios menos lesivos, menos vulnerantes. Não constitui meio necessário responder a um tapa com agressão à faca, porque nesse caso o meio não foi o necessário ou adequado para a situação conflitante”.

Dessa forma os meios necessários serão aqueles que de fato façam cessar a agressão, partindo desde pressuposto, adentra-se na moderação do meio, discorre a respeito o doutrinador Válter Kenji Ishida (2010, p.125): “depois de escolhido o meio, o sujeito deve se utilizar desse meio moderadamente, ou seja, não deve ir além do necessário”.

Demonstra que a utilização dos meios necessários e moderação irão garantir o exercício da legítima defesa, protegendo assim seu direito agredido, sem que o defensor incorra em excesso.

Doutrina Luiz Regis Prado (2007, p.405) a respeito dos meios necessários, e o modo para que sejam empregados: 'A defesa legítima deve ser necessária e moderada, isto é, indispensável à repulsa e sem ultrapassar os limites necessários para afastar a ação agressiva ilícita'. Não sendo cabível a legítima defesa nos casos em que se exceder o defensor.

Sobre elemento subjetivo, deve se analisar com a devida cautela, que a legítima defesa deve ser orientada para tal fim, como aliás afirma Cezar Roberto Bitencourt:

'Embora não se exija a consciência da ilicitude para afirmar a antijuridicidade de uma conduta, é necessário, para afastá-la, que se tenha, pelo menos, conhecimento da ação agressiva, além do propósito de defender-se. A legítima defesa deve ser objetivamente necessária e subjetivamente orientada pela vontade de defender-se (2012, p. 420).'

Trata-se de questão necessária para a configuração da legítima defesa que o sujeito ativo tenha consciência de que sofre uma agressão injusta e que aja com o fim de se defender até que se finde a agressão.

Reitera Luiz Regis Prado (2007) sobre o requisito subjetivo que devera o sujeito ativo em legítima defesa, possuir a consciência de fato da agressão e de que pretenda se defender, devendo assim portar o elemento subjetivo, que consiste em conhecer da agressão, e possuir o ânimo de defender a seus direitos ou de outrem.

2.2 Excesso na legítima defesa.

Tendo o conceito de legítima defesa devidamente instruído anteriormente, partimos à análise do excesso na utilização da legítima defesa, que de acordo com o parágrafo único do artigo 23 do Código Penal Brasileiro.

Nos casos de excesso na legítima defesa o agente responderá pelo que couber, após o que se seja considerado que seria necessário para impedir a agressão, desta forma a doutrina relaciona os requisitos da caracterização da excludente de ilicitude em questão, de serão ditames que serviram de parâmetro

para a caracterização do excesso, que se ocorrer não descaracterizara por completo a situação anterior de legítima defesa, porém respondendo o agente defensor pelos danos causados em excesso.

Nesse sentido afirmam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli com base no artigo 23 do Código Penal Brasileiro em relação a falta de requisitos eximentes da ilicitude, e a sua relação com a caracterização do excesso na defesa:

‘excesso não é o mesmo que a falta de qualquer dos requisitos das eximentes do art. 23 do CP. Consequentemente, excesso significa ‘passar dos limites’ de uma dessas causas eximentes, mas, para ‘passar dos limites’, será sempre necessário se ter estado, em algum momento dentro deles (2006, p. 502). ‘

Diferenciam a situação em que, por exemplo, um dos requisitos para configurar a legítima defesa não é existente, ou não é comprovado, neste caso o que de fato ocorre é a não caracterização da legítima defesa, por outro lado há o excesso, que nesta situação o agente está agindo em legítima defesa, porém “passa do limite”, supera os meios necessários e suficientes para impedir a agressão injusta, a partir deste momento age ilicitamente, pois deixa de estar em seu direito de defesa, e adentra o excesso, que não é justificado, assim será responsável pelo dano que o excesso causar.

O excesso na legítima defesa está ligado diretamente ao uso dos meios necessários e à moderação, pois ambos deixam claro que há limites para o direito de legítima defesa, assim afirma Damásio de Jesus (2015, p.434): ‘O requisito da moderação na reação necessária é muito importante porque delimita o campo em que pode ser exercida a excludente, sem que se possa falar em excesso’.

Reiterando que o agente utilizando o meio necessário e agindo moderadamente, ira repelir a agressão injusta, e não deverá utilizar o meio além do suficiente para tutelar o seu bem jurídico ou do terceiro, pois não se atendo a esses parâmetros, ira descaracterizar a legítima defesa, se encontrando em excesso (JESUS, 2015).

Pedro Lenza (2013, p. 400) conceitua em sua obra o excesso na legítima defesa de tal forma: “Trata-se da desnecessária intensificação de uma conduta

inicialmente legítima”. Assim se tratando do fato de que o defensor inicialmente em legítima defesa supera o agressor e ainda assim não se detém a intensidade necessária da sua defesa. Acrescenta assim que o entendimento doutrinário atualmente entende que o excesso poderá decorrer de duas formas, sendo elas, o emprego do meio desnecessário, ira incorrer no excesso, e a falta de moderação na aplicação de um meio que seria o necessário.

Doutrina desta forma que não se devem ultrapassar os limites necessários para impedir a agressão, deixando claro que o caso concreto moldará estes limites, pois não há maneira de se defini-los, pois depende das circunstâncias que configuram o caso concreto (JESUS, 2015).

Em consonância doutrina Damásio de Jesus a respeito do excesso a legítima que o sujeito ativo na defesa pode de maneira consciente usar de meio que não era necessário para conter a agressão, ou utilizando os meios necessários, agi sem observar a moderação cabível à agressão sofrida, isto gera o excesso na legítima defesa, dividindo em sua doutrina o excesso em doloso e culposo. O doutrinador esclarece a respeito do excesso doloso que:

‘Se o excesso é doloso, responde pelo fato praticado durante o excesso a título de dolo. O excesso pode não ser doloso, resultante de erro do agente. Então cumpre distinguir se é escusável ou inescusável, se derivado de erro de tipo permissivo ou erro de proibição, com efeitos diversos. Se o excesso deriva de caso fortuito, subsiste a legítima defesa. (2015, p. 434) ’.

É necessário para que se possa falar na possibilidade do excesso, é a anterioridade preexistente da fática objetiva de legítima defesa, em resposta a agressão injusta, o excesso é pertinente à limites impostos da conduta do defensor, não se discutindo a sua inicial licitude. Sendo assim, o excesso, será a intensificação sem necessidade da defesa inicialmente justificada (JESUS, 2015).

2.3 Legítima defesa e discriminantes putativas.

As discriminantes putativas estão relacionadas às causas de exclusão de ilicitude, que ocorre quando o agente é levado ao erro pelas circunstâncias do fato concreto, o que de fato, deverá ser um erro plenamente justificável por tais

circunstancias, este agente, supondo agir em consonância com uma das causas de exclusão de ilicitude, previstas no artigo 23 do Código Penal Brasileiro, em seus incisos quais sejam: o estado de necessidade; legítima defesa (objeto de pesquisa do presente trabalho de monografia); estrito cumprimento do dever legal; e exercício regular de direito, porém não se encontrara em nenhuma das hipóteses (JESUS, 2015).

Assim afirma Damásio de Jesus (2015, p.355) em sua doutrina sobre as descriminantes putativas: 'Surgem às denominadas eximentes putativas ou causas putativas de exclusão da antijuridicidade. Resultam da combinação do Art. 20, § 1º, primeira parte, com os incisos do art. 23'. Traz para nossa elucidação desde aspecto descriminante aplicável ao instituto da legítima defesa, a devida fundamentação penal.

Existe na orbita da análise das descriminantes putativas, a possibilidade de que um sujeito, por erro entende pelas circunstancias de fato que se encontraria em legítima defesa, quando ocorre essa situação fática jurídica, se aplica o artigo 20, § 1º, do Código Penal Brasileiro, que assim dita:

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

§ 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 culposo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). ‘

A legislação penal trata de uma suposição de que o agente de fato, se existisse legitimaria a ação. Entende-se assim que, o sujeito ativo, acredite que se encontra em face de agressão injusta, que, porém, não há de fato, vindo em sua defesa matar o agressor, o defensor supôs a situação de agressão injusta, que se realmente existisse, tornaria sua conduta que de fato seria ilícita, porem legitima, havendo legítima defesa real, excluindo-se a antijuridicidade. Como a suposta agressão injusta, não existiu de fato, não há a legítima defesa real, sendo ilícito o fato cometido, mas, como age em erro de tipo essencial, não houve dolo ou culpa (JESUS, 2015).

Nas descriminantes putativas derivadas de erro de tipo se faz necessário que seja o erro justificado pelas circunstâncias fáticas que se encontram o agente, nestes casos deve se verificas se trata de erro vencível ou invencível. Em se tratando de erro invencível o que se dá, é a exclusão de dolo e culpa, em casos de erro vencível, respondera o agente por crime culposo, se a modalidade for possível, provando a não diligência do agente ao verificar as circunstâncias do fato, responde pelo crime culposo (JESUS, 2015).

Na legítima defesa putativa o erro pode afetar a situação de fato ou sobre a injustiça da agressão, quando recai sobre os pressupostos de fato, trata-se de erro de tipo, aplicando o art. 20, § 1º, do código penal brasileiro, se inevitável, há exclusão de dolo e culpa, e se evitável, ficará excluído o dolo, podendo assim o agente responder culposamente. Porem quando recai sobre os limites legais da causa de justificação, serão aplicados os princípios de erro de proibição, se inevitável, exclui a culpabilidade, se evitável, não excluirá a culpabilidade, restando existente o crime doloso, atenuando a pena (JESUS, 2015).

Analisa as descriminantes putativas Pedro Lenza em sua obra com a possibilidade de suas espécies de descriminantes putativas: por erro de tipo e por erro de proibição, assim as descrevendo: por erro de tipo: 'dá-se quando o equívoco incide sobre os pressupostos de fato da excludente; por erro de proibição: verifica-se quando a falsa percepção da realidade incide sobre os limites legais da causa de justificação' (2013, p.355).

A respeito da legítima defesa putativa doutrina Damásio de Jesus desta forma, elucidando os conceitos anteriormente expostos, de quando ocorrerá esta situação, condicionada às circunstancias de fato, e a suposição de agir conforme a excludente de ilicitude:

'Há legítima defesa putativa quando o agente, por erro de tipo ou de proibição plenamente justificado pelas circunstancias, supõe encontrar-se em face de agressão injusta. Não se confunde com a legítima defesa subjetiva. Nesta, há o ataque inicial, excedendo-se o agente por erro de tipo escusável. Na legítima defesa putativa o agente supõe a existência da agressão ou sua injustiça (respectivamente, erro sobre a situação de fato ou sobre a injustiça da agressão, e sobre a antijuridicidade). ' (2015, p. 438).

Esclarecendo-nos sobre a situação de configuração da legítima defesa putativa, descritos seus pressupostos de formação, a necessidade de justificação da ação pelas circunstâncias de fato, e erro do agente.

CAPÍTULO III – A LEGÍTIMA DEFESA NA ESTRUTURA FORMAL DO CRIME

De acordo com a legislação penal vigente, em seu artigo 25, no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal: 'Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem'. Dada esta definição legal inicialmente, para que possamos adentrar ao tema deste presente capítulo, trataremos a seguir da estrutura formal do crime, e o papel da legítima defesa nessa estrutura. (BRASIL, 1940)

O doutrinador Damásio de Jesus nos traz à luz da análise do conceito de crime, dois sistemas de conceitos aplicados de forma predominante na doutrina majoritária, sendo estes o conceito material e o conceito formal de crime (2015).

No conceito material representa a relevância jurídica, desta forma, por destacar o seu conteúdo teleológico, qual seja uma razão para que se determine a constituição uma infração penal, com base em uma conduta humana, que estará sujeita a uma sanção. Nesse sentido é indiscutível o fato que sem a devida descrição legal, nenhum fato poderá ser considerado crime. Sob o aspecto formal, expressa que o crime é um fato típico e antijurídico (Jesus, 2015).

Primeiramente, cabe dizer que para que exista de fato um crime, é necessária uma conduta humana omissiva ou comissiva, que se amolde ao conjunto de elementos descritos no tipo penal, qual seja o artigo da lei penal que o preveja, desta forma pode se dizer que são características do crime sob o aspecto formal o fato típico e a antijurídico. Sendo o crime um fato, composto por um conjunto

indissociável de requisitos, não sendo possível sua divisão em partes, se dividindo comumente na doutrina com fim didático, somente com essa finalidade se analisará o crime em etapas, que serão o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade (Jesus, 2015).

Ainda no que diz respeito a teoria do crime, para Fernando Capez, o conceito de crime se dá sob os aspectos material e formal, ou analítico. O aspecto material pretende determinar a essência do conceito, isto é, o motivo pelo qual um determinado fato deverá ser considerado criminoso e outro não. Neste aspecto, conceitua o crime como: 'todo fato humano que, proposita ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social' (2015).

O aspecto formal traz que o conceito de crime, será resultado de mera subsunção, isto é, quando o caso concreto se enquadra à norma legal em abstrato. É a adequação de uma conduta ou fato concreto à norma jurídica, considerando assim infração penal tudo o que o legislador descrever como sendo infração penal, sendo irrelevante seu conteúdo. Neste caso, sendo considerado pelo doutrinador que não leva em conta a essência ou lesão material, e isto lesa princípio constitucional, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana. (CAPEZ, 2015)

O aspecto analítico por sua vez, busca sob a óptica jurídica, estabelecer elementos estruturais do crime, tem por finalidade proporcionar a mais correta e justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo o julgador analisar e interpretar o fato, desenvolvendo seu raciocínio em fases diversas. (CAPEZ, 2015)

Desta forma, o crime será todo fato típico e ilícito, observando precipuamente a tipicidade da conduta, quando assim o for, e apenas quando for, será verificada a ilicitude ou não da conduta, sendo este fato típico e ilícito, gerara a infração penal, que posteriormente será analisado a culpabilidade, e se deverá sofrer ou não um juízo de reprovação pelo fato criminoso que praticou. Desta forma para que se constate a existência da infração penal, portanto, é preciso que o fato em análise seja típico e ilícito. Conceitua ainda que o fato típico é o fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal,

constituídos por quatro elementos, são estes a conduta dolosa ou culposa, o resultado nos casos de crimes materiais, nexos causal, e a tipicidade. (CAPEZ, 2015)

3.1 A legítima defesa como causa de exclusão da antijuridicidade

A fim de elucidar a análise do presente estudo, traz-se o conceito de ilicitude dado pelo ilustre doutrinador Rogério Grego em sua obra Curso de Direito Penal: 'Ilicitude, ou antijuridicidade, é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico', acrescenta que 'se a conduta típica do agente colidir com o ordenamento jurídico penal, diremos ser ela penalmente ilícita'. Demonstra que a antijuridicidade se dá diante da contraposição de uma conduta ao que prevê a norma penal vigente, sendo assim considerada ilícita quando confrontar à norma legalmente prevista (2011, p.307).

A respeito da melhor utilização terminologia para referenciar a exclusão de ilicitude ou antijuridicidade, afirma René Ariel Dotti:

'Embora a literatura nacional e estrangeira utilize a expressão antijuridicidade, a melhor orientação se inclina em usar o vocábulo ilicitude. A reforma de 1984 substituiu a rubrica "exclusão de criminalidade", adotada pela redação original do CP, por "exclusão da ilicitude" (CF. arts. 19 e 23, respectivamente), fazendo, assim, a melhor opção.' (2018, p.587)

Esclarecendo que a melhor, e mais precisa forma de se referenciar à conduta do agente, que contrarie o ordenamento jurídico, no contexto desta monografia, quando da exclusão da ilicitude no sentido terminológico, com base na reforma do código penal brasileiro e do texto constitucional, será se fazendo utilizar do vocábulo ilicitude.

Sobre o conceito de crime, afirma Válter Kenji Ishida: 'Para a maioria da doutrina, crime é fato típico, antijurídico e culpável. Para nós, crime é fato típico e antijurídico'. Conceitua ilicitude anteriormente, pois, estando estes conceitos correlatos, que descreve como uma relação de contrariedade entre o fato e o crime, não sendo o bastante que seja o fato atípico, ou previsto em lei, ou venha a violar bens jurídicos penalmente tutelados, devendo ser contrário à lei, não sendo amparado por norma que o justifique (2010, p.119).

O doutrinador Luiz Regis Prado em sua obra, Curso De Direito Penal Brasileiro, traz conceito fundamental para a análise quanto à ilicitude e sua relação com a legítima de defesa, como forma de exclusão da ilicitude, assim afirmando:

‘O elemento conceitual do delito, ilicitude ou antijuridicidade – expressões consideradas aqui como sinônimas -, exprimi a relação de contrariedade de um fato com todo o ordenamento jurídico (uno e indivisível), como direito positivo em seu conjunto. Enquanto a subsunção de um fato concreto ao tipo legal, isto é, o juízo de tipicidade, tem um caráter positivo, o juízo de ilicitude, decorrente da verificação da operatividade de uma norma permissiva, evidencia um aspecto negativo. Nessa linha, acentua-se que a ilicitude ou antijuridicidade é a violação da ordem jurídica em seu conjunto, mediante a realização do tipo. A realização de toda ação prevista em um tipo de injusto de ação doloso ou culposos será antijurídica, enquanto não concorrer uma causa de justificação.’ (2007, p.392)

O doutrinador analisa do que é a antijuridicidade, que ocorre quando há uma violação da ordem jurídica, sendo realizado o tipo penal, previsto em sua legislação, e desta forma, para que aja sua exclusão, deve se constatar a situação na qual se aplique uma das causas de justificação, sendo no nosso tema, a legítima defesa, que se configurando excluirá a ilicitude ou antijuridicidade do fato típico, culpável.

Nesse sentido afirma ainda sobre a ilicitude, e as causas de justificação e seus efeitos que serão em regra a permissibilidade ou autorização dada pela lei penal nos casos específicos:

‘Toda ação típica é ilícita, salvo quando justificada. Com acerto se distingue que as causas justificantes têm implícita uma norma permissiva ou autorizante que, ao interferir nas normas proibitivas ou preceptivas, faz com que a conduta proibida ou não-realização da conduta ordenada seja lícita ou conforme ao Direito.’ (PRADO, 2007, p. 394).

Doutrina Luiz Regis Prado que toda ação que esteja descrita como um tipo injusto, seja culposa ou dolosa, será de fato ilícito se não for apresentada uma causa de justificação. Assim, pois, quando existir uma causa de justificação, fará da ação típica, uma ação lícita ou permitida. As causas de justificação possuem um preceito autorizante ou permissivo, podendo ser definidas como situações particulares, que, diante destas, um fato que de outro modo, em outra situação seria delituoso, porém não sendo, pois a lei impõe ou o consentiu (2007).

Desta forma a ação típica só será permitida quando em virtude de causa justificante, no caso da legítima defesa, sendo seus elementos necessários para que se permita o uso da justificante, por exemplo, a injusta agressão atual ou eminente, que permitirá que o agredido se defenda de forma moderada usando os meios necessários.

3.2 A teoria da tipicidade conglobante de Eugênio Raul Zaffaroni e sua relação com a legítima defesa.

Trata a teoria em questão, do desmembramento da tipicidade penal, em duas formas de tipicidades, necessárias, estão são: a tipicidade legal e a tipicidade conglobante. Para aclarar o conceito inovador presente na obra Manual de Direito Penal Brasileiro de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, introduzem o tema com um caso prático que em síntese trata de um oficial de justiça, que seguindo todos os trâmites legais, executa ordem de juiz competente, referente à penhora e sequestro de um quadro de propriedades, estando assim acobertado pelo cumprimento de dever legal, não há crime, porém não desaparecera o caráter do delito quando age o sujeito em cumprimento de um dever. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006).

De acordo com maior parte da doutrina, o caso narrado o oficial de justiça atua em causa de justificação não estaria presente a antijuridicidade da conduta, porem seria típica. Não seguindo esta linha de pensamento, pois a tipicidade ira se tratar de contrariedade à norma, e para a esta doutrina não é admissível que no conjunto da ordem normativa, uma norma ordene o que outra proíbe. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006).

Assim esclarece que na ordem normativa, não pode uma norma ordenar algo que outra norma da mesma ordem normativa, desta forma afirma: 'Uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma "desordem" arbitrária'. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p.393).

Esclarece ainda que as normas do ordenamento jurídico não se estabelecem isoladamente, desconexas as outras, estando elas entrelaçadas, uma

limitando a outra, e de forma alguma podem se ignorar, seja por uma delas, ou mutuamente se ignorarem, o que de fato não ocorre. Assim afirma ainda sobre a ordem normativa:

‘Uma ordem normativa não é um caos de normas proibitivas amontoadas em grandes quantidades, não é um depósito de proibições arbitrárias, mas uma ordem de proibições, uma ordem de normas, um conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem, que lhes vem dada por seu sentido geral: seu objetivo final, que é evitar a guerra civil (a guerra de todos contra todos)’. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p.394).

Isto se trata de ordem mínima, a qual as normas então condicionadas a guardarem entre si, destarte, está impedido que uma norma proíba o que outra ordena ou incentive, de forma a fomentar sua realização.

Retornando ao exemplo inicialmente dado pelo doutrinador (oficial de justiça em caso de cumprimento de dever legal), o que pode ocorrer é que o tipo aparentemente inclua esse caso na tipicidade, no entanto, o doutrinador analisando a fundo a norma, e o seu alcance, assim afirma:

‘Quando penetramos um pouco mais no alcance da norma que está anteposta ao tipo, nos apercebemos que, interpretada como parte da ordem normativa, a conduta que se adequa ao tipo legal não pode estar proibida, porque a própria ordem normativa a ordena e a incentiva.’ (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p.394).

Neste ponto da teoria ela se relaciona com a legítima defesa, assim que nos traz que o juízo de tipicidade não será apenas legal, mas será necessária uma comprovação da tipicidade conglobante, sendo esta verificada com a averiguação da proibição, observando-se o alcance proibitivo da norma, que não pode ser vista isolada, e sim conglobada na ordem normativa. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006).

A função do passo concernente ao juízo referente a estabelecer a tipicidade penal será realizada com um propósito de remissivo de alcançar a verdadeira dimensão do que a norma prevê, e proíbe, não sendo abarcadas pela tipicidade penal as condutas que tão somente alcançarem a tipicidade legal, mas que a ordem normativa não possui interesse em proibir, necessariamente porque a ordena ou a fomenta. Nesta situação se encontra a legítima defesa, quando a tipicidade legal é atingida, quando o defensor pratica um tipo penalmente reprovável,

porém não atinge a tipicidade penal, pois a norma penal não fomenta, mas permite que seu bem jurídico seja defendido contra a agressão injusta, seguindo os critérios legalmente exigidos. A sua relação com o instituto da legítima defesa se expressão no conceito de tipicidade conglobante, que estabelece que:

‘ A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso exposto do oficial de justiça, que se adequa ao “subtrair para si ou para outrem, coisa alheia móvel” (art. 155, caput, do CP). ‘ (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p.394).

O conceito de tipicidade conglobante trata a tese como um corretivo da tipicidade, considerando que a mesma possui duas fases, a tipicidade penal e a legal, sendo que algumas situações de fato atingem a sua tipicidade legal, se efetivando conduta vista como crime, não sendo crime porque não alcança a tipicidade penal, que será conglobante, que visa todo o ordenamento jurídico, e o fato que as normas não se contradizem neste ordenamento.

3.3 A legítima defesa e o dever de indenizar

O dever de indenizar está ligado inicialmente ao direito civil, e ao conceito de ato ilícito, que gera a obrigação de indenizar, estas máximas estão presentes expressamente na legislação civil, que assim dispõe:

‘Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. ‘ (BRASIL, 2002)

Estes artigos trazem respectivamente o conceito de ato ilícito, e a obrigatoriedade de reparação do dano, estes são conceitos fundamentais para a compreensão sobre o dever de indenizar, pois a partir destes surgirá o dever de indenizar. Após a introdução dos conceitos, nos remetemos aos atos lesivos que não serão considerados ilícitos, de acordo com o art. 188 do Código Civil: ‘Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido’.

De acordo com o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves quando em situação de legítima defesa, o agente pratica contra o agressor uma lesão, não poderá ser responsabilizado civilmente o agente defensor, com algumas exceções. São elas quando por engano ou erro na prática do ato, erro de pontaria, atinge um terceiro não envolvido, caso em que devesse reparar o dano, ficando o agente defensor no direito de agir regressivamente contra o agressor, pelas quantias pagas ao terceiro atingido (2018).

A outra exceção apontada na doutrina será o caso de legítima defesa putativa, esta, que só exclui a culpabilidade do agente, não ficando assim eximido de indenizar, pois do ato não fica excluído a antijuridicidade, nesse sentido afirma: 'Na legítima defesa putativa, o ato de quem a pratica é ilícito, embora não punível por ausência de culpabilidade em grau suficiente para a condenação criminal. No cível, entretanto, a culpa, mesmo levíssima, obriga a indenizar.' (GONÇALVES, 2018, p.415).

O último caso será o excesso na legítima defesa, que será passível do dever de indenizar, pois subsiste o ato ilícito, assim afirma Carlos Roberto Gonçalves: 'Na esfera civil, o excesso, a extrapolação da legítima defesa, por negligência ou imprudência, configura a situação do art. 186 do Código Civil.' (2018, p.415).

Conforme a doutrinadora Maria Helena Diniz, são casos excepcionais os que apesar da lesão causada por estes, não serão fatos constitutivos de atos ilícitos. Nesses casos como já dito, haverá o dano, a relação de causalidade entre a ação e o prejuízo sofrido, em relação ao direito alheio, que seria resguardado, e gerariam o fato ilícito, senão por motivo legítimo previsto em lei, assim não acarretando o dever de indenizar, o que segue conformidade com a lei civil e penal, que retira a qualidade de ilícito, os atos praticados em legítima defesa. (2012)

Dessa forma esclarecendo que a legítima defesa agira como excludente de responsabilidade civil e penal, o que legitima o prejuízo sofrido pelo agressor, nesse sentido afirma: 'A legítima defesa é considerada, portanto, como excludente de responsabilidade civil e criminal, se com o uso moderado de meios necessários

alguém repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem' (DINIZ, 2012, p.604).

De acordo com Maria Helena Diniz estabelece sobre o cabimento de ação regressiva, nos casos de legítima defesa, desta forma: 'Caberá ação regressiva, para haver a importância que se ressarcir ao lesado contra aquele em de quem se causou o dano' (2012, p.605).

Dessa forma, de acordo com a doutrina civilista e a legislação civil e penal, a legítima defesa quando usado dos meios necessários e moderadamente, não ocorrendo excesso, não será fato ilícito, não gerando assim o direito ao agredido à ação de reparação pelo dano sofrido em sentido indenizatório.

Conclusão

Conclui-se com o presente estudo monográfico que a legítima defesa, embora atual no nosso contexto jurídico e social, vem de tempos imemoriais, remontando a percepção do ser humano de autopreservação quando atacado mediante uma ação de outrem, injusta, podendo ceifar a sua vida ou colocar em risco a sua integridade física.

Pode-se notar que tal instituto, quando juridicizado, toma contornos de preservação do bem maior que é a vida, obviamente quando agredida por ação injusta. A sua preservação está antes de mais nada ligada a um princípio constitucional que é a dignidade da pessoa humana. Além do mais, seus requisitos são objetivos e devem ser analisados pelo juiz em cada caso concreto evitando-se o excesso ou abuso do instituto jurídico.

O legislador no momento de instituir a legítima defesa como exclusão de ilicitude vislumbrou que o agente em legítima defesa em casos específico incorreria em excesso, protegendo assim a segurança jurídica ainda que de quem comete uma agressão injusta, pois não é absoluta a legítima defesa, como consagra o Código Penal no artigo 23, em seu parágrafo único que o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

O excesso na legítima defesa está ligado diretamente ao uso dos meios necessários e à moderação, pois ambos deixam claro que há limites para o direito de legítima defesa, pois o requisito da moderação na reação necessária é muito importante porque delimita o campo em que pode ser exercida a excludente, sem que se possa falar em excesso.

Este tema estará ligado ao direito material de quem seja imputado fato previsto como crime na legislação penal, e representa quando provada a legítima defesa, a exclusão da ilicitude, sendo assim, não será passível de condenação. Uma vez que a legítima defesa dependerá das circunstâncias do caso concreto, não há impedimento à sua caracterização em caso de morte do agressor, se de fato não houvesse outra forma de se defender, de modo que, esse instituto protege a legitimidade de quem se defende de agressão injustificada, usando dos meios necessários para que cesse a agressão, sendo nesse caso o único meio possível de cessar a agressão levando o agressor a morte.

Os meios necessários são os meios menos lesivos, menos vulnerantes. Não constitui meio necessário responder a um tapa com agressão à faca, porque nesse caso o meio não foi o necessário ou adequado para a situação conflitante. Dessa forma os meios necessários serão aqueles que de fato façam cessar a agressão, partindo desde pressuposto, adentra-se na moderação do meio, desta forma, depois de escolhido o meio, o sujeito deve se utilizar desse meio moderadamente, ou seja, não deve ir além do necessário para findar a agressão.

Tratou-se ao final sobre a teoria da tipicidade conglobante de Eugênio Raul Zaffaroni e sua relação com a legítima defesa, O conceito de tipicidade conglobante trata a tese como um corretivo da tipicidade, considerando que a mesma possui duas fases, a tipicidade penal e a legal, sendo que algumas situações de fato atingem a sua tipicidade legal, se efetivando conduta vista como crime, não sendo crime porque não alcança a tipicidade penal, que será conglobante, que visa todo o ordenamento jurídico, e o fato que as normas não se contradizem neste ordenamento.

Por fim, tratou-se do dever de indenizar que está ligado inicialmente ao direito civil, e ao conceito de ato ilícito, que gera a obrigação de indenizar, estas máximas estão presentes expressamente na legislação civil, nos artigos 186 e 927 do Código Civil. Estes artigos trazem respectivamente o conceito de ato ilícito, e a obrigatoriedade de reparação do dano, estes são conceitos fundamentais para a compreensão sobre o dever de indenizar, pois a partir destes surgira o dever de indenizar.

Quando em situação de legítima defesa, o agente pratica contra o agressor uma lesão, não poderá ser responsabilizado civilmente o agente defensor, com algumas exceções. São elas quando por engano ou erro na prática do ato, erro de pontaria, atinge um terceiro não envolvido, caso em que devera reparar o dano, ficando o agente defensor no direito de agir regressivamente contra o agressor, pelas quantias pagas ao terceiro atingido.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Celio De Melo. **Legítima Defesa**: Legislação, Doutrina, Jurisprudência, Processo. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1975.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei N° 2.848, De 7 De Dezembro De 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 03 dez. 2018.

BRASIL. **LEI N° 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 24 de abril de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso De Direito Penal**: Parte Geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1**: Parte Geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011

ISHIDA, Válder henji. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral e Parte Especial. 2. ed. São paulo: Atlas, 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquematizado: parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANGO, Andrei Rossi. **Análise do instituto da Legítima Defesa: da evolução histórica ao excesso**. Revista Âmbito Jurídico. (2018) disponível em: <http://www.ambito.juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16252> Acesso em: 27 de nov. De 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual De Direito Penal: Parte Geral**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Solza. **Manual De Direito Penal: Parte Geral, Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2006.