

MARCELO PIMENTA DE ALMEIDA RAMOS FILHO

A LEGÍTIMA DEFESA COMO CAUSA EXCLUDENTE DE ILICITUDE

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2022

MARCELO PIMENTA DE ALMEIDA RAMOS FILHO

A LEGÍTIMA DEFESA COMO CAUSA EXCLUDENTE DE ILICITUDE

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

MARCELO PIMENTA DE ALMEIDA RAMOS FILHO

A LEGÍTIMA DEFESA COMO CAUSA EXCLUDENTE DE ILICITUDE

Anápolis, ____ de _____ de 2022.

Banca Examinadora

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo estudar o instituto da legítima defesa e sua função como excludente de ilicitude. A metodologia empregada é a pesquisa e compilação de conteúdo bibliográfico, que se trata da exposição do pensamento de vários doutrinadores acerca do que escreveram sobre o tema proposto. Está dividida didaticamente em três capítulos. A princípio relata o histórico da legítima defesa e aponta sua conceituação e seus fundamentos filosóficos. Em seguida trata dos requisitos do instituto e dos casos em que ocorre o excesso. Então passa a analisar a legítima defesa no contexto da teoria geral do crime e no âmbito processual.

Palavras-chave: Legítima Defesa. Excludente de Ilicitude. Teoria Geral do Crime.

Delito

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO I – SURGIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA.....	03
1.1 Histórico da legítima defesa.....	03
1.2 Conceito de Legítima Defesa.....	05
1.3 Fundamentos Filosóficos da Legítima Defesa.....	08
CAPÍTULO II – REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA.....	11
2.1 Agressão Injusta.....	11
2.2 Agressão Atual e Iminente.....	13
2.3 Excesso na Legítima Defesa.....	15
2.3.1 Excesso Doloso.....	17
2.3.2 Excesso Culposo.....	18
2.3.3 Outros Tipos de Excesso.....	19
CAPÍTULO III – A LEGÍTIMA DEFESA NA TEORIA DO CRIME.....	22
3.1 Noções da Teoria Geral do Crime.....	22
3.2 Legítima Defesa como Exclusão da Antijuridicidade.....	26
3.3 Momento Processual para se Analisar a Legítima Defesa.....	29

CONCLUSÃO.....	33
-----------------------	-----------

REFERÊNCIAS.....	35
-------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por finalidade discorrer a respeito do instituto da legítima defesa, que ocorre quando a pessoa em defesa própria ou de terceiros, utiliza-se moderadamente dos meios necessários para repelir uma injusta agressão, sendo uma excludente de ilicitude de grande relevância para o Direito Penal.

Produziu-se uma pesquisa bibliográfica, que buscou trazer contribuições de diversos autores, por meio da consulta de artigos jurídicos e livros relacionados ao assunto em questão. Diante disso, observa-se que este trabalho foi estruturado de forma didática em três partes.

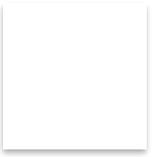
No primeiro capítulo busca-se contextualizar a legítima defesa, demonstrando o surgimento deste instituto do Direito. Assim será relatado o histórico, identificada a conceituação e expostos os fundamentos filosóficos em que se baseiam o instituto.

O segundo capítulo abordará alguns dos principais requisitos necessários para a manifestação da legítima defesa, em especial a agressão injusta e iminente. Além disso serão discutidos os diversos casos em que se configura o excesso da legítima defesa

O terceiro capítulo analisará o instituto da legítima defesa em sua condição de excludente da antijuridicidade, também conhecida como ilicitude, no contexto da

Teoria Geral do Crime. Além disso discorre sobre a legítima defesa no âmbito processual.

A proposta deste trabalho é reunir aspectos relevantes da legítima defesa de forma simples e objetiva na transmissão dos conceitos expostos, uma vez que a legítima defesa, entre as causas de exclusão da antijuridicidade, é o instituto que oferece maior propensão para o estudo levando em consideração os bens jurídicos sob sua proteção.



CAPÍTULO I – SURGIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA

Neste capítulo se discorrerá a respeito da legítima defesa, que, de acordo com o Código Penal Brasileiro, ocorre quando a pessoa em defesa própria ou de terceiros, utiliza-se moderadamente dos meios necessários para repelir uma injusta agressão.

Desta forma, busca-se contextualizar a legítima defesa, demonstrando o surgimento da legítima defesa. Portanto, será abordado o histórico, o conceito, e também os fundamentos filosóficos da legítima defesa.

1.1- Histórico da legítima defesa

Primeiramente, neste tópico, será versado sobre os princípios, e o histórico da legítima defesa, buscando entender como a legítima surgiu, como esta era em seus primórdios, até a forma que é utilizada atualmente no direito brasileiro.

É sabido que para que uma sociedade consiga conviver em paz, é necessário que esta siga algumas normas, regras e princípios, que somente posteriormente foram denominadas “Leis”. Estas, indiscutivelmente, eram diferentes ao redor do mundo, posto que cada lugar possui suas próprias crenças, costumes, princípios, o que englobava diversos fatores.

Na antiguidade, a legítima defesa estava presente no mundo, em sua forma mais simples. Há relatos da legítima defesa no quinto livro da Bíblia, e teve sua autoria atribuída a Moisés, por volta dos anos 1473 a.C. No Deuteronômio, a legítima defesa

se encontra em formas conjuntas ao homicídio involuntário. Em Deuteronômio, também é exposto o conceito fundamental da legítima defesa: “A repulsa, em igualdade ao ataque; o reconhecimento da conduta justificada, e por fim, a necessidade da moderação, como critério avaliador do comportamento do agente” (DEUTERONÔMIO; LINHARES, 1975)

Não se sabe ao certo, qual civilização criou a “legítima defesa”, porém, para esta ser como conhecemos nos dias de hoje, foram necessários diversos “aprimoramentos”. Há evidências da legítima defesa no Direito Romano, Germânico, Mesopotâmico, Israelita, Hitita, Greco, Egípcios entre diversos outros, além da Igreja Católica.

O Código de Hamurabi, estudado até os dias atuais, é a principal herança deixada pelo Direito Mesopotâmico, devido a sua enorme contribuição para o Direito. Neste, versava a respeito da defesa, e também da defesa da honra, daí, que surgiu a famosa frase “olho por olho, dente por dente”. Tal afirmação, remete consigo um pensamento antigo, onde buscavam “pagar na mesma moeda”, um dano que foi causado a outrem. Sendo assim, uma forma de repressão, que buscava garantir a defesa de quem foi lesado. (LINHARES, 1975)

No Direito Romano, as regras eram ditadas por aqueles que possuíam o poder em suas mãos, as autoridades. Estas buscavam solucionar os conflitos existentes com base em suas próprias crenças, e caso não conseguissem solucionar, este poder era repassado para outrem, no qual poderia, com base em seus ideais, buscar a resolução.

Exemplo do que foi narrado anteriormente, “encontra na possibilidade de matar o ladrão noturno que comete um furto, pois o causador da morte seria absolvido. Além desses, o direito romano se preocupou em limitar o arcaico conceito da legítima defesa, como o caso contra os ladrões, não sendo permitido senão quando ocorrido furtos em zona rural, onde o poder público é consideravelmente ineficiente perto da oferecida pelas cidades. (DEUTERONÔMIO; LINHARES, 1975)

De acordo com o que foi tratado anteriormente, em Roma, tornava-se lícito

qualquer ato em legítima defesa, efetuado buscando repelir agressão a uma terceira pessoa, até mesmo quando causava a morte.

O Direito Germânico, não possuía nenhuma forma de legislação escrita, apenas era regido através da vingança privada individual, e na “perda de paz”, diferentemente dos romanos. Qualquer pessoa poderia cometer delitos contra criminosos, na tentativa de salvar a si mesmo, ou outrem, vingando quem foi ofendido. Assim, nota-se que, tais regras criadas antigamente pelos germânicos, contribuíram para o direito brasileiro atual.

Assim, percebe-se que cada sociedade tinha uma maneira distinta de tentar atingir a paz e a justiça, através de suas normas e princípios, algumas mais severas, e outras mais brandas. Com o passar do tempo, estas normas e princípios foram sendo aprimoradas, para que a sociedade consiga viver em paz, chegando ao que temos disposto em nosso código penal, caracterizado como legítima defesa.

1.2- Conceito de legítima defesa

Por se tratar de um tema extremamente complexo e relevante, há diversos doutrinadores que discorreram a respeito deste tema, como: Fernando Capez, Rogério Greco, Francisco de Assis Toledo, Guilherme de Souza Nucci, entre outros. Assim, cada um busca, de sua forma, ajudar-nos a entender, e conseqüentemente aplicar o que é disposto no Código Penal Brasileiro.

De acordo com o Código Penal Brasileiro (1940), em seu artigo 25, entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Tal conceito, nos traz uma ampla definição a respeito do tema, porém, por se tratar de um tema extremamente complexo e relevante, deve analisar alguns conceitos criados por especialistas, visando uma melhor aplicabilidade do que é disposto neste artigo (25 do Código Penal).

As excludentes da ilicitude são hipóteses onde é permitida a prática de um

ato ilícito, sem que esta seja considerada crime, uma vez que seja praticada em uma situação específica.

Causa de exclusão da ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. Não há aqui, uma situação de perigo pondo em conflito dois ou mais bens, na qual um deles deverá ser sacrificado. Ao contrário, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro, legitimando a repulsa. (CAPEZ, 2012, p. 306.)

Percebe-se que este conceito citado anteriormente visa complementar o que está disposto no artigo 23, inciso II, in verbis, “Não há crime quando o agente pratica o fato: II – em legítima defesa”, e do artigo 25, já disposto acima.

Alguns outros doutrinadores, como Rogério Greco, também possuem uma visão um pouco distinta, mostrando que, o Estado, por não se fazer presente constantemente, ocasionalmente poderá chegar um momento em que, para uma pessoa se proteger, esta poderá utilizar de meios necessários para efetuar sua proteção, sem sofrer sanções, caso seja feita de maneira moderada. Nas palavras do próprio:

Como é do conhecimento de todos, o Estado, por meio de seus representantes, não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão pela qual permite aos cidadãos a possibilidade de, em determinadas situações, agir em sua própria defesa. Contudo, tal permissão não é ilimitada, pois encontra suas regras na própria lei penal. Para que se possa falar em legítima defesa, que não pode jamais ser confundida com vingança privada, é preciso que o agente se veja diante de uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, responsável constitucionalmente por nossa segurança pública, e, só assim, uma vez presentes os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, agir em sua defesa ou na defesa de terceiros. (GRECO, 2016, p. 443.)

Sendo assim, apesar de o Estado ser o único a deter o direito de punir o autor de um delito, ele nem sempre tem como intervir de forma direta ou indireta para afastar ameaças que surgem na vida cotidiana. Se o Estado não autorizasse a quem se vê diante injusta agressão reagir para afastar o perigo de lesão, em vez de esperar

a ação da autoridade estatal, obrigaria o indivíduo a sofrer a agressão passivamente, desta forma legitimando a injustiça. (JESUS, 2010)

De acordo com Francisco de Assis Toledo, em sua obra “Princípios Básicos de Direito Penal”, quando a vítima age em legítima defesa, a ação praticada por ela não constitui uma “delegação estatal”, desta forma, evitando que qualquer ato praticado perante uma injustiça, seja entendido como crime:

O reconhecimento da faculdade de autodefesa contra agressões injustas não constitui uma delegação estatal, como já se pensou, mas a legitimação pela ordem jurídica de uma situação de fato na qual o direito se impôs diante do ilícito. “a defesa necessária (legítima defesa) é uma causa de justificação que se baseia no princípio de que o direito não precisa retroceder diante do injusto.” pelo que “. a defesa vale, pois, não só para o bem jurídico ameaçado mas também, simultaneamente, para a afirmação da ordem jurídica. (TOLEDO, 1994, p. 192.)

Assim, sob a perspectiva jurídica e social, a legítima defesa é justamente o preceito de que o ordenamento jurídico não deve ceder ao injusto, por isso ela manifesta-se quando essencialmente necessária. Por meio da legítima defesa, o sujeito consegue repelir agressões injustas a direito próprio ou de outrem, suprimindo a atuação da sociedade ou do Estado. A ordem jurídica deve ser preservada, cabendo ao particular garanti-la de forma eficiente e dinâmica. (NUCCI, 2014)

Já o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, esclarece que a legítima defesa é causa excludente de ilicitude há muitos anos, posto que, um ato ilícito, se realizado em uma situação específica e de maneira moderada, não é tratado como crime:

É a defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiros, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários. Trata-se do mais tradicional exemplo de justificação para a prática de fatos típicos. Por isso, sempre foi acolhida, ao longo dos tempos, em inúmeros ordenamentos jurídicos, desde o direito romano, passando pelo direito canônico, até chegar à legislação moderna. (NUCCI, 2009, p. 256.)

Diante dos conceitos dispostos anteriormente, percebe-se que, os artigos

23 a 25 do Código Penal Brasileiro busca garantir a segurança na qual, se, por ventura, uma pessoa tenha que repelir um crime executando outro, sendo este para proteger a si mesmo, ou a terceiros. Assim, a vítima poderá se defender, e não será julgada como criminosa, posto que agiu com base nos artigos anteriores.

1.3- Fundamentos filosóficos da legítima defesa

Neste atual tópico será discursado a respeito dos fundamentos filosóficos da legítima defesa, buscando elucidar o motivo no qual, a legítima defesa está presente atualmente no direito brasileiro.

Como disposto no “histórico da legítima defesa”, não se sabe ao certo, qual civilização foi responsável pela criação que hoje é conhecida por legítima defesa. Esta, por sua vez, possui relatos em diversas civilizações, como na romana, germânica, mesopotâmica, entre outras.

Nota-se que a necessidade de defesa de cada indivíduo, precisava ser julgada de acordo com as circunstâncias nas quais este praticava determinado ato. Com isso, diversos autores discorreram a respeito deste tema, fundamentando-o.

O direito mesopotâmico, notoriamente é de suma importância para o desenvolvimento do direito. Este, era regido pelo Código de Hamurabi, que continha 282 parágrafos que legislavam também a respeito da “defesa da honra”, onde o sujeito que cometeu o crime estava sujeito a ser punido com a morte. Daí, surge a famosa frase “olho por olho e dente por dente”. (LINHARES, 1975).

Assim, era sabido que, haveria uma proporcionalidade na “vingança” que seria imposta a quem executou-a primeiro, não podendo esta haver excesso, para que este direito seja preservado. Vale ressaltar que as “vinganças” não eram admitidas por condenados contra o poder executivo, de alunos contra mestres, filhos contra os pais. Havia exceção aos soldados e aos nobres, que em defesa do patrimônio, ou quando se tratava de perigo pessoal, seria aceita a defesa. Não era admitido a defesa da honra. (ALMADA, 1975)

Em Roma, seu direito era tratado com base no conceito de justificar a

legítima defesa como uma forma de repelir um crime, que substituiria uma reação penal. Este direito era universalmente conhecido, e possuía como fonte a razão natural. Tais afirmações possuem como alicerce o que foi disposto por Cícero. (ALMADA, 1975)

Os romanos reprimiam o uso da vingança privada, tornando-a ilícita. E, de acordo com Célio de Melo Almada, a repressão da vingança privada era fruto da incompetência do estado de defender a todos, “dando” a possibilidade de um indivíduo se proteger, caso o estado não ofereça determinada segurança.

Sendo assim, houverem diversos teóricos, de diversas regiões que buscaram entender melhor os fundamentos da legítima defesa, e sua aplicabilidade. Dentre eles, destaca-se Immanuel Kant, que, em sua teoria, afirma que a legítima defesa possui base na inutilidade da ameaça penal, e também no pensamento de Geyer, fundamentando sua teoria na retribuição do mal, com o mal. De acordo com Kant, somente o estado poderia punir os crimes de acordo com a ordem jurídica social, fazendo com que se tornasse ilegal a defesa privada. (ALMADA, 1975).

Posteriormente, devido a ampla complexidade destacada anteriormente por Kant e Geyer, elucida ALMADA; “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”. Deste modo, fica elucidado que, pelo fato da defesa ser uma repulsa à agressão, uma deve satisfazer o direito punitivo da outra, não sendo possível que o agressor sofresse uma nova punição, posto que a defesa seria suficiente.

É discorrido por Maggiore: “Se suprimir o direito da defesa àquele que se vê em perigo de morte, isso equivale a privá-lo do direito”. Torna-se evidente que a legítima defesa é de extrema importância para zelar pela vida (seja ela própria ou de terceiros), não podendo ser “abolido”, visto que seria praticamente “vedado” o direito a vida. (ALMADA, 1975)

O Manual de Direito Penal Brasileiro, escrito em 2006 por José Henrique Pierangelli, e Eugênio Raúl Zaffaroni, relata que, seja analisado a aplicabilidade da

legítima defesa diante dos aspectos sociais e individuais, buscando conservar a segurança da ordem jurídica, assim como proteger os direitos pessoais, conforme a seguinte frase: “O fundamento da legítima defesa é único, porque se baseia no princípio de que ninguém pode ser obrigado a suportar o injusto.

Portanto, com tudo o que foi narrado anteriormente, a legítima defesa somente é utilizada quando um indivíduo se encontra em uma situação delicada, em perigo atual ou iminente, onde ele age pretendendo salvar a sua vida, ou de terceiros envolvidos nesta. Ela será utilizada quando o Estado não pode agir para que um crime (ou possível) seja evitado, uma vez que ele não possui abrangência para conseguir proteger a todos, em quaisquer lugares, e durante todo o tempo, podendo assim, ser justificado o ato realizado na ausência deste. Deve-se analisar também os dois aspectos citados (individuais e sociais), fazendo com que seja satisfeita a necessidade de defesa. (CAPEZ, 2012).

CAPÍTULO II – REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA

O presente capítulo proposto pretende examinar, exhibir e levantar questões relacionadas à aplicação de legítima defesa, a qual está disposta no Código Penal brasileiro em seu artigo 25 e com todos os seus delineamentos, quais sejam, repelir a agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiros.

2.1- Agressão injusta

A legítima defesa era considerada como uma reação defensiva que repulsa a agressão injusta e atual ou iminente desde as origens do direito romano. Ela se admitia também apenas quando exercida dentro de certa proporcionalidade e nos limites da necessidade. Até os dias atuais ela se admite, desde que preservada a moderação devida. Esses princípios elaborados no decorrer dos séculos constituem um dos institutos mais bem estruturados da ciência penal. (Toledo, 2006)

O primeiro requisito para que a legítima defesa seja configurada concerne a necessidade de existir uma agressão injusta. Por conseguinte quem repele a agressão, só deve fazê-lo se ela for injusta, em virtude de que em caso contrário não persistirá o quesito que caracteriza uma defesa legítima.

Damásio de Jesus afirma nesse sentido:

Exige-se que a agressão seja injusta, contraria ao ordenamento jurídico (ilícita). Se a agressão é lícita, a defesa não pode ser legítima. Assim, não comete o fato acobertado pela causa de exclusão de ilicitude quem repele uma diligência de penhora em seus bens realizada por um oficial de justiça munido de mandado judicial. A

conduta do oficial, se bem constitua agressão, não é injusta. (2010, p. 428)

A agressão é definida como a ação humana que danifica ou põe em perigo bens ou interesses legalmente protegidos. No entanto, a agressão não deve ser confundida com a mera provocação de um agente, que é, por assim dizer, uma fase antecedente cuja gravidade e intensidade devem ser consideradas para avaliá-la adequadamente. (BITENCOURT, 2012).

A agressão classifica-se em agressão ativa, e passiva. A agressão ativa é aquela que deriva de uma ação humana. Já a agressão passiva é derivada de uma omissão. A mais comum delas é a ativa onde há, por exemplo, uma agressão física injusta de A contra B, na conduta omissiva, de acordo com o ensinamento do Professor Damásio E. de Jesus (2010) é necessário que o agressor omitente encontre-se obrigado a atuar. Comete agressão o carcereiro que por vingança se nega a liberar o recluso diante do alvará de soltura.

A agressão injusta é considerada crime, de acordo com o artigo 129 do Código Penal, e, portanto, é ilegal. Por outro lado, se a agressão é justa, então a defesa não pode ser legítima, então não há necessidade de discorrer sobre fatores como defesa da própria legítima defesa.

A agressão proveniente da provocação de um agente não fundamenta a excludente, neste caso podendo configurar a modalidade de legítima defesa recíproca, isto é, legítima defesa contra legítima defesa, uma conduta em que não existe o requisito de injusta agressão. (SOUZA, 2021)

Apesar de atacar por meio da violência seja mais comum, também é possível responder a um ataque sem o uso de violência, como legítima defesa, como se proteger de agressões verbais.

Deve-se ressaltar que a agressão só é mencionada quando se trata de ação humana, portanto, é impossível se defender legitimamente contra animais ou mesmo forças naturais a menos que sejam usados por humanos como meio de agressão, então a pessoa que se defender das agressões, será amparada pelo estado

de necessidade, previsto artigo 24 do Código Penal. Para que seja enquadrado nesse requisito, é necessário que a agressão injusta seja atual ou iminente, posto que não há legítima defesa contra uma agressão futura. (ESTEFAM, 2018)

2.2- Agressão atual e iminente

Outra exigência quanto à legítima defesa é que a agressão repelida seja atual ou iminente. Compreende-se como atual aquela agressão verificável no momento presente, ou seja, que está acontecendo. A agressão deve estar prestes a ser cometida de imediato ou ser realizada no momento. Quando a agressão é passada ou futura ela não está sob o manto da legítima defesa. A valer, não pode configurar como elemento que visa a revidar agressão passada justificando a vingança ou validar retaliação ao medo de uma futura agressão. (DIAS, 2015)

Importante salientar a existência da distinção entre a atualidade e a iminência, a despeito de que ambas satisfazem o requisito temporal exigido na legítima defesa. Ao dissertar sobre o assunto Zaffaroni (1997) apresenta a diferenciação em relação aos dois termos afirmando que é atual a agressão quando ela já foi iniciada, por outro lado ela é iminente quando está prestes a ocorrer apesar de ainda não ter começado. É coerente o requisito da iminência se por tal se conclui que o agressor pode concluí-la quando desejar, pois é evidente sua vontade de fazê-lo e este já dispõe dos meios necessários para isto, porém não deve ser compreendida no sentido vulgar de imediatismo temporal

De acordo com a lição de Mirabete a agressão tem seus delineamentos, quais sejam, deve ser atual ou iminente, ou seja, acontecendo ou prestes a acontecer, senão vejamos:

A agressão deve ser atual ou iminente. Atual é a agressão que está desencadeando-se ou que ainda está desenrolando-se porque não se conclui. Defende-se legitimamente a mulher vítima de rapto, embora já esteja privada da liberdade há algum tempo, pois existe agressão enquanto perdurar essa situação. Pode tratar-se também de uma agressão iminente, que está prestes a ocorrer, a que existe quando se apresenta um perigo concreto, que não permita demora à repulsa. Não há legítima defesa, porém, contra uma agressão futura, remota, que possa ser evitada por outro meio. O temor, embora fundado, não é

suficiente para legitimar a conduta do agente, ainda que verossímil. Não é admissível a excludente sequer contra uma ameaça desacompanhada de perigo concreto, pois não se concebe legítima defesa sem a certeza do perigo, e essa só existe em face de uma agressão imediata, isto é, quando o perigo se apresenta *ictu oculi* como realidade objetiva. (2004, p. 183)

Segundo Aníbal Bruno (1967), a reação não é legitimada pela vingança ou pelo medo, e sim pela necessidade urgente de defender efetivamente o bem ameaçado, o que só se justifica pela agressão atual.

A agressão atual, na visão de Fernando Capez (2012) conceitua-se como aquela que está ocorrendo, isto é, no momento da reação defensiva o ataque efetivo já está em curso. Para ela a defesa é possível a qualquer momento no caso de crime permanente, tendo em vista que a conduta se prolonga no tempo, tendo a sua atualidade renovada a todos os instantes. Para sua admissão, deve ser imediata a repulsa, ou seja, instantaneamente após ou durante a agressão atual.

Também em relação à agressão iminente Capez afirma:

É a que está prestes a ocorrer. Neste caso, a lesão ainda não começou a ser produzida, mas deve iniciar a qualquer momento. Admite-se a repulsa desde logo, pois ninguém está obrigado a esperar até que seja atingido por um golpe (*Nemo expectare tenetur donec percutietur*). (CAPEZ, 2012, p. 195)

A agressão deve ser imediatamente repelida, do contrário, não pode ser considerada como legítima defesa. A dilação na reação desconfigura o instituto da legítima defesa, por isso a repulsa deve ser imediata à agressão. Se o perigo passou então ele deixou de existir, logo não há mais como justificar a defesa legítima, que se alegaria para eliminá-lo. A legítima defesa deve ser exteriorizada antes ou enquanto a lesão ao bem é cometida. A ação que se exerce após o perigo ter cessado caracteriza como vingança, sendo esta reprimida penalmente. Do mesmo modo acontece no caso do perigo futuro, no qual existe a possibilidade da utilização de outros meios para repeli-lo. (BITENCOURT, 2012)

Diante disto, resta claro que não existe legítima defesa contra agressão no

passado ou no futuro, caso a agressão tenha ocorrido no passado a atitude do agredido não é prevista como excludente de ilicitude diante da lei, neste caso caracteriza-se uma ação de vingança ou conduta doentia. No caso de ameaça de agressão futura, não iminente, o indivíduo que se encontra nesta situação pode buscar a autoridade pública para impedir a consumação. (ROCHA, 2019)

2.3- Excesso na legítima defesa

A palavra “excesso” denota a diferença que extrapola entre duas quantidades. Em tese, nos casos de exclusão de ilicitude, existe excesso nos casos em que o agente, inicialmente encoberto pela excludente, em seguida vai além do que o necessário. (NORONHA, 2004)

No entendimento de Gonçalves (2007), excesso trata-se da intensificação descabida de uma conduta justificada de início. No excesso sempre é pressuposto uma situação inicial justificante. No princípio o agente atua coberto por uma excludente, porém, ato contínuo, a extrapola.

Pode-se observar que o excesso é algo que vai além do permitido, do esperado, do normal. Caracteriza-se pela extrapolação aos limites prescritos. De tal maneira, é indispensável que exista um elo que viabilize fixar a conduta excessiva, tal como uma causa justificante, dado que esse é um instituto dependente de um contexto para aplicar-se. O excesso é um instituto de direito penal que não ostenta autonomia jurídica, ou seja, não tem como ser aplicado de forma isolada e independente. Sua manifestação e sua funcionalidade só podem ocorrer com o vínculo a outros institutos. (GUERRERO, 1997)

Nessa perspectiva, Rogério Greco (2016) afirma que o excesso é um instituto sem vida autônoma no Direito Penal, visto que ele é associado funcionalmente ao arranjo de uma circunstância em que se identifica uma causa de justificação. Destarte, o excesso aparece quando, ao estar inserido numa causa de exclusão de ilicitude, o agente transgride os requisitos demandados em lei, cruzando os limites do permitido.

De acordo com Luis Carlos Avansi Tonello a legítima defesa deve ser acompanhada pela proporcionalidade:

Para que se dê a legítima defesa perfeita, há de existir proporcionalidade entre a repulsa e o perigo causado pela agressão, medida individualmente, em cada caso, não, porém, subjetivamente, mas conforme o critério aferido de acordo com o homem equilibrado que nesse instante e circunstância se vê agredido (2003, p. 182).

Dessa forma, ao extrapolar os limites legais de moderação, acontece uma desconformidade em relação à lei, em relação a um direito. Por conseguinte existe uma gradação de intensidade. A moderação requer que aquele que se defende não deixe que sua reação ultrapasse o exigido comedidamente pelas circunstâncias (TOLEDO, 1994)

É previsto na legislação não se deve comportar o excesso dentro da licitude, sendo assim, aqueles que realizam a conduta excedendo os limites fixados nas causas justificantes, deverão responsabilizar-se por seu ato, diante do descumprimento das normas legais. Toda conduta que se pratica em excesso é ilícita, por isso o agente deve responder pelos resultados provenientes dela. Os efeitos relativos às condutas praticadas nos limites admitidos pela legítima defesa são resguardados por esta causa de justificação; as outras consequências que emergiram em virtude do excesso, são imputadas ao agente, que terá que ser responsabilizado por eles em razão de serem ilícitos. (GRECO, 2016)

A legítima defesa não deve constituir uma maneira de vingança para aquele que está sendo agredido injustamente, o instituto funciona como instrumento de mera defesa do bem jurídico violado, levando em consideração a impossibilidade de onipresença do Estado. Desta forma, de modo excepcional, o Estado cede a sua exclusividade punitiva para o cidadão se defender das injustiças, contudo sempre utilizando dos meios necessários com moderação. É dever do magistrado, a tarefa complicada de determinar a linha tênue que separa a defesa moderada do ataque exagerado no caso prático. (ROCHA, 2019)

No âmbito do direito penal os excessos são subdivididos em doloso e culposos. De acordo com o parágrafo único do artigo 23 do Código Penal. “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos”.

Em face da consumação de qualquer tipo de excesso no decorrer de uma ação, seja ele doloso ou culposo o agente será responsabilizado pelos resultados obtidos em consequência da agressão. (GUIMARÃES, 2012)

2.3.1- Excesso doloso

O dolo está previsto no artigo 18 Inciso I do Código Penal brasileiro e se conceitua como a conduta que advém da consciência e da vontade do agente quando ele deseja o resultado, agindo de forma voluntária. Sendo assim o excesso doloso quer dizer que mesmo estando consciente da ilicitude o agente opta por extrapolar tais limites, excedendo em seu ato. (SOUZA, 2021)

Restará configurado o dolo a contar do momento em que se alcança o objetivo de defender-se e o agente prossegue em sua ação, incidindo na prática de agressão contra seu agressor. Observa-se a presença do fim defensivo e também a reação concreta à agressão, que se externa na forma de uma agressão. Isto posto, existe a distinção do objetivo de provocar um mal maior ao agressor de maneira desnecessária, dado que já se havia alcançado o objetivo de preservar-se. (GUERRERO, 1997)

Nas palavras de Nucci, o excesso doloso compreende-se impossibilidade de se beneficiar o réu além do excesso, senão vejamos:

Quando o agente consciente e propositadamente causa ao agressor, ao se defender, maior lesão do que seria necessário para repelir o ataque. Atua, muitas vezes, movido pelo ódio, pela vingança, pelo rancor, pela perversidade, pela cólera, entre outros motivos semelhantes. O excesso doloso, uma vez reconhecido, elimina a possibilidade de reconhecer a excludente de ilicitude, fazendo com que o autor da defesa exagerada responda pelo resultado típico de provocou no agressor. (2009, p.244)

Na concepção de Damásio de Jesus (2010), o excesso só excluirá a legítima defesa a partir do instante em que o agente pratica a ação que constitui o excesso, visto que se encontrava coberto pela descriminante antes disso. Portanto o excesso doloso, pode acontecer quando o agente ainda que entendendo que com a

sua conduta inicial já conseguiu cessar a agressão que era realizada contra a sua pessoa ou continuou o ataque, tendo ciência que não podia prosseguir, pois já não era mais preciso, ou prossegue com o ataque, pois incide em erro de proibição indireto, ou seja, erro sobre a limitação de uma causa justificadora.

2.3.2- Excesso culposo

O excesso culposo ocorre quando o agente desejou um resultado proporcional e necessário, contudo agindo desatentamente e por isso gerando o excesso na sua resistência. Nesse caso o agente responderá por crime culposo no que diz respeito ao seu desregramento. Todavia, caso derive de caso fortuito, é admitida a isenção de pena. (NORONHA, 2004)

César Roberto Bitencourt conceitua o excesso culposo da seguinte forma:

Será culposo o excesso quando involuntário, podendo decorrer de erro de tipo escusável ou mesmo de erro de proibição evitável (quanto aos limites da excludente) o excesso culposo só pode decorrer de erro, havendo uma avaliação equivocada do agente quando, nas circunstâncias, era-lhe possível avaliar adequadamente. (2012, p. 71)

Para Fernando Capez (2012) o excesso acontece quando, diante do aturdimiento, temor, ou emoção gerado pela agressão injusta, o agente deixa a posição de defesa e entra em posição de ataque, após conseguir dominar o seu agressor. No caso culposo não ocorre intensificação intencional, uma vez que o sujeito acredita ainda estar sobre ataque, tendo assim o seu excesso derivado de uma apreciação errônea da realidade.

São duas as situações nas quais se verifica que o indivíduo incorreu em excesso culposo: quando avalia erroneamente a situação na qual se encontra e continua a repulsa imaginando que ainda se encontra em situação de agressão, ou quando em decorrência da situação em que está inserido, erra o cálculo em relação à gravidade do que está sofrendo ou em relação a forma de reagir. (GRECO, 2016)

A diferença mais notável estabelecida entre o excesso culposo e o doloso é que este é possível em qualquer crime, enquanto aquele é admitido apenas quando

existe previsão legal de punição da modalidade culposa para a conduta concretizada no excesso. Ademais no excesso doloso, constata-se uma vontade imediata e direta projetada para um objetivo certo, não sendo demonstrada imprudência, negligência ou imperícia, e sim um desejo terminal, direcionado seguramente ao cometimento de um crime doloso. Por este motivo o excesso doloso via de regra descaracteriza a legítima defesa, fazendo com que essa excludente funcione como causa atenuante prevista no artigo 65, III, “c”, do Código Penal. (SZNICK, 2002)

2.3.3- Outros tipos de excesso

Ainda que a lei traga apenas dois tipos de excesso, sendo eles o doloso e o culposos como já visto, a doutrina enumera vários outros tipos de excesso os quais serão analisados a seguir.

O excesso exculpante apresenta-se quando se pratica o ato sob a influência de elementos astênicos, tais como surpresa, medo, susto ou perturbação, tratando-se de uma modalidade de excesso que não merece punição devido a suas peculiaridades. O excesso verificado, neste caso, na resposta à injusta agressão não é originado por uma postura culposa ou dolosa, e sim por um comportamento emocional do agredido. Desse modo, a culpabilidade do agente é eliminada, sendo o fato típico e antijurídico. Todavia, não é culpável, pois não se poderia exigir conduta diversa a culpabilidade do agente que não fosse praticada. (GRECO, 1999)

É possível verificar que o excesso que interpõe a ação defensiva, deverá ser analisado de forma diferenciada dos demais tipos de excesso, uma vez que, não poderia ser outra a conduta de quem visava proteger-se ou proteger terceiros.

Afirma Fernando Capez (2012) que o excesso exculpante não advém nem da culpa, nem do dolo, e sim de um erro justificado plenamente pelas circunstâncias (legítima defesa subjetiva). Para ele, embora seja consagrada pela doutrina a noção de que se esta modalidade afastaria a culpabilidade não é adequada, tendo em vista que não se configura a exclusão da culpabilidade, e sim do fato típico, em razão da eliminação da culpa e do dolo. O excesso na reação defensiva deriva de um comportamento emocional do agredido, cujo o estado afeta sua reação defensiva,

impedindo que ele consiga balancear de forma adequada a oposição em função do ataque, não sendo exigível que o seu comportamento se adequasse à norma.

Marcelo André de Azevedo e Alexandre Salim (2017), caracterizam o excesso exculpante como aquele advindo da perturbação de ânimo, susto ou medo. O agente não responderá pelo excesso de acordo com o entendimento doutrinário, a despeito de o fato ser típico e ilícito, em razão da inexigibilidade de conduta diversa (causa supralegal).

Existe ainda quem classifique o excesso nas excludentes como sendo intensivo ou extensivo. O primeiro modo seria o excesso autêntico, vale dizer, acatado o aspecto temporal (atualidade ou iminência, dependendo do caso), o agente ultrapassa no contexto da moderação ou na necessidade do meio. Já o segundo, seria a extrapolação do limite de tempo para responder ao ataque, isto é, uma vez agredido o agente promove a reação, porém já fora do cenário da atualidade ou iminência. (NUCCI, 2009)

Sendo assim configura-se o excesso intensivo se durante a repulsa à agressão injusta o agente intensifica-a sem moderação, quando, na realidade, poderia ter agido de maneira menos lesiva para fazer cessar aquela agressão. A título de exemplo, se ao ser atacado por outrem alguém, em razão da tensão da situação em que se envolveu, espanca até a morte o seu ofensor, porque não conseguiu cessar de agredi-lo, tendo em vista que o fato ocorreu numa relação de contexto, isto é, a agressão não foi cessada para decidir-se posteriormente por continuar a repulsa, o excesso será considerado intensivo nesse caso. (GRECO, 2016)

Por outro lado o excesso extensivo é quando o agente, a princípio fazendo cessar a agressão injusta que sofria, dá prosseguimento ao ataque, mesmo este já não mais se fazendo necessário. O excesso extensivo acontece quando o agente, tendo agido dentro dos limites admitidos pela legítima defesa, após fazer parar a agressão, dá continuidade à repulsa, assim realizando uma conduta ilícita, como por exemplo, se depois de ter sido agredido injustamente por outrem, alguém repelir essa agressão e, mesmo após perceber que o agressor havia parado o ataque porque a sua defesa fora efetiva, decide prosseguir com os golpes, em virtude de a agressão

que permita qualquer repulsa ter deixado de existir, o excesso será denominado extensivo. (GRECO, 2016)

Damásio de Jesus (2010) descreve uma possibilidade de simulação de legítima defesa como subterfúgio para fundamentar a desproporção da agressão. Ele afirma que se distingue do excesso extensivo a hipótese em que o autor simula uma situação de legítima defesa ou existe uma grande desproporção entre a agressão e a reação. Nessa hipótese de simulação, esclarece que o excesso extensivo exclui as características e a excludente da legítima defesa inicial.

Cabe ao magistrado buscar a verdade real no caso concreto, inclusive, distanciando-se da pressuposição, devendo questionar além dos motivos e causas, os limites do excesso, para especificar a modalidade do excesso.

CAPÍTULO III – A LEGÍTIMA DEFESA NA TEORIA DO CRIME

Neste capítulo faz-se uma análise do instituto da legítima defesa em face da Teoria Geral do Crime, em sua condição de excludente da antijuridicidade, que é um dos elementos que compõem o crime. Além disso discorre sobre a legítima defesa no âmbito processual.

3.1- Noções da teoria geral do crime

Teoria do crime é a denominação que se dá à parte da ciência do direito penal que se dedica a explicar o que é o crime em geral, ou seja, quais são as características que devem estar presentes em qualquer crime.

Através da Teoria Geral do Crime definem-se os atributos comuns a todos os delitos previstos na legislação de um Estado. Os crimes em espécie dispõem de características próprias, de outro modo, não possuiriam existência justificada. Desta forma, o homicídio difere-se da lesão corporal ou da injúria. O tipo de furto ostenta um conceito diferente daquele referente ao roubo ou ao estelionato. Cada um deles apresenta a respectiva pena, cominada conforme a gravidade do crime, no ponto de vista do legislador. Porém existem circunstâncias, requisitos, elementos ou categorias comuns entre todos eles. Isso é o que aborda a teoria geral do crime: identificar conceitos genéricos que se apliquem a todos os delitos. (MÉDICI, 2004)

A contar do século XIX a definição principal de crime dava-se pelo método analítico elaborado inicialmente pela doutrina alemã, sendo aperfeiçoado posteriormente com a colaboração de outros países, construindo o conceito clássico de delito, elaborado para resolver as restrições impostas pelo positivismo científico. O direito positivo objetivava uma compreensão formal da ação humana, constituindo-se com um tipo objetivo-descritivo, antijuridicidade objetiva-normativa e culpabilidade subjetiva-descritiva, deslocando qualquer tipo de valor psicológico, social e filosófico. (BITENCOURT, 2012)

Nos dizeres de Luiz Regis Prado, o positivismo deu abertura para a

concepção da antítese crítica propagada pelo neokantismo, proporcionando reações contrárias ao pensamento positivista.

A consolidação da tese positivista abriu terreno para a emergência da antítese crítica, lastreada no pensamento neokantista. De fato, a partir da última década do século XIX, houve forte reação contra a mentalidade positivista, tendo como lema a volta à metafísica e aos valores. (PRADO, 2007, p.75).

Os criadores do conceito clássico de crime foram Von Liszt e Beling. Constituído por uma ação, um resultado e um nexos causal, ou seja, a relação entre a ação e o resultado. Esse conceito foi influenciado grandemente pelo movimento iluminista, transferindo suas características ao Direito Positivo. A doutrina de Von Liszt tinha como característica a ciência dogmática, que por sua vez dividia-se em duas: em primeiro lugar a ciência sistemática, análise das proposições jurídicas, e em segundo a ciência prática. O naturalismo trazia um fundamento legal com os estudos de Von Liszt, criando segurança jurídica, e simultaneamente analisava o direito no caso concreto procurando a realidade no mundo jurídico. (BITENCOURT, 2012)

A Teoria Geral do Crime desenvolvida por Gottfredson e Hirshi, reuniu pressupostos das teorias do controle social. Essa perspectiva analisa e reverte o pensamento científico que governou a Criminologia do século XIX, que conferiu ao crime, determinismo e causalidade por destacar suas restrições e retomar aspectos da escola clássica. Seus enunciados foram reunidos inicialmente no livro “Teoria Geral do Crime”, publicado no ano de 1990, no qual os autores levantam uma explicação universalizada para os comportamentos criminosos, desviantes e análogos, ponderando-os conjuntamente a partir de um único referencial. Em suas obras, frisam que a essência da criminalidade encontra-se na ausência do autocontrole, que seria um traço obtido na infância e permaneceria ao longo da vida. (SÁ, 2015)

Em vista disso, Gottfredson e Hirshi apresentam uma releitura do crime, enfatizando que deve haver uma conceituação congruente e clara com o fenômeno assim como ele se mostra, dissociada das conceituações científicas, definidas comumente a partir da abordagem positivista e sob a perspectiva das jurisdições. Dessa forma, esses autores manifestam a dimensão da relevância de clarificar o conceito de crime que é subordinado usualmente ao juízo de instâncias

governamentais e de maneira geral, sintetizado a uma ideia de comportamento que viola a lei. (ALVAREZ, 2003)

Zaffaroni e Pierangeli fazem uso de uma metáfora para explicar a teoria do crime, que se assemelha a um edifício que precisa de várias características para ser fundado:

A teoria do delito é um edifício, em que o alicerce é constituído pelo conceito de conduta. Qualquer alteração nos alicerces implica uma mudança na estrutura. A partir do instante em que os alicerces são lançados sabemos o peso que o peso que poderão suportar e a distribuição da carga. (2001, p. 402).

O Código Penal vigente faz menção ao crime em vários dispositivos, no entanto não dedica a ele um conceito genérico, que se aplique a todas as infrações penais. A mesma abordagem constava da redação original da Parte Geral do Código Penal de 1940, abandonando a fórmula utilizada pelo Código de 1890, que estabelecia um conceito vago e inaproveitável ao fato criminoso: “Crime é a violação imputável e culposa da lei penal”. (MÉDICI, 2004)

Crime é palavra corriqueira, contudo sua definição assim como a definição do direito penal, pode apresentar divergências, todavia é importante direcionar às três conceituações principais, sendo elas a formal, a material, e a analítica. (CRUZ, 2018)

É considerado crime de acordo com o critério formal qualquer conduta que vá de encontro a norma penal, levando em consideração todo ato humano vedado pela lei penal. Mas não somente isso, pois o critério também observa o ponto de vista do legislador que nos orienta para o que é crime em relação à infração penal, sendo ele, segundo o legislador, qualquer fato que comine em pena de detenção ou de reclusão. (ROSTIROLLA; et al., 2021)

De acordo com Mirabete (1998) o conceito formal, é a contradição do fato a uma norma de direito, isto é, é crime quando uma norma legal for violada. São formuladas outras variações com mesma interpretação, como sendo uma ação que fere uma norma estabelecida, porém todas com a mesma lógica.

Já para o aspecto material crime é toda ação ou omissão que fere um bem jurídico tutelado penalmente. Esse critério leva em conta todo mal ocasionado às vítimas, titulares de garantias constitucionais e de direitos tutelados pelo direito penal. Essa forma é dirigida para as políticas criminais que ajudam o legislador a tipificar certas condutas que exponham qualquer bem jurídico tutelado ao perigo, desde que considerando o princípio da mínima intervenção do Estado, em que o direito penal é *ultima ratio* preocupando-se apenas com causas relevantes com grau elevado de periculosidade social, nas quais outros ramos do direito não possam mais atuar. (MASSON, 2015)

Damásio de Jesus acredita que o critério material, é o fundamento pelo qual o legislador se baseia para criar o critério formal:

É certo que sem descrição legal nenhum fato pode ser considerado crime. Todavia, é importante estabelecer o critério que leva o legislador a definir somente alguns fatos como criminosos. É preciso dar um norte ao legislador, pois, de forma contraria, ficaria a o seu alvedrio a criação de normas penais incriminadoras, sem esquema de orientação, o que, fatalmente, viria lesar o *jus libertatis* dos cidadãos. (2010, p.193).

As formulações que despertaram maior interesse e proporcionaram grandes debates no âmbito doutrinário foram as formulações analíticas, uma vez que ainda não existe uma concepção aceita por maioria ampla dos penalistas. Nesta visão, o crime foi conceituado inicialmente como a ação típica, antijurídica, culpável e punível, concebendo então os quatro elementos do crime. (MÉDICI, 2004)

Entretanto, grande parte dos doutrinadores, não considera mais a punibilidade como elemento que constitui o crime, e sim uma mera consequência da infração penal. Neste caso, basta lembrar que a ocorrência de uma causa de extinção da punibilidade, como, por exemplo a prescrição ou a morte do agente, não faz o crime desaparecer. Somente passa a existir a impossibilidade do exercício do *jus puniendi* pelo do Estado. Então os elementos do crime passaram a ser três, despontando a chamada teoria tradicional ou causalista. (MÉDICI, 2004)

Para Carmignani, que foi o precursor desse critério, a ação criminosa seria formada por dois elementos, sendo eles a força física e a força moral. A força física

trata da causa do dano ao bem jurídico tutelado, enquanto na força moral se apresenta a culpabilidade, somado ao dano moral causado pela conduta delitiva. Essa caracterização concebeu a estruturação da teoria bipartida do conceito clássico de crime, discriminada entre o critério objetivo e o subjetivo, que se manteve até a manifestação da doutrina de Liszt e Beling que introduziu a característica da tipicidade. Por conseguinte o crime se conceitua como a ação típica, antijurídica e culpável. (BITENCOURT, 2012)

3.2- Legítima defesa como exclusão da antijuridicidade

A antijuridicidade ou ilicitude da ação relaciona-se com a oposição da ação humana em face do ordenamento jurídico, das regras jurídicas como um todo. É um juízo negativo feito acerca da conduta do agente, julgando-o como contrário ao direito. A antijuridicidade, assim como a tipicidade são juízos sobre a ação. (DIAS, 2015)

Para Masson (2011) a ilicitude é a contrariedade entre o ordenamento jurídico e o fato típico praticado por alguém, capaz de danificar ou colocar em perigo de dano, bens jurídicos tutelados penalmente. O juízo de ilicitude é ulterior e vinculado ao juízo de tipicidade, de maneira que todo fato penalmente ilícito é necessariamente típico também.

Rogério Greco, por sua vez, conceitua a antijuridicidade da seguinte maneira:

Illicitude, ou antijuridicidade, é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Quando nos referimos ao ordenamento jurídico de forma ampla, estamos querendo dizer que a ilicitude não se resume a matéria penal, mas sim que pode ter natureza civil, administrativa, tributária etc. Se a conduta típica do agente colidir com o ordenamento jurídico penal, diremos ser ela penalmente ilícita. (2016, p. 316)

Existe um critério negativo de caracterização da antijuridicidade: o fato típico também é antijurídico, salvo se coexistir qualquer causa de exclusão da ilicitude. Em face de um fato penal, como, por exemplo, a morte de um homem causada por outro, diz-se que existe um fato típico. A antijuridicidade surge se o agente não agiu amparado por uma excludente da ilicitude. Sendo assim, é antijurídico todo fato

prescrito em lei penal incriminadora e não resguardado por causa de justificação. O critério negativo descreve a antijuridicidade como falta de causas de ilicitude, o que vale afirmar que não aponta o que é antijurídico, e sim o que é jurídico, constituindo um paradoxo. (JESUS, 2010)

A antijuridicidade ainda é conceituada por Juliana Almeida da seguinte forma:

A antijuridicidade, ou ilicitude, pode ser conceituada como a contrariedade da conduta com o ordenamento jurídico. Isto porque temos que a antijuridicidade em seu significado literal quer dizer: anti (contrário) juridicidade (qualidade ou caráter de jurídico, conformação ao direito; legalidade, licitude), ou seja, é o que é contrário a norma jurídica. Portanto, o conceito de antijuridicidade é mais amplo, não ficando restrito ao direito penal, podendo ser de natureza civil, comercial, administrativa, tributária, etc. Se a conduta do agente ferir um tipo legal, estaremos diante de uma antijuridicidade penal. (2013, *online*).

Encontra-se comumente na doutrina aqueles que distinguem entre os termos ilicitude, antijuridicidade ou até injusto, onde a ilicitude é descrita como a antítese entre o comportamento obrigatório da perspectiva jurídica e a conduta real efetivada pelo agente. Já a antijuridicidade, seria a inconformidade de um estado que o Direito almeja que seja seguido e obedecido com aquele estado de fato. Contudo, na doutrina brasileira todos os termos empregados costumam ser usados como sinônimos, assim não há diferenças de um para outro. (OLIVEIRA, 2016)

Diante do acolhimento da teoria da tipicidade como indício de ilicitude, quando o fato típico é exercido se prenuncia a característica ilícita. Porém essa é uma presunção relativa, uma vez que um fato típico pode ser visto como lícito, desde que coberto pelas causas de excludente de ilicitude, sendo elas a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal, e o exercício regular de um direito. (MASSON, 2015)

O monopólio do *jus puniendi*, isto é, o direito de punir, pertence ao Estado. Da mesma forma, possui o dever inescusável de tutelar os bens jurídicos e a defesa do ordenamento. Todavia, em circunstâncias determinadas e excepcionais, ao

particular é permitido que por ato próprio exerça a proteção do bem jurídico em face da violação por terceiro. Assim agindo por autorização estatal. (DIAS, 2015)

É a partir dessas situações que se propõe a exclusão da antijuridicidade, o demérito que caracteriza a ação como contrária ao direito. Em outros termos, um fato que considerado isoladamente iria contra o ordenamento jurídico, torna-se autorizado, aceito, esperado e lícito. (DIAS, 2015)

Um conceito claro para sintetizar diretamente é que as excludentes nada mais são que as causas que fazem com que determinada conduta típica torne-se atípica, no entanto, somente se praticadas nas situações prescritas na lei, fazendo com que se exclua a ilicitude do fato. (OLIVEIRA, 2016)

Pode explicar-se a legitimidade da excludente de ilicitude na legítima defesa através do conceito tripartite de crime: um fato típico, antijurídico e culpável. Na legítima defesa encontra-se, o fato típico e o culpável, contudo não há que se falar em ilicitude, mesmo que o agente que se coloque em uma situação onde o bem jurídico tutelado corre perigo, pretende somente coibir a investida inadequada. (NUCCI, 2014)

À medida que a defesa responde proporcionalmente a uma injusta agressão, qualquer que seja a reação anímica de quem se defende, há uma causa autêntica de justificação que dá legitimidade ao ato realizado. Para além deste ângulo individual da legítima defesa, há também o aspecto supraindividual representado pela necessidade de proteção da ordem jurídica e do Direito em geral, agredidos pela agressão antijurídica. (CONDE; ARÁN, 1998)

A legítima defesa pode ser compreendida como um paradigma em meio às figuras consideradas discriminantes. Sendo afligido um bem da vida ou a própria vida não constitui crime se a agressão foi injusta numa circunstância que configure legítima defesa. A ação que aparentemente constitui um crime recebe a aprovação do ordenamento jurídico. (NUVOLONE, 1975)

3.3- Momento processual para se analisar a legítima defesa

Analisada a excludentes de ilicitude da legítima defesa, passa-se a verificar a repercussão dessa para o processo penal, até porque não faria sentido haver uma circunstância que exclua o crime, sem que ela reflita na esfera processual.

Algumas considerações são indispensáveis quanto aos reflexos processuais penais. O parágrafo único do art. 310, do Código de Processo Penal, com a redação decorrente da Lei nº 12.403/2011, dispõe assim:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Observa-se que o legislador ofereceu tratamento privilegiado ao agente que venha a ser preso em flagrante, caso o delito tenha sido cometido sob uma das excludentes de ilicitude elencadas no art. 23, do Código Penal, estando entre elas a legítima defesa.

Nesse caso será decidida a liberdade provisória pelo juiz ao analisar o auto de prisão em flagrante mediante as provas produzidas por ocasião dessa prisão cautelar. Não se pode exigir prova cabal para conceder-se o benefício, mas aquela que, no caso, convenceria o magistrado a absolver o agente, por reconhecer a exculpante. Vale ressaltar que, atualmente, até mesmo para proferir sentença absolutória de mérito, o magistrado pode reconhecer a circunstância ainda que haja dúvida fundada sobre sua existência. Podendo absolver o acusado mesmo na dúvida sobre a existência da excludente, resta evidente que também pode conceder a liberdade provisória na mesma situação. (SANTOS, 2011)

Quanto ao reconhecimento das excludentes de ilicitude pela autoridade policial quando da prisão em flagrante, parte da doutrina acredita ser possível:

[...] as autoridades policiais devem avançar um pouco mais sobre tais perspectivas, quando se tratar de excludentes manifestas. Parece-nos impensável, por exemplo, que se leve ao cárcere aquele que tenha disparado contra a pessoa que invadira sua residência, com propósitos evidentes de furto ou de roubo, colocando em risco os moradores. Nesses casos, de manifesta legítima defesa, deve a autoridade policial colher imediatamente os elementos informativos disponíveis (testemunhas, declaração dos envolvidos diretamente nos fatos, apreensão da arma etc.), dando início, portanto, às investigações. A prisão, contudo, não deve ser realizada, diante da evidência da impunibilidade do fato. (PACELLI; FISHER, 2016, p.266)

Não se quer dizer com isso que o Delegado de Polícia deve usurpar funções do Poder Judiciário, tendo em vista que de qualquer maneira, perante uma causa excludente de ilicitude que pode fazer o fato deixar de constituir crime, o Delegado de Polícia não deixará de instaurar o inquérito policial, com fim de apurar os fatos. O que se quer dizer é que ele deixe de efetuar a extrema medida, que é a prisão em flagrante, a qual representa risco sério à liberdade de um inocente.

O artigo 314 do CPP, veda o decreto da prisão preventiva, quando o agente praticar o fato sob qualquer causa que exclua o crime. A referido dispositivo assim dispõe:

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal

Com tal disposição o legislador quis beneficiar quem tenha agido sob uma causa que exclua o crime, fazendo-o bem, pois como visto, dispôs que nas mesmas circunstâncias o juiz deveria conceder a liberdade provisória ao réu. Se não há crime se praticada a conduta sob uma causa que a justifique, não há porquê decretar a prisão cautelar do autor, só para mantê-lo preso no decorrer da investigação e da instrução criminal para absolvê-lo da imputação ao final. (SANTOS, 2011)

De acordo com o art. 397, inciso I, depois da citação para apresentação da

defesa escrita o juiz deve absolver sumariamente o acusado ao verificar a existência de manifesta causa excludente da ilicitude. Somente se justifica a absolvição sumária quando não houver nenhuma dúvida em relação à sua existência, por isso a legislação usa o termo “manifesta”, dando o entendimento de que a dúvida interpretar-se-á *pro societate* neste caso. (DIAS, 2015)

A legítima defesa atinge terreno fecundo no Tribunal do Júri em consequência dos seus fundamentos. De início, ressalta-se a teoria da colisão de bens, acolhida pela Alemanha. A legítima defesa apresenta um confronto entre dois bens jurídicos, tendo um deles que perecer, sendo relevante ao Direito à sobrevivência do mais valioso. Sob essa perspectiva o mais valioso bem jurídico é o pertencente ao agredido. Desta forma, a reação deste está em conformidade com o Direito. (BRUNO, 1967)

O Tribunal do Júri encontra o momento culminante com a legítima defesa. A presença deste instituto singular em um julgamento permite ao indivíduo que praticou um ato de violência aparente, posicione-se sob a guarda de uma causa excludente de antijuridicidade e ser digno do respeito dos seus concidadãos, na figura dos sete jurados, que protegendo a sociedade e o Direito, protege também o réu que sofreu uma agressão injusta. (MARON, 2003)

Após realizar os dois primeiros quesitos fundamentais, referentes à autoria e materialidade e ao nexos causal, sendo os dois quesitos confirmados pelos jurados, segue à quesitação da legítima defesa, que se desenvolverá em tantos quesitos quanto forem os seus pressupostos legais. Não reconhecida a injustiça, a atualidade ou iminência da agressão, não pode caracterizar-se legítima defesa, e o agente responde pelo delito cometido. Entretanto, se esses requisitos forem reconhecidos pelos jurados e se eles negarem a moderação ou a necessidade dos meios, passa-se aos quesitos referentes ao excesso doloso e culposos. (CAPEZ, 2012)

É exigência da lei processual penal que esteja expresso na sentença penal o reconhecimento judicial da legítima defesa. Como disposto no art. 386:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte

dispositiva, desde que reconheça:

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

O reconhecimento da legítima defesa também possui implicações relevantes no âmbito cível. Conforme o art. 65, do Código Processual Penal, quando a absolvição criminal do acusado fundamentar-se numa excludente de ilicitude, fica prejudicado o exercício de ação cível, em especial as de cunho reparatório ou indenizatório. Além disso, de acordo com a norma disposta no art. 188, incisos I e II, do Código Civil Brasileiro, não configuram como atos ilícitos os praticados em legítima defesa, estado de necessidade ou no exercício regular de direito. Interpretando-se paralelamente os dispositivos invocados acima, sendo absolvido o acusado com base em causa excludente da ilicitude, não mais será a matéria objeto de persecução no âmbito cível. (DIAS, 2015)

CONCLUSÃO

Conforme o que foi exposto neste trabalho monográfico, o instituto da legítima defesa foi elencado como excludente da ilicitude do crime no art. 23 do Código Penal brasileiro, sendo conceituado posteriormente no art. 25 da mesma legislação.

Exibiu-se no primeiro capítulo o histórico da legítima defesa que demonstrou estar presente desde a Antiguidade, ainda que de forma menos elaborada que nos dias atuais e não se sabendo ao certo seu local origem. O instituto se fundamenta na necessidade de defesa de cada indivíduo, não estando obrigado a suportar o injusto e nem sempre podendo contar com a proteção direta do Estado.

Foram abordados no segundo capítulo os requisitos que constituem a legítima defesa, além dos excessos da mesma. Mostrou-se claro que é necessário que a legítima defesa deve ser empregada em retaliação a uma agressão injusta e atual ou iminente, não estando presentes esses requisitos se torna mera vingança. Além disso a não observância do uso dos meios necessários culminam na prática de excessos, que devem ser punidos proporcionalmente.

No terceiro capítulo o instituto da legítima defesa foi abordado sob a perspectiva da Teoria Geral do Crime, que estabelece a antijuridicidade, isto é, a ilicitude, como elemento intrínseco do crime que é desconfigurado diante da excludente. Além disso apresentou como o instituto é apreciado no âmbito processual.

Em síntese pode-se concluir que a legítima defesa é um instituto milenar que apresenta uma função indispensável para o Direito Penal como excludente da ilicitude, na medida que garante que os indivíduos possam se defender de injusta agressão sem que em retorno lhes sejam imputados crimes.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, Juliana. Antijuridicidade ou ilicitude. **Juridicohightech**. 2013. Disponível em: <http://www.juridicohightech.com.br/2013/02/antijuridicidade-ou-ilicitude.html>. Acesso em 31 mar. 2022.

ALVAREZ, M. C. **Bacharéis, criminologistas e juristas**: saber jurídico e nova escola penal no Brasil. São Paulo: Método, 2003.

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. **Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2012

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**, v.1. 17ªEd. São Paulo: Saraiva, 2012

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, Tomo I**. Rio de Janeiro: Forense. 1967

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1.

CONDE, Francisco Muñoz e ARÁN, Mercedes Garcia. **Derecho penal, parte general**. Valencia: Tirant la Blanch, 1998, p. 358.

CRUZ, Eric Aparecido da. **Teorias do Direito Penal e o Estudo da Legítima Defesa e do Estado de Necessidade Como Excludente de Ilícitude e de Culpabilidade**. 2018. Disponível em: <http://192.100.247.84/bitstream/prefix/803/1/ERIC%20MONOGRAFIA.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022

DEUTERONÔMIO apud LINHARES, Marcelo J. **Legítima Defesa**. São Paulo: Saraiva, 1975

DIAS, Gustavo Henrique Holanda. Apontamentos sobre a Legítima Defesa no Direito Penal Brasileiro. **Revista Jurídica Portucalense**, p. 58-88, 2015.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120 – São Paulo: Saraiva Educação, 2018).

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal: parte geral**. 13ª ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007, (Coleção sinopses jurídicas; v: 7).

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2016, v.1.

GRECO, Rogério. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

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

GUIMARÃES, Marlon. **Os excessos na legítima defesa: As considerações sobre o cometimento de excessos na legítima defesa**. 2012. Disponível em: <http://dspace.doctum.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1034/Marlon.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 de mar. 2022

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. Volume 1. 31ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

LINHARES, Marcelo J. **Legítima Defesa**. São Paulo: Saraiva, 1975

MARON, Sônia Carvalho de Almeida. **O instituto da legítima defesa: sua relevância no contexto da dogmática penal.** 2003. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado.** Volume. 1. Parte Geral. 4ª ed, Rio de Janeiro: Editora Método, 2011

MASSON, Cleber. **Direito Penal, Volume 1, Parte Geral:** (arts. 1º a 120) / Cleber Masson. — 10. ed. — Método, 2015

MÉDICI, S. de O. Aspectos Introdutórios da Teoria Geral do Crime. **Revista Brasileira Multidisciplinar**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 15-32, 2004. DOI: 10.25061/2527-2675/ReBraM/2004.v8i2.302. Disponível em: <https://revistarebram.com/index.php/revistauniara/article/view/302>. Acesso em: 31 mar. 2022.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral – Arts.1º a 120 do CP. Vol. 1. São Paulo: Editora Atlas. 1998.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal:** introdução e parte geral. v. I, 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** 6.ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pp.656-924

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** - 10ª Edição. Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral / Parte Especial, 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2009.

NUVOLONE, Pietro, **Il Sistema del Diritto Penale.** Italia, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975, p. 192.

OLIVEIRA, Eloá de. A Responsabilidade do Indivíduo Nos Excessos Das Excludentes de Ilícitude. **Intertem@s ISSN 1677-1281**, v. 32, n. 32, 2016. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/download/5901/5610> . Acesso em: 31 mar. 2022

PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2016

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – parte geral**, v. 1. 7ª ed. São Paulo: RT, 2007.

ROCHA, Alissón. **O excesso na legítima defesa.** Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2019.

ROSTIROLLA, A.; PEREIRA, J. H. G.; KIPPER, F. R.; CRESPO, D. de A.; SILVA, J. P. da. A Teoria Geral do Crime: Conceito e Elementos. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 937–944, 2021. DOI: 10.51891/rease.v7i2.924. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/924>. Acesso em: 31 mar. 2022.

SÁ, Elba Celestina do Nascimento. **Teoria Geral do Crime**: análise do autocontrole em amostras da população geral e reclusos do sistema prisional. 2015. 96f. – Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-graduação em Psicologia, Fortaleza (CE), 2015.

SANTOS, Daniel Del Massa. Excludentes de Ilícitude e de Culpabilidade: Consequências Penais e Processuais Penais. **Intertem@s ISSN 1677-1281**, v. 22, n. 22, 2011. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/download/2809/2588>. Acesso em: 04 abr. 2022

SOUZA, Vânia. **Os excessos na legítima defesa e a responsabilidade penal**. Monografia (graduação) – Universidade do Sul de Santa Catarina, 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/19507/1/monografia%2010-12.pdf>. Acesso em: 17 de mar. 2022

SZNICK, Valdir. **Manual de direito penal**. São Paulo: Leud, 2002.

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

TONELLO, Luis Carlos Avansi. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. Cuiabá: Janina, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro-Parte Geral**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997

ZAFFARONI, Eugenio, PIERANGELI, José. **Manual de Direito Penal – parte geral**. Ed 4º, Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio, PIERANGELI, José. **Manual de Direito Penal – parte geral**. Ed 4º, Tribunais, 2006.