

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO**

**RAMON DE MELO QUEIROZ ARAÚJO**

**A FIGURA DO EXCESSO EM SEDE DE LEGÍTIMA DEFESA**

Recife  
2015

RAMON DE MELO QUEIROZ ARAÚJO

**A FIGURA DO EXCESSO EM SEDE DE LEGÍTIMA DEFESA**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Msc. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.

Recife  
2015

Catálogo na fonte  
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Araújo, Ramon de Melo Queiroz.

A figura de excesso em sede de legítima defesa / Ramon de Melo Queiroz Araújo. - Recife, 2015.

55 f. : il. p&b.

Orientador (a): Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Legítima defesa. 3. Excesso. 4. Meio necessário. 5. Uso moderado. I. Siqueira, Leonardo Henrique Gonçalves de. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

340 CDU (22. ed.)

TCC 2015-344

RAMON DE MELO QUEIROZ ARAÚJO

**A FIGURA DO EXCESSO EM SEDE DE LEGÍTIMA DEFESA**

**DEFESA PÚBLICA** em Recife, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Presidente:** Orientador Prof. Msc. Teodomiro Noronha Cardozo

---

**1º Examinador:** Prof(a). Msc/Dr.

---

**2º Examinador:** Prof(a). Msc/Dr.

Recife  
2015

Aos meus pais, pelo apoio que nunca me  
foi negado.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pelo dom da vida.

Aos meus pais, por tornarem esse sonho realidade e por terem me proporcionado, por meio de um grande esforço, o conforto de vir morar na capital para cursar a faculdade. Espero poder retribuir cada sacrifício e expectativa. A Simone, minha mãe, por ser meu exemplo de bondade e meu grande amor. Pelo afeto e por cada conselho dado nas nossas longas conversas. Ao meu pai, José Ronaldo, por sempre acreditar em mim, mesmo quando nem eu acredito.

À minha irmã, Rayssa, por dividir comigo cada dia de convivência, suportando diariamente meus defeitos, acompanhando de perto cada passo dessa caminhada.

Ao meu tio Carlos Alberto, especialmente, por toda sua contribuição na minha educação e também pelo induzimento de que eu pudesse vir a me tornar um aluno da instituição.

Aos meus familiares e amigos que, mesmo de forma parcial, contribuíram em minha jornada, em especial aos meus queridos primos Adriana e Antônio Moneta, pelo fato de me acolherem e me orientarem em momentos decisivos como também ao meu grande amigo César, *in memoriam*.

A irmã Miriam e também ao professor Cláudio Brandão, pela oportunidade e dedicação na formação dos alunos.

Aos mestres e doutores dessa Instituição por cada ensinamento e conselho, mais especificamente ao professor Teodomiro, pela orientação do presente trabalho.

Expedito, Rosana, Teresa, Margareth (ex-funcionária) e cada funcionário ou religiosa da Faculdade Damas, que contribuíram direta ou indiretamente para o meu amadurecimento tanto pessoal como acadêmico.

Aos meus colegas de turma, pela amizade e por compartilhar cada momento acadêmico determinante ao longo desses cinco anos.

## RESUMO

O estudo visa analisar uma das excludentes de ilicitude mais antigas e, talvez, a de maior utilização pelos Doutores do Direito atualmente: a legítima defesa. Em virtude de seu constante uso, o surgimento de situações controversas é algo constante, em especial no que tange aos seus limites. O arcabouço jurídico pátrio não oferece um limite específico para esta causa de justificação, limitando-se a dizer que o suficiente é a escolha do meio necessário e seu uso moderado. Mas até que ponto o meio utilizado pela vítima para reagir a uma agressão está encoberto pela legítima defesa? Em que momento a reação deixa de estar sob o manto desta e passa a ser agressão? Buscou-se por meio de pesquisa dedutiva definir formas de dirimir estes questionamentos. Por meio da pesquisa constatou-se que não há como exigir uma paridade de armas ou escolha do meio menos lesivo, mas que a vítima deve se valer dos meios que estiverem ao seu alcance para encerrar a agressão. No contexto da moderação no uso do meio, o indispensável é que a vítima utilize o meio necessário até o ponto em que seu agressor encerre sua conduta. Aqui entra também, o bom senso, pois o princípio da proporcionalidade, princípio implicitamente constitucional, deve ser respeitado. Buscou-se destrinchar todas as modalidades de excesso possíveis, assim como a incidência do erro de tipo e erro de proibição em sede de excesso de defesa e que, no momento da agressão, não há como a vítima escolher minuciosamente as armas a utilizar ou mensurar o resultado de seus atos. Tese que restou amplamente comprovada.

**Palavras-chave:** Legítima defesa. Excesso. Meio necessário. Uso moderado.

## ABSTRACT

The study aims to examine one of the oldest excluding wrongfulness, and perhaps the most used by doctors of the law today: the self-defense. By virtue of their constant use, often we are left with controversial situations, especially in regard to the limits of exclusion. Our legal framework does not provide a specific limit on this question of justification, merely enough to say that the choice of medium is needed and its moderate use. But to what extent the medium used by the victim to respond to aggression is hidden by a self-defense? At which point the reaction is not under the cloak of this and becomes aggression? We search through deductive to identify ways to resolve these questions. Through research we found that there is no equality of arms requires a choice of half or less harmful, but that the victims should avail themselves of the means within their power to end the aggression. In the context of moderation in the use of the medium, it is necessary that the victims use the necessary means to the extent that your offender quit his conduct. Here goes, well, common sense, because we can not accede to machine-gun fire in a child who tried to steal an apple. He attempted to tease out any possible excess modalities, as well is the incidence of error, and prohibition of error in defense of excessive thirst, hat is sought is to demonstrate that at the time of the assault, there is no way the victims choose weapons or measure the consequences of their actions. Thesis that remains largely proven.

**Keywords:** Self-defense. Excess. Necessary means. Moderate use.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO 1 DO CRIME E SEUS ELEMENTOS</b> .....	12
1.1 Teoria do delito .....	12
1.1.1 Conceito formal do crime .....	13
1.1.2 Conceito material de crime .....	15
1.2 Dos elementos do crime .....	16
1.2.1 Fato típico .....	16
1.2.1.1 Conduta (dolosa ou culposa) .....	16
1.2.1.2 Resultado .....	21
1.2.1.3 Nexo de causalidade .....	22
1.2.1.4 Tipicidade .....	23
1.2.2 Culpabilidade .....	24
1.2.2.1 Imputabilidade .....	25
1.2.2.2 Potencial consciência de ilicitude .....	26
1.2.2.3 Exigibilidade de conduta diversa .....	28
1.2.3 Antijuridicidade ou ilicitude .....	30
<b>CAPÍTULO 2 EXCLUDENTES DE ILICITUDE</b> .....	32
2.1 Noções gerais .....	32
2.2 Estado de necessidade .....	32
2.3 Estricto cumprimento do dever legal .....	35
2.4 Exercício regular do direito .....	36
2.5 Legítima defesa .....	37
2.5.1 Agressão injusta .....	39
2.5.2 Atual ou iminente .....	39
2.5.3 A direito próprio ou de terceiro .....	40
2.5.4 Uso moderado dos meios necessários .....	40
2.5.5 Elemento subjetivo .....	41
<b>CAPÍTULO 3 DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA</b> .....	43
3.1 Do excesso doloso .....	43
3.2 Do excesso culposo .....	44
3.3 Do excesso intensivo .....	44
3.4 Do excesso extensivo .....	45

3.5 Do excesso por erro.....	45
3.5.1 Erro de tipo.....	46
3.5.2 Excesso em erro de tipo.....	49
3.5.3 Erro de proibição.....	50
3.5.4 Excesso em erro de proibição.....	52
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>53</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>56</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso atenta para a figura do excesso na legítima defesa. Esse instituto possui grandes peculiaridades e divergências doutrinárias que fomentam vários e interessantes debates. Faz-se de grande importância o estudo, pois o legislador cuidou de permitir que algumas condutas típicas fossem utilizadas quando um cidadão encontrasse o mal em forma de agressão injusta, atual ou iminente. Todavia, essa permissão, para não restar conseqüência forma de vingança, irá apenas ser tolerada se respeitados alguns limites impostos. Assim, extrapolando-se esses limites, ocorre indubitavelmente o excesso na conduta amparada pela famosa excludente de ilicitude.

O estudo sobre o tema despertou grande curiosidade pela inerente importância e pelo tratamento não tão aprofundado por boa parte de nossa brilhante doutrina. Da mesma forma, a imprescindibilidade do estudo brota das peculiaridades encontradas nas diferentes modalidades de excesso, que por diversas vezes não são estudadas por nossos doutrinadores especializados

Por esses motivos, utiliza-se da pesquisa dogmática para estudar o que a lei, a doutrina e jurisprudência trazem sobre o assunto. Desta forma, desenvolve-se considerações sobre o tema, fundamentando cada tese relativa ao mesmo.

Para a exposição do que foi trabalhado, utiliza-se de três capítulos, verificando assim as teorias do crime, tomando posição em relação a estas e dessa forma trilhando o caminho até se chegar à legítima defesa e de conseqüente até as modalidades de excesso que podem emanar daquela.

Desta feita, no primeiro capítulo estuda-se os conceitos formal, material e analítico do crime. Esses conceitos foram ao longo do tempo estudados e debatidos por grande parte da doutrina penal e por isso de essencial entendimento. Deste estudo, chega-se a três elementos inerentes ao crime, a saber, a tipicidade, a antijuricidade ou ilicitude e a culpabilidade.

No segundo capítulo, analisa-se as causas excludentes de ilicitude, enfatizando, por óbvio, o exame da legítima defesa. O entendimento integral de todo esse conjunto contido no artigo 23 do Código Penal se mostrou de suma importância, pois as bases lógicas, objetivas e subjetivas de cada uma são muito próximas, mormente no que diz respeito à razão de determinadas condutas comprovadamente amparadas por essas causas serem permitidas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nesse contexto, destrincha-se os elementos dessa justificante, quais sejam: a injusta agressão, a atualidade e iminência desta, a possibilidade de defesa a direito próprio ou alheio,

os meios necessários para repelir a agressão, bem como sua utilização moderada e o seu elemento subjetivo.

Deixando-se o foco do trabalho para o terceiro capítulo. Com efeito, do estudo das particularidades da legítima defesa, surge à figura do excesso, que como se abordará, resultará do desrespeito aos limites impostos à ideal conduta considerada como de defesa. Nesse sentido, sendo os elementos exigidos para a caracterização da justificante ultrapassados, emerge o excesso. Essa previsão, como se verá, se faz no Parágrafo único do artigo 23 do CP.

Nesse diapasão, avalia-se em que hipóteses e em quais modalidades o excesso pode surgir, bem como os motivos para se chegar a essa conclusão. Verificando que a doutrina varia seu entendimento em relação às modalidades do excesso, tendo opiniões diversas sobre o assunto, situação essa de indispensável debate para o presente estudo. Desse mesmo debate, como se verá, resultará a identificação da principal divergência do desenvolvimento científico, que seria a presença ou não do erro de tipo e do erro de proibição como modalidades de excesso na legítima defesa.

## CAPÍTULO 1 DO CRIME E SEUS ELEMENTOS

No presente capítulo será estudado o delito e suas teorias, abarcando entendimentos doutrinários a respeito. Depois de estudadas tais teorias, se tomará o posicionamento que nos parece ideal, onde este servirá de verdadeira base para o desenvolvimento de nosso trabalho.

### 1.1 Teoria do delito

Ao Estado, força política vigente na sociedade, foi atribuída à responsabilidade de proteger todos os cidadãos, guardando por seus bens jurídicos penalmente considerados, suas vidas, seus bens, sua honra e de sua família, etc.; como também os valores da soberania estatal, no que tange ao desenvolvimento do país a ordem política e administrativa.

É bastante pertinente a lição de Bitencourt acerca do tema:

Na doutrina brasileira tem predominado o entendimento de que a função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos fundamentais. O bem jurídico, no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações (BITENCOURT, 2008. p. 6).

É dizer que, o Direito Penal, de conotação mais abstrata, que contempla a punição legal, que seria um círculo mais restrito, delimitado, foi criado para atender às necessidades sociais demandadas das relações humanas, cada vez mais complexas, surgindo da busca incessante pelo equilíbrio e harmonia das relações entre os cidadãos.

Por sua vez, a punição legal necessita de uma prévia infração à norma tipificada. Ela é imposta a quem comete crime, ou seja, contrapõe-se a norma proibitiva ou mandamental prevista em lei. Contudo, é necessário analisar o que seria o crime propriamente dito. O Código Penal, como se examinou, não trouxe expressamente o conceito de delito ou crime, cabendo dessa maneira à doutrina travar verdadeiras discussões sobre o assunto, com o manifesto intuito de defini-lo. Nesse ínterim, Nucci explica:

Em verdade, é a sociedade a criadora inaugural do crime, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo. Após, cabe ao legislador transformar esse intento em figura típica, criando a lei que permitirá a aplicação do anseio social aos casos concretos (NUCCI, 2006, p. 157).

O autor retromencionado enfatiza a busca de toda a legislação, busca essa que nada mais é que a procura da verdadeira e adequada resposta à eterna e mutante insatisfação social que os crimes causam de um modo geral (NUCCI, 2006).

Por sua vez, Brandão, em seus ensinamentos a respeito de tal discussão, discorre que: “a fixação do conceito de crime é um dos principais pontos do Direito Penal, porque é imprescindível diferenciar o crime das infrações administrativas, tributárias, dentre outras” (BRANDÃO, 2010, p. 128).

Buscando incessantemente encontrar uma definição, a doutrina começou a tentar conceituar o crime, buscando assim defini-lo:

Atendendo-se ao aspecto externo, puramente nominal do fato, obtém-se uma definição formal; observando-se o conteúdo do fato punível, consegue-se uma definição material ou substancial; e examinando-se as características ou aspectos do crime, chega-se a um conceito, também formal, mas analítico da infração penal 4 (MIRABETE; FABRINI, 2007, p. 81).

Desta lição, extrai-se três correntes doutrinárias que buscam conceituar o crime ou delito - figuras sinônimas em nosso ordenamento jurídico.

#### 1.1.1 Conceito formal do crime

A primeira conceituação segue o aspecto formal de crime. Explica Fernando Capez:

Aspecto formal: o conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo. Considerar a existência de um crime sem levar em conta sua essência ou lesividade material afronta o princípio constitucional da dignidade humana (CAPEZ, 2005, p. 107).

O autor ao explicar seu entendimento sobre o conceito formal do delito faz uma crítica pontual à mesma. Ora, deve-se atentar que ao levar em conta somente o enquadramento da conduta à previsão feita pela lei, não se consideram as peculiaridades e circunstâncias do caso concreto. Tais conceitos restariam insuficientes para o estudioso do Direito Penal que pretende e deve debruçar-se sobre esse fenômeno de modo a conhecê-lo em sua inteireza, em sua profundidade, porque desnudam os aspectos essenciais do crime.

Em verdade, o conceito formal busca explicar que a lei tem de ser anterior ao crime, consagrando assim o princípio da legalidade penal, como também o da anterioridade.

Parte da doutrina não sentia segurança nos pilares advindos das correntes anteriores. Para eles, não era precisa e completa a definição do crime naqueles moldes. Surgiu então o conceito analítico do crime.

Os defensores do conceito analítico buscavam vislumbrar o delito ou o crime em relação a todos os seus elementos, tornando-o mais completo e forte.

Conceito pertinente foi o de Nucci, que desemboca, de acordo com ele, nas grandes divergências doutrinárias sobre o conceito analítico, o qual explica que:

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuricidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude, exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (NUCCI, 2006, p. 158).

Por esse motivo, devem ser considerados três elementos inerentes à ideia de delito, quais sejam: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

Nesse diapasão, nos ensina Brandão:

Os três elementos gerais que formam a ideia de crime são: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Esse conceito surgiu originariamente na dogmática alemã, que é quase unânime em adotá-lo, e ganhou eco no Direito Comparado, sendo chamado de Conceito Tripartido de Delito. Destarte, o crime pode ser definido como uma ação típica, antijurídica e culpável. Welzel afirma que a conceituação do crime com base nesses três elementos conduz a um alto grau de racionalidade e segurança jurídica porque o elemento antecedente será sempre pressuposto do elemento consequente (BRANDÃO, 2010, p. 129-130).

Sendo assim, tem-se que o conceito formal ou analítico de crime é caracterizado pela existência concomitante dos 3 elementos: tipicidade e antijuridicidade em relação a conduta, como também a culpabilidade do delinquente. A tipicidade nada mais é que a relação de adequação entre a ação humana e a norma do Direito. A antijuridicidade ou ilicitude é um juízo de valor negativo, ou desvalor, que qualifica o fato como contrário ao direito. Já a culpabilidade, por sua vez, não é um juízo que recai sobre a conduta, mas sim sobre a pessoa do agente, isto é, um juízo de reprovação pessoal, realizado em face de uma pessoa que praticou determinado fato, típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o ordenamento jurídico optou espontaneamente por se comportar de maneira contrária.

No Direito brasileiro, todavia, não há um acordo com relação à inclusão da culpabilidade no conceito de crime. Para alguns, a culpabilidade não integra o conceito de crime, sendo apenas um pressuposto da pena. O delito tão só seria uma ação típica e antijurídica, sendo seu conceito expresso numa definição bipartida.

De outro lado, vários outros doutrinadores integram a culpabilidade no conceito de crime, como Cezar Bitencourt, o próprio Cláudio Brandão, Aníbal Bruno, Luiz Prado, Nelson Hungria, dentre outros.

Considerando tais posicionamentos, com a devida vênia, é possível inferir que não há dúvida de que a culpabilidade integra o conceito de crime. Não se pode afirmar que a culpabilidade é um mero pressuposto da pena, porque a pena nada mais é que a consequência jurídica do crime. Assim, o próprio crime - e não somente a culpabilidade - é o pressuposto da

pena. Ademais, a culpabilidade é o único elemento do crime voltado para a reprovação do homem, visto que os outros se voltam para o fato. Um direito penal só é liberal se incluir o elemento que possibilita a reprovação do homem, isto é, a culpabilidade, no conceito de delito. Por isso, vários doutrinadores já proclamam o princípio “*nullum crimen sine culpa*”, não reconhecendo a existência do crime sem a culpabilidade.

### 1.1.2 Conceito material de crime

O conceito material tem como principal característica a análise do bem jurídico que o legislador pretendia proteger com a imposição da lei. Para tanto, os defensores do aspecto material buscam valorar essa pretensão levando em conta as situações que fomentaram determinado fato a ser estabelecido e considerado como um crime. Ocorre que esse fator cultural e subjetivo pode criar discussões infinitas. Assim, o conceito material ainda é um aspecto muito atacado por boa parte da doutrina. Nesse sentido Fernando Capez leciona:

Como as definições formais visam apenas o aspecto externo do crime, é necessário indagar a razão que levou o legislador a prever a punição dos autores de certos fatos e não de outros, como também conhecer o critério utilizado para distinguir os ilícitos penais de outras condutas lesivas, obtendo-se assim um conceito material ou substancial de crime (CAPEZ, 2005, p. 82).

Em todas as condutas incriminadas há, pois, um valor tutelado, e esse valor é chamado de bem jurídico. Materialmente, o crime é definido como violação, ou exposição a perigo de um bem jurídico. O bem jurídico nada mais é que o valor objetivo que a norma penal visa proteger. Desta feita, pode-se concluir que a ideia de bem jurídico não é desvinculada da noção de valor, visto que o bem tutelado é precisamente o valor protegido pela norma penal, mas esse valor cumpre a função de resguardar as condições de convivência em sociedade de um determinado grupo humano.

Fica claro que os defensores do conceito analítico buscavam vislumbrar o delito ou o crime em relação a todos os seus elementos, tornando-o mais completo e forte. As duas teorias mais aceitas são a bipartida e a tripartida, essa última já citada anteriormente. A primeira atribui dois fatores ao crime (fato típico e antijurídico) e por isso recebeu o nome de concepção bipartida, tendo como principais mentores Luiz Flávio Gomes e também Julio Fabrini Mirabete. Entretanto, a teoria majoritária no Brasil e que trabalha o crime como fato típico, ilícito e culpável e restou consagrada como concepção tripartida do delito.

Nucci, defensor da concepção tripartida, tece as seguintes palavras ao tratar da concepção bipartida: “não se pode acolher a concepção bipartida, que considera ser o delito

apenas um fato típico e antijurídico, simplificando em demasia a culpabilidade e colocando-a como mero pressuposto da pena (NUCCI, 2006, p. 159-160).

Ainda, na defesa da concepção tripartida, Greco explica que: “estamos com a maioria da doutrina, nacional e estrangeira, que adota a divisão tripartida do conceito analítico, incluindo a culpabilidade como um de seus elementos característicos” (GRECO, 2004, p.160).

Com efeito, associar a ilicitude ao fato típico também não parece acertado. Fundindo a antijuricidade ou ilicitude ao fato típico, caso haja ocorrência de alguma justificante, resultaria no afastamento do fato típico, o que não é manifestamente correto, já que as justificantes afastam a ilicitude e não excluem a tipicidade.

Dentro de cada um desses elementos de crime (fato típico, ilícito e culpável) existem nuances que merecem considerações. Essas subespécies trazidas pela doutrina são fundamentais para a formação dos elementos do crime e, portanto, merecem destaque.

## **1.2 Dos elementos do crime**

A doutrina criou algumas subespécies dentro de cada elemento. Aqui serão estudados o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade, que emanam da concepção analítica tripartida. Boa parte dos autores realizam tal divisão:

### **1.2.1 Fato típico**

Autores como Greco (2004), Nucci (2006) e Bitencourt (2008), estabelecem quatro elementos do fato típico: a) conduta, dolosa ou culposa; b) resultado; c) nexos de causalidade e d) tipicidade.

#### **1.2.1.1 Conduta (dolosa ou culposa)**

Inicialmente, há de ser diferenciado o conceito de conduta em detrimento do conceito de ato. A conduta nada mais é do que a exteriorização da vontade humana, que pode ser externada por um único ato ou vários deles. Dessa afirmação extrai-se logo o conceito de ato, que por sua vez deve ser entendido como uma parte da conduta.

Nas palavras de Capez, considerando o finalismo: “é ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade” (CAPEZ, 2005, p. 276).

O autor, assim como Welzel, emprega que a ação ou omissão humana tem nitidamente que ser dirigida a uma finalidade (WELZEL, 1997). Esse tipo de conclusão causa um debate doutrinário muito interessante em relação ao conceito de ação. Os causalistas, dentre eles Nelson Hungria, Magalhães Noronha e Salgado Martins, entendiam que seria suficiente que se tenha a certeza de que o agente atuou voluntariamente, sendo irrelevante o que o tal agente buscava para se afirmar que praticou a uma ação típica (BITENCOURT, 2008).

Os causalistas passaram por dois momentos distintos na história. O primeiro foi com a teoria causal-naturalista criado pelos alemães Liszt e Beling. Os autores diziam que o movimento humano, desde que voluntário, que modificasse o mundo exterior, ou seja, saísse da mente e fosse executado no mundo externo, era considerado como ação. Essa noção clássica de ação não foi muito bem aceita, manifestamente pela grande dificuldade em explicar a omissão. Assim explica Bitencourt:

A teoria causalista da ação, que teve boa acolhida em muitos países, foi praticamente abandonada pela dogmática alemã [...] destacou que o conceito causal de ação seria inaplicável à omissão. Falta nesta uma relação de causalidade entre a não-realização de um movimento corporal e o resultado. Nessas circunstâncias, o conceito causal de ação não pode cumprir a função de elemento básico, unitário, do sistema da teoria do delito (BITENCOURT, 2008, p. 219).

Ao contrário desse entendimento, a maior parte da doutrina baseada na teoria do brilhante Hans Welzel, entende que a finalidade é um elemento essencial da ação:

A ação humana é exercício de uma atividade final, não de uma mera atividade causal. A finalidade é presente, portanto, em toda conduta humana. Ela pode ser inferida do fato de poder do homem, por força de seu saber causal, prever dentro de certos limites as conseqüências possíveis de sua conduta. Assim, pode orientar seus distintos atos à consecução do fim desejado (WELZEL, 1997, p. 39). (*sic*)

Situação diametralmente oposta é a que decorre da teoria causalista. Para essa última, o conteúdo da volição não deve ser analisado na ação, mas na culpabilidade. Dessa forma, não se deve investigar, no âmbito da multirreferida ação, se a modificação no mundo exterior foi produto da finalidade do agente (*dolo*) ou se a finalidade foi dirigida para um fato lícito, sendo censurados os meios que o agente utilizou (*culpa*).

A falha da teoria causalista da ação é que ela esvazia o conteúdo da vontade. A intenção dos causalistas é imputar todos os juízos objetivos à ação típica e antijurídica e todos os juízos subjetivos à culpabilidade. Se todo o subjetivo fosse analisado na culpabilidade, se deveria deslocar o estudo do conteúdo da vontade da ação para a culpabilidade, esvaziando assim o conteúdo da própria ação.

Por conseguinte, quando se projeta a ideia do finalismo de Welzel, percebe-se que nela se tem todos os elementos da teoria causalista (manifestação da vontade no mundo exterior e o nexos de causalidade) e um elemento a mais: a vontade dirigida a um fim. Dessa forma, infere-se que a teoria finalista transferiu o dolo e a culpa da culpabilidade para a ação (WELZEL, 1997).

Nesse contexto, é possível afirmar que o finalismo constrói uma ponte necessária entre a ação humana e uma atividade final, dirigida a uma determinada vontade. Aduz que o homem, por se tratar de um ser racional, pode escolher os meios necessários a consecução do seu fim, como também reproduzir em sua mente os potenciais efeitos colaterais ensejadores de sua conduta. Bitencourt explica como os finalistas chegam à direção final da ação:

1ª) subjetiva (ocorre na esfera intelectual): a) antecipação do fim que o agente quer realizar (objeto pretendido); b) seleção dos meios adequados para a consecução do fim (meios de execução); c) consideração dos efeitos concomitantes relacionados à utilização dos meios e propósito a ser alcançado (consequências da relação meio/fim); 2ª) objetiva (ocorre no mundo real): execução da ação real, dominada pela determinação do fim e dos meios na esfera do pensamento. Em outros termos, o agente põe em movimento, segundo um plano, o processo causal, dominado pela finalidade, procurando alcançar o objetivo proposto. Se, por qualquer razão, não se consegue o domínio final ou não se produz o resultado, a ação será apenas tentada (BITENCOURT, 2008, p. 220).

A conduta pode ser comissiva ou omissiva. Dentro de uma concepção jurídica, ação é, pois, o comportamento humano dominado ou dominável pela vontade, dirigida para a lesão ou para a exposição a perigo de lesão a um bem jurídico, ou, ainda, para a causa de uma potencial lesão ou por omissão, quando se trata de um movimento negativo, que não foi feito, o que, na maioria das circunstâncias, deveria ter sido.

Ocorre que a ação e a omissão podem acontecer por vontade e consciência do agente, no caso de ser dolosa, ou por imprudência, negligência ou imperícia, na hipótese de culpa, onde o resultado nessa última não era pretendido pelo agente, sendo, contudo, censurados os meios que o indivíduo usou para a consecução de seu fim.

Um agente que quer e possui total consciência do ilícito ou assume o risco de produzi-lo, transpondo a fase do pensamento e exteriorizando sua vontade, e assim, cometendo o ato típico, antijurídico e culpável, o faz dolosamente.

O agente tem dentro de si uma vontade de praticar o ato delituoso, formulando-o dentro de sua consciência a ação, constituindo assim uma fase interna. Porém, formular internamente um ato ilícito não constitui conduta delituosa, assim, é necessário que exteriorize-se tal vontade. Dessa maneira, ao conduzir sua vontade e consciência a praticar

todos os elementos do tipo e modificando o mundo exterior, o agente pratica um crime dolosamente.

A doutrina, com intuito de abarcar todas as possibilidades que possam emanar do fato concreto, cuidou de diferenciar os vários tipos em que a vontade consciente do agente poderia surgir. Com efeito, existem o dolo direto e o dolo indireto. O primeiro é aquele onde a finalidade do agente é exatamente aquela exteriorizada. O segundo se caracteriza quando o agente não elege uma determinada direção em sua ação, isto é, ela não era definida, sendo a pretensão do mesmo consciente quanto à conduta, mas variável quanto ao resultado.

O dolo indireto por excelência é o que a doutrina chama de dolo eventual. O dolo eventual é diariamente debatido em nosso país, grande parte dessa discussão surge a partir dos crimes de embriaguez ao volante. Sobre o dolo eventual, leciona Brandão: “o dolo eventual ocorre quando o agente representa mentalmente o resultado e consente com a sua ocorrência, assumindo o risco de produzi-lo” (BRANDÃO, 2010, p. 175).

Os crimes praticados com vontade e consciência são sem dúvida alguma os mais comuns. Ocorre que, em algumas situações, não se deve censurar a vontade e a consciência dirigida à determinada finalidade, mas sim os meios eleitos a se chegar naquele intento. Daí surge a culpa. Diz-se o crime culposo quando o agente deixou o dever objetivo de cuidado de lado, dando causa a um determinado resultado, por imprudência, negligência ou imperícia.

Nesse sentido, nas palavras de Delmanto: “[...] a culpa fundamenta-se na aferição do cuidado objetivo exigível pelas circunstâncias em que o fato aconteceu, o que indica a tipicidade da conduta do agente” (DELMANTO, 2002, p. 34).

O próprio CP, em seu artigo 18, II, fala em culpa quando há imprudência, negligência ou imperícia. Dessa forma, faz-se importante abortar os três conceitos.

Imprudente é aquela conduta perigosa praticada pelo agente. O agente não quer o resultado ilícito, porém, a conduta praticada por ele oferecia risco para que o ilícito manifestamente ocorresse. A imprudência é a culpa no fazer, estampa a forma ativa, positiva da culpa. Consiste no agir do agente.

Nos dizeres de Prado, imprudência “vem a ser uma atitude positiva, um agir sem a cautela, a atenção necessária, com precipitação, afoitamento ou inconsideração. É a conduta arriscada, perigosa, impulsiva” (PRADO, 2007, p. 378).

A negligência é diferente, ela ocorre no caso em que o agente deveria ter tomado atitude ou feito algo que o agente não fez, e em decorrência disto o ilícito ocorreu. No mesmo sentido, leciona mais uma vez Prado: “a inatividade (forma omissiva), a inércia do agente que, podendo agir para não causar ou evitar o resultado lesivo, não o faz por preguiça, desleixo,

desatenção ou displicência” (PRADO, 2007, p. 379).

A imperícia emana de uma atuação geralmente profissional, visto que o agente necessita possuir determinada técnica ou habilidade a ser satisfeita no caso concreto. Assim, se esperado um resultado derivado da responsabilidade que o agente gera por sua suposta perícia na realização da tarefa, e esse resultado não foi gerado por uma imperícia, surge a culpa do agente.

Nesse sentido, Greco dispõe que “fala-se em imperícia quando ocorre uma inaptidão, momentânea ou não, do agente para o exercício de arte, profissão ou ofício” (GRECO, 2004, p. 205).

Por conseguinte, faz-se importante salientar que existem dois tipos de culpa: a culpa consciente e a culpa inconsciente. Nesta última, o agente não previu o que estava para acontecer. Ele até poderia, mas não previu. Poderia ter tido cuidado maior, ter mais preocupação e cuidado com a situação, mas não os teve. Para Bitencourt, “previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum” (BITENCOURT, 2008, p. 289).

Portanto, denota-se que a grande diferença entre as espécies de culpa encontra-se albergada na “previsibilidade”. Esta é diferente da culpa consciente, assim, explica Capez: “é aquela em que o agente prevê o resultado, embora não o aceite. Há no agente a representação da possibilidade do resultado, mas ele a afasta, de pronto, por entender que evitará e que sua habilidade impedirá o evento lesivo previsto” (CAPEZ, 2005, p. 203).

Verifica-se que o agente, ao contrário da culpa inconsciente, está prevendo que o resultado pode vir a acontecer, mas, acredita fielmente que não irá. Essa é diferente do dolo eventual, porque neste o agente prevê o resultado, mas pouco se importa com o mesmo. Já na culpa consciente o agente prevê, mas repudia que o fato irá ocorrer acreditando ser ínfima a probabilidade de restar consumado o resultado.

Portanto, se o agente não age dolosamente ou culposamente, configurando assim uma total ausência de conduta, não há que se falar em ação. Como exemplo dessa ausência de conduta Greco traz os seguintes exemplos:

- a) força irresistível: que pode ser causada pela natureza. Ex: Um sujeito é arrastado pelo vento, e vem a esbarrar fortemente numa outra pessoa, causando-lhe lesões corporais; ou por terceiros como no caso da coação física ou bem como também quando o agente é jogado por uma terceira pessoa de encontro a objetos ou mesmo a outras pessoas, vindo com isso, respectivamente, a danificá-los ou a lesioná-las.
- b) movimentos e reflexos: impulsos ou reações que nosso organismo possui e que podem causar danos. Ex: é o caso, por exemplo, daquele que, ao colocar o fio de seu aparelho de som em uma tomada recebe uma pequena descarga elétrica e, num efeito reflexo, ao movimentar seu corpo, atinge outra pessoa, causando-lhe lesões.
- c) estado de inconsciência: falta total de consciência do agente. Ex: sonambulismo. (GRECO, 2004, p. 167-168).

Esse tipo de ponderação a respeito da conduta do agente faz-se muito importante para exaltar os entendimentos da teoria finalista, pois destrincham a ação subjetiva e objetiva do indivíduo, sendo possível representar aquilo que realmente ocorreu no agir, selecionando tudo aquilo que deve ser tutelado pelo Direito Penal ou eventualmente tendo que ser verificado por outras esferas do direito.

#### 1.2.1.2 Resultado

O resultado é derivado diretamente da conduta comissiva ou omissiva do agente. O resultado, ou dano causado pela conduta, seja ela dolosa ou culposa, tem que sair do pensamento e transpor-se ao mundo exterior.

Nucci separa o resultado em dois critérios básicos. O primeiro é o crime naturalístico e ele tem de nascer ao mundo exterior, materializar-se, modificar o mundo real de alguma forma. Como exemplo o homicídio. A morte de uma pessoa é o resultado naturalístico que emanou da conduta do agente (NUCCI, 2006).

Assim, para teoria naturalística o crime deve surgir no mundo externo - ocorre o resultado naturalístico; e os chamados de crimes de atividade, que são os formais - o resultado naturalístico pode até vir a surgir, mas ele é irrelevante já que o crime se consuma antes do resultado. Exemplo: extorsão mediante sequestro se consuma no momento em que a vítima é sequestrada, sendo irrelevante o pagamento ou não do resgate -; e o crime de mera conduta - o resultado não produz efeito naturalístico, como o caso da desobediência.

O segundo critério é o jurídico ou normativo. Explica Nucci que:

É a modificação gerada no mundo jurídico, seja na forma de dano efetivo ou na de dano potencial, ferindo interesse protegido pela norma penal. Sob esse ponto de vista, toda conduta que fere um interesse juridicamente protegido causa um resultado. Exemplo: a invasão de um domicílio, embora possa nada causar sob o ponto de vista naturalístico, certamente provoca um resultado jurídico, que é ferir o direito à inviolabilidade de domicílio do dono da casa (NUCCI, 2006, p. 194).

O critério que prevalece para a maioria da doutrina brasileira é o naturalístico. Contudo, também há de ser observado o critério jurídico, mormente no que tange ao seu caráter social, possuindo evidentemente papel importante na tutela de bens jurídicos constitucionalmente consagrados.

### 1.2.1.3 Nexo de causalidade

O nexos de causalidade está relacionado à obrigatoriedade necessária entre a conduta praticada pelo agente e o resultado produzido, seja ele naturalístico, formal, ou de mera conduta. Nesse sentido, leciona Brandão:

Nexo de causalidade é o liame ideal que possibilita a imputação de um resultado a alguém. A função do nexos de causalidade é, portanto, identificar quem deve ser considerado autor do resultado de dano ou de perigo ao bem jurídico, isto é, quem deve ser considerado autor do delito (BRANDÃO, 2010, p. 151).

Com efeito, existem várias teorias a respeito do nexos de causalidade, as duas principais são a da causalidade adequada e a da equivalência das condições.

Para a Teoria da Equivalência das Condições, o resultado é produto de uma multiplicidade de causas e condições, sendo todas elas igualmente necessárias e equivalentes. Não existe sentido, portanto, em distinguir-se causa e condição para o resultado da ação. A prova do nexos causal é feita a partir da fórmula da *conditio sine quanon*, segundo o qual se deve buscar a causa a partir do resultado. Sabe-se assim se um fato é causa do resultado mediante um processo de eliminação mental: se, abstraindo-se o fato, eliminar-se mentalmente o resultado, diz-se que o fato foi causa do resultado.

Mais uma vez, Brandão leciona que é feita uma crítica a Teoria da Equivalência das Condições: é que a busca da causa pode levar a um regresso eterno, buscando-se a causa da causa. Nesse contexto, o retromencionado autor aduz:

É necessário limitar a fórmula da *conditio sine quanon*, que consequentemente faz com que não exista a possibilidade de se buscar a causa da causa de maneira eterna. Com efeito, limita-se tal fórmula através do elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa). Sendo assim, se uma determinada não for dolosa ou ao menos culposa, não deverá ser considerada no que se refere ao nexos de causalidade (BRANDÃO, 2010, p. 153-154).

Já para a Teoria da Causalidade Adequada, somente seria causal a conduta que possuísse uma tendência geral à provocação do resultado. As demais condições que não englobem essa tendência não podem ser consideradas causas do resultado.

Para tal teoria, é necessário diferenciar causa do resultado e condição do resultado. Somente haverá causalidade quando existir uma causa, não havendo a causalidade quando houver uma mera condição. Explica muito bem Costa Júnior:

Considera-se a conduta adequada quando é idônea a gerar efeito. A idoneidade baseia-se na regularidade estatística. Donde se conclui que a conduta adequada (humana e concreta) funda-se no *quod plerumque accidit*, excluindo acontecimentos extraordinários, fortuitos, excepcionais, anormais. Não são levadas em conta todas as circunstâncias necessárias, mas somente aqueles que, além de indispensáveis, sejam idôneas à causa do evento (COSTA JÚNIOR *apud* GRECO, 2004, p. 61).

O Direito brasileiro adotou a primeira teoria, a Teoria da Equivalência das Condições. Todo evento que concorre para o resultado é considerado causa dele. Não há sentido, pois, em diferenciar-se causa do resultado e condição do resultado, porque todas elas são consideradas igualmente necessárias para a ocorrência do resultado.

Merece especial destaque a relação de causalidade nos crimes culposos. Nos delitos culposos, existe um resultado naturalístico. O nexo de causalidade em tais crimes é derivado de um dever objetivo de cuidado. O agente tem um dito dever objetivo de cuidado ao eleger os meios que servirão para a consecução de seus fins. Sendo assim, é possível concluir que nos delitos de natureza culposa, a relação de causalidade só será relevante quando a produção do resultado foi objetivamente previsível, pois só então será possível apreciar uma inobservância do cuidado objetivamente devido.

#### 1.2.1.4 Tipicidade

Chega-se ao debate do último elemento do fato típico, a tipicidade. A tipicidade nasce quando a conduta (ação ou omissão; dolosa ou culposa) se encaixa na previsão legal estabelecida pela lei. Explica Nucci:

Em suma: tipicidade é instrumento de adequação, enquanto o fato típico é a conclusão desse processo. Exemplificando: Tício elimina a vida de Caio, desferindo-lhe tiros de arma de fogo (fato na vida real). Consta-se haver o modelo legal previsto no art. 121 do Código Penal ('matar alguém'). Submete-se o fato ao tipo e encontramos a tipicidade. Logicamente, para que os fatos da vida real possam ser penalmente valorados, é indispensável que o trinômio esteja presente (conduta+ nexo+ resultado) (NUCCI, 2006, p.181).

Impende destacar a diferença entre o conceito de tipicidade e adequação típica. Capez ensina:

Para alguns doutrinadores a tipicidade é a mera correspondência formal entre o fato humano e o que está descrito no tipo, enquanto a adequação típica implica um exame mais aprofundado do que a simples correspondência objetiva. A tipicidade é uma tipicidade formal, resultando da comparação entre o tipo e o aspecto exterior da conduta, sem análise da vontade ou finalidade do agente. A adequação típica vai além, investigando se houve vontade, para só então efetuar o enquadramento (CAPEZ, 2005, p. 187).

Desta feita, pode-se inferir que além da tipicidade, existe a necessidade de que a adequação típica ocorra. Contudo, essa distinção não é mais tão debatida na doutrina, porquanto a tipicidade formal perdeu sua força desde a superação da teoria causalista da ação.

Greco, assim como a doutrina majoritária, divide a tipicidade em formal e conglobante. A primeira ocorre quando a conduta praticada pelo agente encaixa-se como uma

luva na descrição abstrata do tipo feita pelo legislador como afirma o autor:

Quando afirmamos que só haverá tipicidade se existir uma adequação perfeita da conduta do agente ao modelo em abstrato previsto na lei penal (tipo), estamos querendo dizer que por mais que seja parecida a conduta levada a efeito pelo agente com aquela descrita no tipo penal, se não houver encaixe perfeito, não se pode falar em tipicidade (GRECO, 2004, p. 173).

Já a tipicidade conglobante surge quando a conduta do agente, além de adequar-se integralmente à previsão legal abstrata, é manifestamente contrária ao direito, isto é, antijurídica. Assim, por exemplo, se o direito permite que alguém que sofre uma agressão injusta, atual ou iminente, utilizando-se dos meios necessários, atue em legítima defesa, não poderá condená-lo por isso, pois tal conduta resta amparada pelo nosso ordenamento jurídico.

Bitencourt sustenta que pode ser a tipicidade imediata, caso em que ocorrendo a ação e a mesma logo se adequando efetivamente à previsão legal abstrata, ou pode ser mediata – caso clássico é a tentativa - não se encaixa imediatamente, pois depende de outra norma secundária, que ampliaria a figura típica (BITENCOURT, 2008, p. 260).

De conseguinte, se tem que a ilicitude ou antijuridicidade apresenta-se como o segundo elemento a ser estudado. Tal elemento configura-se quando a conduta praticada é manifestamente contrária aos ditames do ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, como é sem dúvidas de maior magnitude para o nosso presente trabalho, se fará essa análise no momento oportuno. Passa-se a examinar o terceiro elemento da teoria do delito.

### 1.2.2 Culpabilidade

Já foi demonstrado que a culpabilidade, consoante a Teoria Tripartida, é inexoravelmente um elemento do crime. A doutrina majoritária, como Mirabete, Brandão, Bitencourt, Nucci, etc, atribuem à culpabilidade três elementos, são eles: a) potencial consciência de ilicitude; b) imputabilidade e c) exigibilidade de conduta diversa.

Nesse sentido, Nucci afirma que:

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

Desta feita, diante das palavras do ilustre autor, a culpabilidade é o elemento da teoria do delito que traduz um juízo de reprovação pessoal pela prática de um fato lesivo a um interesse penalmente protegido.

### 1.2.2.1 Imputabilidade

A imputabilidade não é peculiar do direito penal, é instituída a todos os ramos direito. Trata-se de imputar, atribuir à responsabilização do ato praticado ao sujeito que tenha capacidade e maturidade mentais suficientes. Para Brandão:

Para que se faça um juízo de reprovação pessoal sobre o sujeito, é necessário que ele seja capaz. A capacidade de culpabilidade é chamada de imputabilidade. Portanto, a imputabilidade é o conjunto de qualidades pessoais que possibilitam a censura pessoal. O sujeito imputável é aquele capaz de alcançar a exata representação de sua conduta e agir com plena liberdade de entendimento e vontade (BRANDÃO, 2010, p. 247).

Em regra todo agente é imputável, a não ser que algum fator pessoal seja excluyente da imputabilidade.

Quando o individuo não possui esse tipo de capacidade, é considerado inimputável, ou seja, não é alcançado pela imputabilidade. As formas de inimputabilidade se referem diretamente ao agente que praticou o fato. Existem três teorias para averiguar a inimputabilidade: a biológica a psicológica e a biopsicológica.

A biológica leva em conta apenas a saúde mental que possui o agente. A segunda trata do fator psicológico, considerando se no momento da prática da conduta o agente possuía o pleno entendimento que o que estava fazendo era um fato ilícito. A terceira, biopsicológica, como o nome diz, adota as duas teorias anteriores conjugadas.

Com efeito, no direito brasileiro, resta consagrada a teoria biopsicológica. Mais uma vez ilustra Brandão:

O critério biopsicológico une o critério biológico e o critério psicológico, por isso também é chamado de sistema misto. Para ele, há a inimputabilidade sempre que existir um fato biológico (por exemplo, doença mental) e, em decorrência do fato biológico, existir também um fato psicológico, traduzido na situação de o agente não conseguir compreender o caráter ilícito do fato, ou determinar-se conforme esse entendimento (BRANDÃO, 2010, p. 248).

Assim, o Código Penal positivou três formas de inimputabilidade: I - inimputabilidade por doença mental; II - inimputabilidade por imaturidade natural; III - embriaguez completa, de caso fortuito ou de força maior.

Como exemplo do primeiro caso, tem-se os que possuem alguma perturbação mental ou psíquica que implique na falta de compreensão dos atos que pratica ou até mesmo de controlar suas vontades, como o caso da neurose. Ainda, os que possuem desenvolvimento mental retardado, como é o caso dos oligofrênicos.

O exemplo da segunda forma, que leva em conta a imaturidade natural, é o caso clássico dos menores inimputáveis. Ainda não atingiram a maioridade e, portanto, sua maturidade é considerada inexistente, sendo assim considerados inimputáveis. Essa proteção aos menores vem sofrendo diversas críticas pelo fato de a juventude ter cada dia mais acesso a informações, atingindo a maturidade cada dia mais cedo, não sendo correta a proteção oferecida pelo legislador.

Os que se enquadrarem em alguma dessas características serão inimputáveis e portanto não cometeriam crime. Isso não significa que o direito penal não o atinja, havendo a possibilidade de ocorrer a sanção penal, como a aplicação de medida de segurança, em casos de doença mental completa ou retardada, como também a aplicação de sanção pela prática de ato infracional, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando da ação delituosa de um menor de 18 anos.

As modalidades previstas em relação à embriaguez que afastam a culpabilidade são encontradas em exemplos trazidos pela doutrina, fazendo-se de difícil verificação no cotidiano. Nesse ínterim, Greco explica:

Costumamos chamar de caso fortuito o evento atribuído à natureza e força maior aquele produzido pelo homem. Assim, no clássico evento daquele que, em visita a um alambique, escorrega e cai dentro de um barril repleto de cachaça, se, ao fazer ingestão da bebida ali existente, vier a se embriagar, sua embriaguez será proveniente do fortuito. Suponhamos, agora, que durante um assalto a vítima do crime de roubo, após ser amarrada, é forçada a ingerir bebida alcoólica e vem a se embriagar. Essa embriaguez será considerada proveniente de força maior (GRECO, 2004, p. 445).

Importante salientar que aliado aos casos fortuito e a força maior, a embriaguez causada tem de confundir o agente a um certo ponto que o mesmo não possua noção alguma de saber que o fato que está praticando tem caráter ilícito.

A emoção e a paixão não foram adotadas como forma de excludente de imputabilidade por nosso Código Penal. Porém, vale lembrar que em alguns crimes ela é considerada para diminuir a pena, o que nada tem a ver com a inimputabilidade.

#### 1.2.2.2 Potencial consciência de ilicitude

A reprovabilidade do ato praticado sob tutela do direito penal só poderá acontecer se o agente tinha o efetivo conhecimento de que praticava um ilícito. Ponto interessante é que o desconhecimento da lei é inescusável, isto é, indesculpável, mas o erro quanto à ilicitude do fato não. Dispõe o art. 21 do Código Penal: O desconhecimento da lei é inescusável. O erro

sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Para melhor entendimento, faz-se necessário a compreensão da diferença entre o erro de tipo e erro de proibição. Esse tema será de grande importância para o foco do nosso trabalho, que é a análise minuciosa da figura do excesso em sede de legítima defesa do excesso, contudo, deve-se introduzir desde logo sua elucidação, para que no momento oportuno, como citado, seja aprofundado.

Com efeito, é bastante elucidativa a lição de Jesus sobre os dois tipos de erro:

Erro de tipo é o que incide sobre as elementares ou circunstâncias da figura típica, sobre os pressupostos do fato de uma justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora [...] Conceito de erro de proibição: Se o sujeito não tem a possibilidade de saber que o fato é proibido, sendo inevitável o desconhecimento da proibição, a culpabilidade fica afastada (JESUS, 2007, p. 93).

Muito clara a explicação de Damásio. Ao analisar o caso concreto, se o erro estiver no fato típico ou em algum de seus elementos, dar-se-á erro de tipo. Da mesma maneira, se o erro incidir na culpabilidade, terceira fase do conceito de crime, dar-se-á erro de proibição (JESUS, 2007).

Importante também se trabalhar aqui a diferença que a doutrina traz entre a falta de conhecimento sobre o fato e o desconhecimento da lei. Sobre esse assunto, aduz Bitencourt:

A relação que existe entre a lei, em abstrato, e o conhecimento de alguém de que seu comportamento esteja contrariando a norma legal. E é exatamente nessa relação - de um lado a norma, em abstrato, plenamente eficaz e válida para todos, e, de outro lado, o comportamento em concreto e individualizado - que se estabelecerá ou não a consciência da ilicitude, que é maneira de culpabilidade, e nada tem que ver com os princípios que informam a estabilidade do ordenamento jurídico (BITENCOURT, 2008, p. 372).

Afirma grande parte da doutrina que a lei não busca a real consciência, mas sim um mero potencial de consciência que a conduta do agente era ilícita.

Destarte, se o agente possuía, ou ainda, tinha a condição manifesta de presumir que aquela conduta que viesse a praticar seria ilícita, é considera-se que o mesmo tinha a efetiva consciência do fato e, portanto, inclui-se na culpabilidade.

Dentro dessa consciência de que a conduta era ilícita, o agente ainda pode valer-se da condição de o erro ser evitável (vencível, inescusável) ou inevitável (invencível e escusável).

Assim, ficam delimitadas as causas em que a lei afasta ou não a culpabilidade do agente, em decorrência do erro sobre a incidência do fato que praticava e a proibição nascida de lei.

### 1.2.2.3 Exigibilidade de conduta diversa

O título faz-se autoexplicativo, já que a culpabilidade será afastada se não puder se exigir outra conduta de quem a praticou. Isso se inclui, inclusive, nos dois tópicos anteriores, pois se o agente era inimputável ou não tinha conhecimento que o ato que praticava era ilícito, não era seria exigível de outra conduta. Ao contrário, se outra conduta era esperada do agente e esse escolheu livremente a contrária ao direito, encaixou-se perfeitamente o agente no fato típico.

Nesse contexto, é possível concluir que quando o autor imputável tem a consciência da antijuridicidade da ação, se encontra estabelecida materialmente a culpabilidade. Todavia, isso não significa que o ordenamento jurídico terá que fazer o juízo de reprovação da culpabilidade, mas, ao contrário, pode ter razões para afastar a reprovação da culpabilidade e em tal medida absolver o agente de eventual pena.

Com muita precisão, Bitencourt afirma que: “um dos elementos mais importantes da reprovabilidade vem a ser essa possibilidade concreta que tem o autor de determinar-se conforme o sentido em favor da conduta jurídica” (BITENCOURT, 2008, p. 321).

Nesse mesmo sentido, ratifica o Professor Cláudio Brandão: “a ideia de exigibilidade de outra conduta é ligada a ideia de liberdade, pois se reprova pessoalmente o sujeito que, podendo se comportar conforme o Direito optou livremente por se comportar contrário ao Direito” (BRANDÃO, 2010, p. 258).

Essa resposta que se espera do agente em relação a determinado fato não é padronizada.

Vale lembrar que cada pessoa possui um nível de coragem, de inteligência e de outros elementos subjetivos que afloram na hora do acontecido, tendo que ser analisado no caso concreto o que esperar ou não de cada pessoa, dada suas características físicas e psíquicas.

Existem causas previstas que excluem a culpabilidade por não se exigir conduta diversa, como por exemplo, a coação irresistível e a obediência hierárquica.

Há de ser destacado que a obediência hierárquica é subdividida, portando elementos subjetivos. Para ser verificada a obediência hierárquica que deu causa a um dano, tem-se que analisar primordialmente o conceito de obediência hierárquica. Nas palavras de Jesus: “é a manifestação de vontade do titular de uma função pública em face de funcionário que lhe é subordinado, no sentido de que realize uma conduta (positiva ou negativa), de ordem não manifestamente ilegal” (JESUS, 2007, p. 100).

Da lição de Jesus, percebe-se que devem ocorrer alguns pressupostos para a caracterização da obediência hierárquica. O primeiro deles é uma norma não manifestamente ilegal, que tem que causar certa dúvida no agente, tem de ser duvidosa, havendo a possibilidade de ludibriar. O segundo é que seja uma ordem vinda de cima, ou seja, que venha de um superior hierárquico e competente para dar ordens. Por sua vez, o terceiro é que esse superior seja o seu chefe, ou seja, que o agente seja subordinado daquele que proferiu a ordem. E o último elemento destaca que o subordinado cumpra estritamente a ordem que lhe foi dada, isso porque, se uma ordem é dada, e ao cumpri-la o subordinado ultrapassa os limites estabelecidos, ele é o responsável e não o superior (JESUS, 2007).

Em relação à coação moral, alguns pontos merecem ser estudados. Primeiro merece ressalva de que a coação tratada aqui é a moral e não a física, que quando verificada exclui totalmente a conduta do agente, pois o mesmo não tinha vontade. Um exemplo é o caso de o coagido ser forçado a colocar o dedo no gatilho e em seguida puxado pelo coator, não existindo vontade, nem culposa e muito menos dolosa.

A coação moral é aquela proveniente de grave ameaça, podendo ela ser irresistível ou resistível. Por se tratar de grave ameaça, na verdade, o coagido tem a vontade presente, só que essa é viciada pela coação. Nos dizeres de Bitencourt:

Nas circunstâncias em que a ameaça é irresistível, não é exigível que o agente se oponha a essa ameaça para se manter em conformidade com o Direito. Entender diferente equivaleria a exigir do agente um comportamento heróico, que somente um ser superior, que se diferencie dos demais, quer pela coragem, quer pelo idealismo, ou, enfim, por qualquer razão elevada, poderia realizar. Mas o Direito destina-se a homens comuns, a seres normais, e não a heróis (BITENCOURT, 2008, p. 359).  
(*sic*)

No caso da coação irresistível, até existe fato típico, por existir vontade, porém o agente não se reveste da culpabilidade, visto que sua vontade resta eminentemente viciada.

Situação diversa ocorre na coação resistível, como o próprio nome aduz, o agente poderia ter vencido a coação, mas sucumbiu a ela. Nesse caso, o agente encaixa-se em todos os requisitos do crime, pois o fato é típico, pois houve vontade, há culpabilidade, pois o fato podia ser conduzido de outra forma por se tratar de resistível e não há causas excludentes de ilicitude. Contudo, essa conduta pode ser causa de atenuante da pena, sendo valorada concretamente pelo juiz.

Por fim, é importante destacar que faz muito sentido o estabelecimento desse requisito na culpabilidade, tendo em vista que o agente influenciado a praticar determinado ato deve ser protegido, seja por ter sido coagido irresistivelmente, seja por ter recebido ordens que imagina ter de cumprir e que na verdade se tratava de uma verdadeira produção de crime.

### 1.2.3 Antijuridicidade ou ilicitude

O Código Penal de 1940 utilizava o termo antijuridicidade, que como cediço, foi alterado com a reforma penal de 1984. De acordo com alguns autores, essa mudança seguiu a recomendação de Toledo (BITENCOURT, 2008).

A grande crítica que formulada ao termo antijuridicidade é que o delito foi criado pelo próprio Direito, sendo assim equivocadamente chamá-lo de antijurídico. Na verdade, quando uma conduta ilícita é praticada, ela não contraria a lei, entretanto, encaixa-se na previsão feita pelo legislador.

Com efeito, a ilicitude ocorre quando a ação humana destoa do conteúdo das normas jurídicas. Sobre o tema, Nucci afirma:

O elemento conceitual do delito, ilicitude ou antijuridicidade - expressões consideradas aqui como sinônimas-, exprime a relação de contrariedade de um fato com todo o ordenamento jurídico (uno e indivisível), com o Direito positivo em seu conjunto. Enquanto a subsunção de um fato concreto ao tipo legal, isto é, o juízo de tipicidade, tem um caráter positivo, o juízo de ilicitude, decorrente da verificação da operatividade de uma norma permissiva, evidencia um aspecto negativo. 40 (NUCCI, 2006, p. 233).

Impende destacar que a ilicitude pode ser tanto formal como também material. Para Capez, a ilicitude formal constitui:

Mera contrariedade do fato ao ordenamento legal (ilícito), sem qualquer preocupação quanto à efetiva perniciosidade social da conduta. O fato é considerado ilícito porque não estão presentes as causas de justificação, pouco importando se a coletividade reputa-o reprovável (CAPEZ, 2005, p. 271).

Já a ilicitude material leva em conta a repúbia que a conduta causa abstratamente. Ora, o direito penal atende também a expectativa social, devendo tutelar bens jurídicos selecionados, em detrimento de condutas delituosas, as quais serão atribuídas às eventuais sanções. Explica Bitencourt:

A antijuridicidade material, por sua vez, se constitui da lesão produzida pelo comportamento humano que fere o interesse jurídico protegido, isto é, além da contradição da conduta praticada com a precisão da norma, é também necessário que o bem jurídico protegido sofra ofensa ou a ameaça potencializada pelo comportamento desajustado (BITENCOURT, 2008, p. 294).

Um ponto que merece muita atenção é a menção de grande parte doutrinária da importância da ligação entre a tipicidade e a ilicitude, onde aquela antecede essa necessariamente. Existem duas teorias sobre a ligação que ocorre entre fato típico e ilicitude. Esse liame entre o fato típico e a ilicitude ocorre em duas etapas distintas. Dessa maneira, o fato pode ser típico e não ser ilícito. É o que fala a teoria da *ratio cognoscendi*.

Greco, discorrendo sobre a questão, exemplifica:

Suponhamos que A, agindo com *animus defendendi*, saque o revólver que trazia consigo e, visando repelir a agressão injusta que estava sendo praticada contra sua pessoa, atire e cause a morte de B. No conceito analítico de crime, uma vez adotada a teoria *ratio cognoscendi*, o fato praticado por A é típico, o que indicaria sua ilicitude. Contudo, embora típico o fato, o agente atuou amparado por uma causa de exclusão da ilicitude, quebrando, dessa forma, a presunção havida anteriormente, com a conclusão que, embora típico, não é ilícito (GRECO, 2004, p. 457).

Outra teoria, a *ratio essendi*, funde o fato típico com a ilicitude. Assim, se for levado em consideração o exemplo de Rogério Greco para essa teoria, no caso da legítima defesa, inexistiria fato típico.

Imprescindível destacar também a distinção feita entre ilicitude objetiva e subjetiva. Para os que defendem que a ilicitude é somente objetiva, basta que a conduta atenda aos requisitos trazidos pela lei, não importando para tanto causas subjetivas, como por exemplo, a consciência de que o agente praticava uma justificante.

Parece-nos, e de acordo com a doutrina majoritária, ser muito mais lógico que exista também a valoração do elemento subjetivo, que deve caminhar sempre na análise do *animus* do agente delituoso, revestindo-se de um verdadeiro parâmetro para considerar todas as circunstâncias que se fazem presentes ao caso.

## CAPÍTULO 2 EXCLUDENTES DE ILICITUDE

### 2.1 Noções gerais

As excludentes de ilicitude não são encontradas somente na Parte Geral do Código Penal, estando contidos mesmo que de forma implícita em alguns dos crimes da Parte Especial ou nas leis penais especiais. São encontradas também em legislação extrapenal, como exemplo a legítima defesa encontrada no Código Civil em seu artigo 1.210, Parágrafo 1º. Com efeito, as excludentes de ilicitude estão legalmente previstas no artigo 23 do Código Penal brasileiro:

Art. 23. Não há crime quando o Agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.  
Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo (BRASIL, 1940).

Importante ressaltar que todas as previsões legais de afastamento do crime possuem seus elementos objetivos e subjetivos abordados pela doutrina, como visto anteriormente. O ilustre doutrinador alemão Hans Welzel explica a importância de tais excludentes:

As causas de justificação possuem elementos objetivos e subjetivos. Para a justificação de uma ação típica não basta que se dêem os elementos objetivos de justificação, se não que o autor deve conhecê-los e ter, ademais, as tendências subjetivas especiais de justificação. Assim, por exemplo, na legítima defesa ou no estado de necessidade (justificante, o autor deverá conhecer os elementos objetivos de justificação (a agressão atual ou o perigo atual) e ter a vontade de defesa ou de salvamento. Se faltar um ou outro elemento subjetivo de justificação, o autor não se justifica apesar da existência dos elementos objetivos de justificação (WELZEL, 1997, p. 100). (*sic*)

Desse modo, pode-se concluir por todo o aduzido que a exclusão de ilicitude não desconsidera a tipicidade da conduta. Ela continua a ser típica, contudo, lícita, por restar amparado pelo ordenamento jurídico, descaracterizando assim, por falta de elemento essencial, a figura do crime.

### 2.2 Estado de necessidade

Como primeira causa de exclusão da ilicitude, arrolada no inciso I do artigo 23 do Código Penal, o estado de necessidade se configura quando a prática de determinado ato, descrito como crime, é voltado à defesa de direito do autor ou de outrem, motivado por situação de fato que ele não provocou e que também era inevitável

O Código Penal expressa que:

Art. 24 . Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.  
 § 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo  
 § 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços (BRASIL, 1940).

Com efeito, o estado de necessidade pressupõe um conflito entre titulares de interesses lícitos, legítimos, em que um pode perecer licitamente para que o outro sobreviva.

Nas palavras de Delmanto: “estado de necessidade é a situação de perigo atual, não provocada voluntariamente pelo agente, em que este lesa bem de outrem, para não sacrificar direito seu ou alheio, cujo sacrifício não podia ser razoavelmente exigido” (DELMANTO, 2002, p. 47).

Pode se extrair dos comentários da doutrina que, para a configuração do estado de necessidade é imprescindível que exista uma ameaça a direito próprio ou alheio; que haja perigo atual e inevitável; ainda, que um bem prevaleça sobre o outro; que a situação que levou o bem a ser ameaçado não tenha sido causada pelo agente e que não haja dever legal do agente de enfrentar o perigo. Ademais, e como elemento subjetivo, que o agente tenha o discernimento que está agindo no âmbito de uma conduta que suscita a exclusão de ilicitude.

Greco, explica a relação entre os bens da seguinte forma:

Figurativamente, seria como se o ordenamento jurídico colocasse os bens em conflito cada qual em um dos pratos de uma balança. Ambos estão por ele protegidos. Contudo, em determinadas situações, somente um deles prevalecerá em detrimento de um sobre o outro (GREGO, 2004, p. 352).

Essa pesagem da relevância entre os bens em questão causa alguns bons debates doutrinários, travados, mormente pela teoria unitária e a teoria diferenciadora. Ocorre que a teoria unitária leva determinada vantagem pelo fato de ser abraçada pelo Código Penal. Grosso modo, para aquela não importa a valoração dos bens que estão em questão no caso concreto. Nesse contexto assinala Capez:

Não existe comparação de valores, pois ninguém é obrigado a ficar calculando o valor de cada interesse em conflito, bastando que atue de acordo com o senso comum daquilo que é razoável. Assim, ou o sacrifício é aceitável, e o estado de necessidade atua como causa justificadora, ou não é razoável, e o fato passa a ser ilícito (CAPEZ, 2005, p. 273).

A teoria diferenciadora é muito bem acolhida pela maioria da doutrina, pois ao contrário da unitária, entende que a valoração do bem é essencialmente necessária. Sendo assim, existiria para todo caso concreto a obrigação de ser analisada a importância do bem

que foi ferido e a do que foi salvo. Explica Teixeira:

[...] algumas vezes o estado de necessidade exclui a ilicitude, legitimando a ação, em casos de sacrifício de valores menores para salvar de valores maiores; outras vezes exclui a culpa, elidindo o juízo de censura sobre o qual repousa a culpabilidade, nos casos de sacrifício de valores iguais aos que se salvam, ou mesmo de valores maiores quando ao agente não era exigível outro comportamento (TEIXEIRA, 1996, p. 49).

Os autores também destacam a importância de se tratar sobre a atualidade e iminência do perigo, quanto a esse assunto, explanam Mirabete e Fabrini:

É necessário que o sujeito atue num perigo atual, ou seja, que exista a probabilidade de dano, presente e imediata, ao bem jurídico. [...] não inclui o perigo iminente [...] o perigo, contudo, é sempre uma situação de existência da probabilidade de dano imediato e assim, abrange o que está prestes a ocorrer (MIRABETE; FABRINI, 2007, p. 172).

Imprescindível se faz enfatizar que o direito ameaçado pode ser próprio ou alheio, não necessitando que aquele que vai salvar direito de terceiro obtenha prévia autorização, devido à inerente urgência da situação que ocorre. Nesse sentido, Capez exemplifica: “o agente não precisa aguardar a chegada e a permissão do vizinho para invadir seu quintal e derrubar a árvore que está prestes a desmoronar sobre o telhado daquele” (CAPEZ, 2005, p. 276).

Outro importante debate trava-se no âmbito da culpabilidade do agente em face do perigo suscitado. Nesse ínterim, alguns doutrinadores, como Jesus, entendem que somente quando o perigo é causado dolosamente é que se terá um impedimento no que tange a alegação do estado de necessidade. Outros, como o professor Assis de Toledo, sustentam que o perigo causado por culpa também impediria a alegação do estado de necessidade.

No estado de necessidade, como em qualquer outra excludente de ilicitude, haverá a possibilidade de ocorrência do excesso. Demonstrar-se-á com maior profundidade no terceiro capítulo do trabalho, mas desde logo, é importante enfatizar sua potencial ocorrência no âmbito de cada causa excludente de ilicitude, como também os principais fatores que o caracterizam. Explica Teixeira:

O excesso poderá ser de natureza dolosa, ou consciente, quando forem excedidos os limites da justificativa com vontade consciente [...] o excesso não-intencional, de natureza culposa, é o derivado de erro, em que o autor, em face da falsa percepção da realidade motivada pelas circunstâncias da situação concreta, não tem consciência da desnecessidade da continuidade da conduta (TEIXEIRA, 1996, p. 49).

O excesso se verifica sempre que o agente extrapolar os limites das causas de justificação. Quando o sujeito, consciente desses limites, livremente os extrapola, nasce o excesso doloso. Já o excesso culposo pode decorrer de uma situação e ignorância do agente, que não tem consciência de que sua ação extrapola os limites da norma permissiva (causas de

justificação) ou de um erro do mesmo que avalia inadequadamente a norma permissiva. Quando o erro ou a ignorância forem escusáveis, há o erro de proibição indireto, que exclui a culpabilidade.

A doutrina prevê, ainda, a figura do excesso intensivo, que exclui a culpabilidade do agente. Excesso intensivo é aquele derivado de uma situação de medo, confusão ou susto, ou ainda, de uma perturbação mental. Apesar de tal figura não restar expressa no Código, ela funciona como uma causa de exclusão do juízo que censura sobre o agente, afastando sua culpabilidade.

### **2.3 Estrito cumprimento do dever legal**

A excludente de ilicitude amparada pelo estrito cumprimento do dever legal restará amparada quando houver um dever legal na ação do autor, esta não podendo ser considerada ilícita, contrária ao ordenamento jurídico. Senão veja-se: “Art. 23 - Não há crime quando o Agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito” (BRASIL, 1940).

Com efeito, o estrito cumprimento de dever legal é de um raciocínio muito simples, não havendo tanta profundidade por parte da doutrina ao tratar do tema. Sobre o assunto, Prado escreve: “O agente que atua em estrito cumprimento de um dever legal (art. 23, III, 1.<sup>a</sup> parte, CP) cumpre exatamente o determinado pelo ordenamento jurídico, realizando, assim, uma conduta lícita (*jūris, executio non habet injuriam*)” (PRADO, 2007, p. 406).

Fica claro que a conduta praticada pelo agente tem que estar respaldada por um dever legal nascido de uma norma. Assim, um policial, vinculado por obrigação direta ou indiretamente derivada de lei, agindo estritamente dentro dos limites trazidos por ela, que restringe a liberdade de um criminoso pego em flagrante, atua no estrito cumprimento do dever legal.

Obviamente que o funcionário designado por lei que ultrapassa os limites necessários para o cumprimento do dever legal responde por excesso culposo ou doloso, como explicado, a depender da consciência que era esperada do mesmo no caso concreto.

Como nas outras excludentes de ilicitude, aqui também se faz valer o aspecto subjetivo. Assim, o agente público que age por determinação legal tem de praticar sua conduta sabendo que esta é seu dever legal, derivado da norma.

Desta forma, pode-se inferir que o estrito cumprimento do dever legal nada mais é que uma causa de exclusão de ilicitude que se baseia em uma norma de caráter geral, cujo

preceito determina a alguém o dever de realizar uma conduta típica, mas desde que dentro dos limites dessa dita norma.

Não existe essa causa de justificação, portanto, quando se falte uma norma de caráter geral. Se o dever de agir for imposto por uma norma de caráter particular, como aquela emanada de um superior hierárquico, não se pode falar em incidência do estrito cumprimento do dever legal, embora se possa, eventualmente, reconhecer a obediência hierárquica para excluir a culpabilidade do agente.

## 2.4 Exercício regular do direito

Como aconteceu com o estrito cumprimento do dever legal, ficou também a cargo da doutrina estabelecer os seus limites. Afirma Prado:

Aquele que age no exercício regular do direito (*Qui iure suo utitur neminem laedit*). Quer dizer, que exercita uma faculdade de acordo com o direito, está atuando licitamente, de forma autorizada (art. 5º, II, CF). Não se pode considerar ilícita a prática de ato justificado ou permitido por lei, que se substancie em exercício de direito dentro do marco legal, isto é, conforme os limites nele inseridos (PRADO, 2007, p. 408).

Verifica-se então, que se trata de uma excludente de ilicitude que é formada eminentemente por uma norma anterior que autoriza a prática do ato. Traz-se a colação o artigo 5º, II, da CF, que explana de modo elucidativo:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (BRASIL, 1988).

Então, considerando-se uma hipótese de permissão legal, não pode haver, posteriormente, indiciamento do indivíduo pela prática de delito, o que causaria verdadeira insegurança jurídica.

Ainda existe necessidade de ressaltar Ressalte-se que o alcance do conceito de direito utilizado pelo legislador nesse caso também foi explicado pela doutrinária e jurisprudência dominantes. Considera-se o sentido de direito para o entendimento da presente exclusão de ilicitude como de *lato sensu*, compreendendo todo direito subjetivo, de qualquer ramo do ordenamento, não se fazendo qualquer distinção.

Problema a ser enfrentado debruçando-se sobre o tema é o do consentimento do ofendido. O professor Cláudio Brandão brilhantemente sustenta sua tese sobre a temática:

Atualmente, após a estruturação dos três elementos do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), reconhece-se que o consentimento do ofendido por vezes funciona como uma causa de exclusão da tipicidade, por vezes funciona como uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade (BRANDÃO, 2010, p. 219).

O consentimento do ofendido não é expresso em nosso Código Penal, mas por se tratar de matéria totalmente relevante para a vida em sociedade, por abranger vários costumes sociais, deve ser analisado de forma aprofundada.

Contudo, para restar configurada a incidência do consentimento do ofendido, deverão ser respeitados alguns requisitos, como elenca magistralmente Brandão:

Para que o consentimento do ofendido tenha o condão de excluir a antijuridicidade da ação é necessário que: a) manifestação espontânea da aquiescência do ofendido, sem qualquer tipo de coação, fraude ou outro vício de vontade; b) que no momento da aquiescência o ofendido esteja em reais condições de compreender o significado e as conseqüências da sua decisão, portanto, que esteja em plena capacidade de suas faculdades mentais; c) Que o bem jurídico lesado ou exposto a perigo seja um bem disponível, isto é, um bem eminentemente subjetivo do ofendido e d) que o fato típico penal realizado se identifique com o que foi previsto e se constitua em objeto de consentimento pelo ofendido (BRANDÃO, 2010, p. 220). (*sic*)

O consentimento do ofendido, ao funcionar como uma causa supralegal de exclusão da tipicidade ou da ilicitude, também serve como limite para a conduta do agressor, sendo, portanto, esse último responsabilizado pelo excesso, erro, ou ultrapassagem dos limites devidamente autorizados pelo ofendido em cada caso concreto.

## 2.5 Legítima defesa

O conceito legal de legítima defesa encontra-se no nosso Código Penal no Art 25, e dispõe o texto: “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).

A legítima defesa guarda inevitavelmente uma relação de espécie do gênero estado de necessidade, isto é, guarda certa relação com algumas características do estado de necessidade, mas resta independente, pela existência de alguns pressupostos próprios, especiais.

A legítima defesa - bem como todas as causas de justificação - é um dos institutos mais sensíveis a modificações culturais e axiológicas de uma comunidade, e esse fator acaba influenciando diretamente nos seus pressupostos mais elementares.

Impende destacar, primordialmente, que a “ação de legítima defesa” não se confunde com a “situação de legítima defesa”.

Nesse sentido, temos a cirúrgica lição de Carvalho:

Quando se fala sobre a ‘ação de legítima defesa’, deve-se, primeiramente, ter bem claro a sua diferença em relação à ‘situação de legítima defesa’. A ‘situação de legítima defesa’, que diz respeito ao requisito da agressão injusta (antijurídica), atual e iminente, é pressuposto necessário para a existência do próprio instituto e não se confunde com a reação empregada pelo agredido. Qualquer tentativa de afirmar, por exemplo, que a defesa necessária é um dos elementos da ‘ação legítima’ e, concomitantemente, condicionante da situação de legítima defesa, incorre numa incoerência lógico-normativa (CARVALHO, 1995, p. 314-315).

Com efeito, a reação só pode se apresentar como lícita quando for a estritamente necessária para repelir uma agressão injusta, atual ou iminente, não podendo deixar de levar em consideração a gravidade e a instensidade da lesão, as possibilidades de defesa a disposição, a espécie de bem jurídico em questão e as relações existentes entre as partes. O meio utilizado tem que, obrigatoriamente, ser o menos danoso ao agressor entre os igualmente idôneos, pois, nesse caso, rege-se o princípio da menor lesividade. Sobre tais considerações, sustenta o Siqueira:

Meio idôneo é aquele apto as suas finalidades, para fazer cessar uma agressão. Numa ‘ação de legítima defesa’ vários meios podem ser idôneos para a consecução dos objetivos, mas, isso não quer dizer que todos eles serão considerados, para efeito de legítima defesa, necessário (SIQUEIRA, 2011, p. 147).

Ademais, como entende a doutrina majoritária, deve-se excluir, desde logo, os meios que possam por em perigo bens jurídicos de terceiros. Caso não seja possível, no caso concreto, a utilização de um meio que só atue na esfera de interesse do agressor, não estamos mais na seara da legítima defesa, e sim, no estado de necessidade. A mesma solução é aplicada quando bens de terceiros são utilizados como meios de defesa, como por exemplo, no caso do agredido valer-se de um objeto alheio para realizar sua defesa, destruindo-o.

De conseguinte, mesmo diante de tais considerações, ainda se faz necessário projetar algumas limitações, ou seja, os meios que não diminuam ou evitem o perigo de lesão não podem ser considerados idôneos. Da mesma forma, só serão idôneos aqueles que sejam eficazes, que não tragam risco para bens essenciais do indivíduo, uma vez que, o agredido não está obrigado a recorrer a meios defensivos mais benignos, porém, de eficácia duvidosa. Nos dizeres de Siqueira: “o conceito de eficácia do meio não tem um caráter absoluto, que assegure a total eliminação da agressão, mas é relativo, que traga, de acordo com a experiência de um homem prudente (médio), grandes possibilidades de êxito” (SIQUEIRA, 2008, p. 60).

Nesse diapasão, impende salientar que a utilização de tais meios considerados idôneos deve respeitar o princípio da menor lesividade. Esse princípio afirma a

obrigatoriedade de escolha do meio menos lesivo necessário para eliminar ou atenuar os efeitos do ataque, sendo, dessa feita, o limite superior de toda defesa.

Isto, posto, passa-se a examinar os requisitos inerentes a legítima defesa, quais sejam: a) agressão injusta; b) atual ou iminente; c) à direito próprio ou de terceiro; d) Repulsa com os meios necessários; e) Uso moderado dos meios necessários e f) Elemento subjetivo.

### 2.5.1 Agressão injusta

A legítima defesa é uma reação a uma agressão. Por agressão entende-se toda ação lesiva a bens jurídicos; portanto, a agressão é uma ação positiva, uma comissão que causa uma lesão ao referido bem jurídico. Conforme ensina Brandão:

A lei estabelece que a agressão deve ser injusta. Agressão injusta é aquela não autorizada pelo Direito, dessarte, será injusta toda agressão antijurídica. Se a agressão for autorizada pelo Direito, não cabe a incidência da legítima defesa. As agressões autorizadas pelo ordenamento jurídico não precisam estar necessariamente previstas no Direito Penal, outros ramos do Direito também podem conceder a autorização para uma agressão. O Código Civil, por exemplo, prevê o desforço imediato na turbação da posse: se a posse de alguém estiver ameaçada, é permitido ao sujeito o uso módico da força para afastar essa turbação (BRANDÃO, 2010, p. 213).

Ademais, impende destacar que a agressão pressupõe uma ação humana. Estão fora da legítima defesa os danos ocasionados por animais e movimentos reflexos que não se constituem em ações. Em face deles somente poder-se-á invocar o estado de necessidade.

Em decorrência desse entendimento, cabe inferir que é impossível a legítima defesa frente ao estado de necessidade, porque este último é autorizado pelo Direito; em outras palavras, ele é jurídico, é justo. Mas não se pense que o sujeito que sofre a agressão no estado de necessidade está obrigado a suportá-la, ele pode invocar outro estado de necessidade para justificar sua reação. Do mesmo modo, não cabe legítima defesa contra uma legítima defesa, ou contra qualquer outra causa de exclusão de ilicitude.

### 2.5.2 Atual ou iminente

O legislador buscou proteger o direito agredido, mas também se preocupou em repelir a vingança particular. Sendo assim, se a agressão ou o perigo não existe mais, não há legítima defesa.

Agressão atual é aquela que já está acontecendo. Já agressão iminente é aquela que está prestes a ocorrer

Em relação à temática, Bitencourt, com a sabedoria de costume, explica:

A reação do agredido para caracterização da legítima defesa deve ser sempre preventiva: deve impedir o início da ofensa ou sua continuidade, desde que esta, se não for interrompida, produzirá dano maior. A reação deve ser imediata à agressão, pois a demora na repulsa descaracteriza o instituto da legítima defesa (BITENCOURT, 2008, p. 318).

Deve-se ressaltar que a agressão iminente é aquela que, se não for elidida, se concretizará, diferentemente de uma ação futura, que poderá acontecer ou não.

Ademais, na hipótese de agressão praticada por um inimputável, o sujeito que a repele age acobertado pela legítima defesa. É que o inimputável age sem culpabilidade, mas sua agressão continua sendo antijurídica, portanto, sua agressão é injusta.

### 2.5.3 A direito próprio ou de terceiro

Com relação ao titular do bem jurídico injustamente agredido, a legítima defesa é classificada como legítima defesa própria ou legítima defesa de terceiro.

Com efeito, a própria é aquela onde o indivíduo que reage é o titular do bem jurídico lesado. Na legítima defesa de terceiro, por sua vez, o raciocínio é diferente: quando a lei penal estabelece a possibilidade de defender direito de terceiro ela se refere a esta segunda modalidade, porque nela o titular do bem jurídico não é aquele que executa a reação, dessa forma, é lícito agir na defesa de um bem jurídico alheio.

Nesse diapasão, concorda Greco:

Há possibilidades, ainda, de o agente não só defender-se a si, mesmo como também de intervir na defesa de terceira pessoa, mesmo que esta última com ele não lhe seja próxima, como nos casos de amizade e parentesco. Fala-se, assim, em legítima defesa própria e legítima defesa de terceiros (GRECO, 2004, p. 387).

Interessante que a lei não exige qualquer relação afetiva ou de parentesco entre o defensor e a vítima, qualquer um tem o poder de, diante dos requisitos da excludente em comento, efetuar a proteção de bens jurídicos.

### 2.5.4 Uso moderado dos meios necessários

Outro pertinente requisito para a caracterização da legítima defesa é o uso moderado dos meios necessários. Em primeiro lugar deve-se esclarecer o que é um meio necessário: meio necessário é aquele que, estando disponível ao agente, é hábil para repelir agressão injusta. A lei afirma ainda que o meio necessário seja usado com moderação. Isso quer dizer

que quando o Direito exige que eles sejam usados com moderação, devem ser os mesmos empregados respeitando como já mencionado, o princípio da menor lesividade possível.

É indispensável, porém, o alerta que faz o professor Bitencourt:

No entanto, não se exige uma adequação perfeita, milimetrada, entre ataque e defesa, para se estabelecer a necessidade do meio e a moderação no seu uso. Reconhece-se a dificuldade valorativa de quem se encontra emocionalmente envolvido num conflito no qual é vítima de um ataque injusto. A reação ex improviso não se compatibiliza com uma detida e criteriosa valoração dos meios necessários à repulsa imediata e eficaz (BITENCOURT, 2008. p. 263).

Além disso, a reação deve respeitar também o princípio da proporcionalidade, isto é, no caso concreto, é exigida uma análise da proporcionalidade entre o bem agredido pela reação de defesa: se a reação de defesa atinge os bens do agressor de uma maneira insuportável e desproporcional, não se poderá reconhecer a legítima defesa.

O grande debate deflagrado é que no caso da agressão, dependendo de sua intensidade, o agente, por passar por uma emoção que não lhe é cotidiana, acaba estimulando demasiadamente os sentidos, sendo complexa a tarefa de entender o momento ao qual passava. Por isso é um tema tão discutido, pela lacuna entre o que é ação moderada e o que não é. Quanto a esse debate, traga-se um exemplo de Greco:

Suponhamos que A esteja sendo agredido injustamente por B. Com a finalidade de fazer cessar a agressão, A saca uma pistola que trazia consigo e efetua oito disparos em direção a seu agressor. Mesmo atingido por oito vezes, o agressor ainda caminha em direção ao agente, pois que os disparos não foram suficientes para fazê-lo parar. Somente no nono disparo é que o agressor é derrubado e a agressão cessa. Assim, para que possamos verificar se o uso do meio necessário foi moderado ou não, é preciso que tenhamos um marco, qual seja, o momento em que o agente consegue fazer cessar a agressão que contra ele era praticada (GRECO, 2004, p. 384).

Ainda quanto ao exemplo citado, é óbvio que, cessando a agressão, se A continua a atirar contra B, extrapolará, no caso, os limites da legítima defesa, restando configurado o excesso.

### 2.5.5 Elemento subjetivo

É imprescindível que além de todos os pressupostos já indicados, exista um elemento subjetivo para se reconhecer a legítima defesa, qual seja, o *animus defendendi*.

Trata-se de elemento subjetivo definido como a vontade de, com realização da reação de defesa, defender os bens jurídicos atacados.

Destarte, explica Jesus: “a repulsa legítima deve ser objetivamente necessária e subjetivamente conduzida pela vontade de se defender. A falta do requisito subjetivo afasta a justificativa” (JESUS, 2007, p. 119).

Sendo assim, pode-se concluir que a vontade de defender-se tem de estar presente na consciência do agente, tem de ser esse o objetivo direto e não outro. A consciência do agente nesses casos sempre deve ser objeto de apreciação por parte do ordenamento jurídico. Assim, existe a necessidade de se verificar a presença real da vontade do agente estar utilizando-se da excludente, e ainda, que dela necessita.

Por fim, o *animus defendendi* deverá ser concomitante à realização objetiva da ação. Se a ação agressiva já tiver cessado, não pode subsistir uma ação motivada pela vontade de se defender, porque a vontade de defesa somente existe com o ataque. Por isso, não pode alegar legítima defesa quem age em face de uma agressão que já cessou.

## **CAPÍTULO 3 DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA**

Não se pode olvidar que quando se trata do excesso, deve-se realizar uma minuciosa análise do caso concreto. Isso se dá pelo fato de que não se pode esquecer que apesar de o excesso ser condenado pelo Parágrafo único do artigo 23, o agente não está em uma situação confortável.

A legítima defesa por muitas vezes decorre de situações de elevado estresse, com inúmeras circunstâncias, agressões e surpresas. Além disso, qualquer cidadão pode se deparar com o mal, com o injusto, e nem todos têm preparo psicológico e físico para repelir tais ameaças.

Tais limites impostos não podem ser ultrapassados. Todavia, a real análise da conduta do indivíduo que pratica a defesa é bastante complexa, isto é, a justa compreensão do que se passava em cada caso é de extrema relevância. Para tanto, se tem que entender quais tipos de excesso podem surgir do caso concreto, bem como, as ponderações feitas pela doutrina e as interpretações que devem ser feitas em relação a situação em que se encontrava o agente.

### **3.1 Do excesso doloso**

Quando o Direito permite a realização de condutas típicas, ele somente o faz dentro dos limites das causas de justificação. Por isso, o parágrafo único do art. 23 do Código Penal estabelece que “o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”. Precisam ser, mais uma vez, as palavras de Brandão:

O excesso se verifica sempre que o agente extrapolar os limites das causas de justificação. Quando o sujeito, consciente desses limites, espontaneamente os extrapola, existe o excesso doloso. Existe excesso doloso na seguinte hipótese: Caio é atacado por Tício, que o agride com murros, causando-lhe lesões corporais. Ocorre que, durante o desenrolar da agressão, Caio puxa uma arma e atira para cima, o que faz com que o autor delas corra. Mesmo consciente de que a agressão injusta já havia cessado, Caio persegue o seu desafeto e desfere vários tiros nele, causando sua morte. Nesse caso, Caio dirigiu sua vontade, livre e consciente, para extrapolar os limites da legítima defesa, por isso responderá por excesso doloso (BRANDÃO, 2010, p. 220).

Com efeito, o excesso não exclui a anterior legítima defesa, mas apenas é verdadeiro consectário do desrespeito aos limites da mesma.

### **3.2 Do excesso culposo**

Assim como no excesso doloso, o excesso culposo também iniciasse por uma conduta amparada pela legítima defesa, ocorre que em seguida, o agente, seja por imprudência, imperícia ou negligência, ultrapassa os limites, incidindo no excesso culposo.

Dessa forma, se o agente utilizar algum meio além do necessário ou por não ter tido zelo necessário para tratar a situação, nasce o excesso culposo. Traga-se novamente à colação as palavras de Brandão:

O excesso culposo pode decorrer de uma situação de ignorância do agente, que não tem consciência de que sua ação extrapola os limites da norma permissiva (causa de justificação) ou de um erro do mesmo que avalia inadequadamente a norma permissiva (BRANDÃO, 2010, p. 220).

Assim, se para repelir uma agressão, Tício podia ter o feito desferindo um tiro, porém, desferiu quatro, não com intenção de matar, mas por não ter tido maior percepção com a situação. Dessa maneira, caiu no excesso culposo pelo uso imoderado dos meios necessários.

Pode-se novamente notar que inicialmente a conduta estava protegida pela legítima defesa, que em seguida foi violada, portanto, excedida.

### **3.3 Do excesso intensivo**

Fala-se em excesso intensivo quando o agente supera a necessidade da exigência trazida pelo legislador de utilizar-se dos meios necessários e de forma moderada.

Estuda-se na parte da legítima defesa seus requisitos. Verifica-se também a exigência que o legislador fez de que fossem respeitados tais requisitos e, assim, quando o agente, apresentado pela legítima defesa, ultrapassa os meios necessários para o caso ou a utilização destes, surge o excesso intensivo.

A figura do excesso intensivo é uma construção doutrinária, isto é, não há previsão legal do mesmo. Com efeito, entende-se por excesso intensivo aquele derivado de uma situação de medo, confusão ou susto, ou, ainda, de uma perturbação mental. Apesar de não estar expressamente previsto no Código, o excesso intensivo funciona como uma causa de exclusão da culpabilidade do agente, baseado tal raciocínio na doutrina penal alemã. Nesse sentido, aduz Teles:

É na legítima defesa que o excesso adquire grande importância. Diz-se que o excesso é intensivo quando o agente utiliza um meio com potencial lesivo além do necessário ou utiliza o meio necessário com desproporcionalidade em relação à agressão (TELES, 2004, p. 276).

A doutrina, por fim, vem admitindo a existência do excesso exculpante na legítima defesa, nos casos do excesso provir de caso fortuito e de erro de proibição, sendo uma causa de exclusão da culpabilidade, como citado anteriormente.

### **3.4 Do excesso extensivo**

O excesso extensivo segue o intensivo, sendo também nomenclatura doutrinária de um conceito que não possui maiores considerações ou complexidade.

Aqui, o excesso nasce quando o agente continua a utilizar conduta para repelir a agressão que já foi repelida. O agente estava em legítima defesa, e utilizou de certo mecanismo de defesa, ocorre que tal mecanismo funcionou, cessando a agressão, contudo, o sujeito continuou com a repulsa, incidindo em excesso.

### **3.5 Do excesso por erro**

Indispensável se faz o entendimento de um conceito aparentemente simples, mas que já foi objeto de vários debates, o erro.

Dada essa importância, nas palavras de Teles: “o erro, portanto, é uma falsa apreciação da realidade, próprio do ser humano e, conquanto esteja presente na vida de todos, não podia o Direito Penal ignorar sua existência, pelo que lhe dá um tratamento especial na teoria do crime” (TELES, 2004, p. 240).

Nossa doutrina trava debates em face da presente temática que por muitas vezes são antagônicos, mas que, sem querer, completam-se.

Com efeito, no excesso, encontra-se mais uma vez uma gama de opiniões diversas e formas antagônicas de se tratar o mesmo problema, motivo este que trouxe motivação essencial para nosso estudo.

Nesse contexto, sustenta Delmanto:

Excesso doloso: Deliberadamente, o agente quer um resultado além do necessário. Responderá pelo excesso, como crime doloso. Excesso culposo: Embora não o desejando, o agente, por não tomar o cuidado objetivo devido, causa um resultado além daquele que era necessário. Responderá pelo excesso, a título de culpa, se o resultado excessivo for previsto como crime culposo. Excesso por erro: Aplicam-se as regras do erro de tipo ou de proibição (CP art. 20 ou 21) (DELMANTO, 2002, p. 46).

Como verificado, Delmanto defende que o excesso emana de quatro problemas atestados no caso concreto, quais sejam: o excesso doloso, culposo, por erro de tipo e por erro de proibição (DELMANTO, 2002).

Ocorre que, ao inserir o excesso por erro de tipo e por erro de proibição, o autor sustenta sua convicção em determinados institutos que não estão previstos pelo parágrafo único do art. 23 do CP, que por sua vez, prevê apenas a figura do excesso doloso como também a do excesso culposo.

Esse tipo de extensão não é mero devaneio, e sim solução de um pensamento e consectário da análise de cada caso concreto. Seguindo a linha deste doutrinador, Damásio de Jesus também encontra a solução para o excesso cuidando do erro de tipo e do erro de proibição.

Nas palavras de Delmanto: “o excesso pode ser doloso, culposo ou resultante de erro” (DELMANTO, 2002, p. 46).

Diferente dessa interpretação é a de Costa Júnior, que explana: “o excesso poderá ser de natureza dolosa [...] de natureza culposa [...] ou ainda poderá ser inculpável” (COSTA JÚNIOR, 2005, p. 90).

Todavia, para se destrinchar a temática (foco esse do presente estudo) esgota-se a matéria, passando a análise de todas essas modalidades de excesso dispostas, para em seguida, concluir qual seria o posicionamento mais adequado aos ditames penais.

### 3.5.1 Erro de tipo

O erro de tipo possui previsão legal em nosso diploma penal pátrio:

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.

Discriminantes Putativas

§ 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.

Erro Determinado por Terceiro

§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Erro sobre a Pessoa

§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime (BRASIL, 1940).

Errar faz parte do cotidiano humano, o homem por várias vezes erra, pois tal situação é inerente a própria natureza do homem médio.

Assim, o erro torna-se relevante para o Direito Penal e por isso o legislador tratou de prevê-lo. Vale lembrar que a conduta do agente tem vontade e consciência, o que lhe falha é a

percepção da realidade, a verificação do que está acontecendo e por essa razão surge o erro. Nesse sentido, Fábio Bittencourt da Rosa:

Como sabemos, o dolo é a representação e a vontade de realizar os elementos da descrição contida no preceito. Portanto, há plena consciência de que a ação é dirigida para o resultado final. No erro de tipo falta representação sobre algum dos elementos do tipo, supondo-se que ele não existia no fato. O elemento intelectual do dolo foi defeituoso (ROSA, 2003, p. 272).

Como visto acima, o que falta ao agente na verdade é a percepção da ocorrência de algum dos elementos essenciais que estão contidos na previsão legal, suscitando dessa forma um erro no resultado da conduta, motivado por não ser aquele o resultado que o sujeito tinha em mente. Exemplo elucidativo traz Brandão:

O art. 171 do Código Penal pune como criminosa a conduta de “receber, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio, mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”. Formulemos uma hipótese onde o agente supõe que a vantagem que recebeu foi lícita, como no caso de uma segurada da Previdência Social, já velha e analfabeta, que não sabe que uma quantia maior depositada indevidamente pela Previdência Social em sua conta não lhe pertence. Se ela fica com a quantia recebida, em que pese manter em erro a Previdência, incide em erro de tipo, posto que desconhecia um elemento normativo do mesmo, isto é, a ilicitude do fato (BRANDÃO, 2010, p. 273).

Deve-se atentar ainda que a doutrina aponta para a existência de dois tipos de erro de tipo. O erro de tipo essencial evitável e o inevitável. Nas palavras de Capez:

a) Erro essencial invencível, inevitável, desculpável ou escusável (cuidado: invencível = escusável): não podia ter sido evitado, nem mesmo com o emprego de uma diligência mediana. b) Erro essencial vencível, evitável, indesculpável ou inesculpável (cuidado: vencível = inescusável): poderia ter sido evitado se o agente empregasse mediana prudência (CAPEZ, 2005, p. 216).

Destarte, verifica-se que se o erro não pode ser evitado, não pode ser imputada conduta dolosa ou até mesmo culposa ao agente, restando assim o fato atípico.

Agora, se o erro podia, mas não foi evitado, averigua-se o claro nascimento da culpa no caso concreto, pois deveria ter tido maior atenção e cuidado na situação fática.

O conceito trazido no Parágrafo 1º do referido artigo, referente ao erro de tipo, faz-se muito importante, pois trata de um interessante tipo de erro previsto pela lei, a discriminante putativa.

Veja-se o clássico exemplo: no auge de uma áspera discussão entre duas pessoas, onde uma delas já teria inclusive ameaçado a outra de morte, esta última leva a mão ao bolso, enquanto a outra supondo que aquela iria sacar uma arma, rapidamente atira contra o suposto agressor. Entretanto, posteriormente, descobre-se que o suposto agressor na verdade estava desarmado e iria apenas pegar um isqueiro para acender seu cigarro. Ocorre que o atirador pensou tratar-se de agressão injusta, iminente, e por essa razão, desferiu o disparo.

Desta feita, é possível inferir que existiu o dolo em atirar, contudo, se imaginou estar amparado numa causa excludente de ilicitude, qual seja, a legítima defesa putativa, logo, realizando uma falsa percepção da realidade e concorrendo em erro.

Acontece que esse erro é aceito pelo ordenamento jurídico, pois o sujeito agiu a partir da consciência de estar amparado por uma causa lícita, no exemplo, de defender o seu direito à vida.

No mesmo dispositivo, agora cuidando-se do que prevê o parágrafo segundo, temos que analisar mais uma figura que trata da presente temática, que diz respeito ao erro quando causado por terceiro. Nesse contexto, explana Delmanto:

Se a terceira pessoa que causou o erro agiu dolosamente como o propósito de provocar o engano para que o crime ocorresse, houve provocação dolosa e ela responderá pelo crime na forma dolosa. b. Se tiver causado o erro por culpa, houve provocação culposa e a pessoa que o determinou responde por culpa, se o fato for punível a tal título. c. O provocado, ou seja, o sujeito que errou por provocação de outrem, estará isento de pena, se o erro a que foi levado era inevitável, ou responderá por culpa, se pudesse ter evitado tal engano caso agisse tomando os cuidados objetivos necessários, e o fato for punível a título de culpa (DELMANTO, 2002, p. 39).

O legislador tratou de prever tal situação cotidiana, para, caso alguém pratique uma conduta ilícita, a qual surgiu por um erro emanado de terceiro, que este responda de acordo com a gravidade que contribuiu para o erro, restando, como explicado pelo doutrinador, responder o provocado nos casos em que o erro podia ser evitado.

Nesse ínterim, também merece destaque o erro sobre a pessoa, que consiste nada mais nada menos em um erro de tipo acidental. Quanto a esse instituto, Brandão, mais uma vez, aduz:

O erro de tipo acidental é aquele que não elide a adequação típica entre a representação mental do agente, da realidade, e o objeto faticamente agredido. Assim, por exemplo, o agente dirige a sua vontade para matar A e, visando executar a empreitada criminoso, vai à casa do mesmo, à noite, na hora em que ele, em regra, dorme. Sabendo, igualmente, que A dorme no primeiro quarto da casa, vai até a janela do referido quarto e atira contra um vulto que dorme na cama. Se, eventualmente, B dormia na cama de A, haverá um caso de erro de tipo acidental (*error in personam*) (BRANDÃO, 2010, p. 274).

Com efeito, o erro de tipo acidental, ao contrário do essencial (que incide sob as elementares do crime) não exclui o dolo, em virtude de ter havido a adequação típica entre a representação mental do agente e a conduta descrita no tipo, conforme o exemplo acima.

### 3.5.2 Excesso em erro de tipo

Depois de explicar teoricamente o erro de tipo, verifica-se que o mesmo pode muito bem ser encaixado no excesso da legítima defesa. Isso se dá pelo fato de o legislador ter previsto o erro sobre os elementos do tipo. A legítima defesa, por sua vez, possui elementos que merecem ser respeitados. Destarte, se algum elemento for excedido, constante de um erro sobre o elemento do tipo, tem-se o excesso pelo erro de tipo.

Isto posto, é possível concluir que se o erro que viciou o agente em sede de legítima defesa for escusável, a conduta excessiva do agente não será punida. Em situação diametralmente oposta, se esse vício for inescusável, responderá o agente pelo excesso culposo. Nesse sentido, ensina Jesus:

Ele supõe, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, que incide sobre cálculo quando à gravidade do ataque ou quanto ao modo da repulsa, encontrar-se ainda na situação de necessidade de reagir. Há erro de tipo escusável. [...] Cuidando-se de erro inescusável, vencível, que o homem equilibrado não deveria cometer, advindo de imponderação, desatenção, o agente responde por tipo culposo, contido no art. 23, parágrafo único, do Código Penal (JESUS, 2007. p. 121).

Para fixar o raciocínio, toma-se o seguinte exemplo: Otávio estava em sua casa, à frente da TV, em um final de noite, quando escuta Tales, marido de sua amante Marina gritando descontroladamente: “Otávio, seu bastardo, vou lhe dar um tiro na cara”. Otávio, escutando os gritos, como também o barulho cada vez mais alto de cada passo à frente de sua porta, pega um revólver e se posta em diagonal, tendo como referência aquela. Nesse ínterim, quando Tales adentra na casa, Otávio de pronto desfere um tiro que acerta o peito de seu rival.

Para sua surpresa, Tales não se encontrava armado, mas na verdade, tinha ido até o local movido pela grande paixão que sentia por sua esposa, não passando aquelas suas ameaças de um mero blefe.

Veja que, no caso, Otávio utilizou-se de um meio além do necessário, e porque não, também, ultrapassou a moderação desse meio. Ocorre que, Otávio agiu em decorrência de uma perturbação suscitada por um vício, qual seja imaginar que Tales estaria de alguma forma armado, e que estava prestes a sofrer uma agressão injusta contra a sua própria vida.

Dessa maneira, Otávio, esperando uma injusta agressão utilizou-se da legítima defesa putativa para proteger-se. Mas o problema vai além. Ora, muito provavelmente, Tales iria agredir Otávio. Contudo, pelo conteúdo das ameaças proferidas, aquele esperava que fosse uma agressão através de alguma arma letal, que na realidade, não existia.

Portanto, no caso em comento, Otávio utilizou-se da legítima defesa putativa, entretanto, errou em relação aos meios necessários empregados e quanto a moderação de sua utilização. Exigências estas contidas no tipo penal do artigo 23.

Nesse caso, a grande dificuldade reside no aspecto subjetivo da conduta, isto é, se o erro de Otávio é de natureza escusável ou inescusável. A partir dessa celeuma, se excluiria a conduta ou atrairia a modalidade culposa. Ou ainda, pode ser tratado como nenhuma das duas hipóteses, classificando-se a dita ação como de mera emoção, que constitui causa atenuante, contida no artigo 65, III, c, do CP.

Considerando tais possibilidades, há de se raciocinar no sentido de que não há que se falar, no exemplo, em causa de atenuante, pois existe vício provocado por terceiro que fez o agente errar sobre elemento do tipo penal. Dessa forma, é flagrante a ocorrência da figura do excesso por erro de tipo com. E ainda, no famigerado caso abordado, acredita-se que de caráter inescusável, por uma maior falta de atenção de Otávio. Considerando-se a incidência do erro de tipo inescusável, Otávio deveria responder a título de culpa.

Com efeito, reconhecida uma situação de excesso na legítima defesa, negada a forma dolosa e, também, a culposa, o fato deverá ser considerado atípico, por força de excesso não punível (excesso por erro de tipo permissivo invencível).

Depois de analisados os conceitos do artigo 20 *caput* e seus parágrafos, há de ser destrinchada outra modalidade de erro, esse previsto no artigo 21 do CP.

### 3.5.3 Erro de proibição

O desconhecimento da lei é injustificável. Segue-se, assim, a regra do art. 3.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de que ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece. Nesse sentido, dispõe o Código Penal:

Art. 21: O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (BRASIL, 1940).

A lei cuidou de na primeira sentença do artigo ressaltar que o desconhecimento da lei é inescusável.

Dessa forma, o erro de proibição não trata da exclusão da responsabilidade do agente alegando o desconhecimento do ordenamento jurídico.

Assim explica Jesus:

Aplicável o dogma da *ignorantia legis excusat* a toda a legislação, o Código Penal determina: ‘O desconhecimento da lei é inescusável’. Cuida da lei no sentido formal, de modo que não exclui a culpabilidade alegar o sujeito não conhecer a lei ou conhecê-la mal, somente se aproveitando de uma atenuante genérica (JESUS, 2007, p. 91).

A explicação diferencia a alegação de desconhecimento da lei da permissão da segunda parte do caput do referido artigo, no que tange a consciência da ilicitude do fato. Assim, esta última é oponível, enquanto aquela não. Para entender melhor a que fim a lei queria chegar, ainda, explana Jesus:

Se o sujeito não tem a possibilidade de saber que o fato é proibido, sendo inevitável o desconhecimento da proibição, a culpabilidade fica afastada. Surge, diante do erro, isto é, supõe lícito o fato por ele cometido. Ele supõe inexistir a regra de proibição (JESUS, 2007, p. 116).

Por conseguinte, conforme já analisado em momento oportuno do trabalho, a repulsa e o enfrentamento que a atitude do agente causa na sociedade é totalmente relevante para o círculo de ilícitos que o Direito Penal abraça. Por essa razão, a consciência sobre a ilicitude de um ou outro fato tem de ser examinada em decorrência de um pensamento mais amplo, no que se refere ao modo que ocorre como também a gravidade da conduta que afronta à sociedade.

Nesse contexto, Delmanto leciona didaticamente as causas que o erro de proibição pode alcançar:

Alcance: O erro de proibição deste art. 21 pode incidir: 1. Quanto à existência do tipo penal. Embora conhecendo formalmente a lei, o sujeito engana-se em seu entendimento, erra na interpretação do que ele proíbe. Exemplo: O sujeito comercializa rifa com fim beneficente, sem conotação comercial, julgando que, por se tratar de prática comum, não constitui ilícito penal. 2. Quanto às causas de exclusão da ilicitude. Suposição de existir causa de excludente de ilicitude. O sujeito pensa, erradamente, que a lei contém causa de excludente da ilicitude que, na realidade, inexistente. Exemplo: o agente agride a mulher quando esta confessa estar lhe traindo, na suposição de que existiria legítima defesa da honra conjugal [...]. 79 (DELMANTO, 2002, p. 40).

Verifica-se que o autor traz ao estudo duas formas para o erro de proibição. Na primeira, o agente fielmente acredita que o que está fazendo é um ato lícito, permitido e normal. Na segunda hipótese, ele imagina-se abraçado por alguma exclusão de ilicitude, e de fato, não está.

Assim, como se estuda no erro de tipo, o erro de proibição abraça a ideia dos limites que podem surgir de acordo com o caso concreto. Desta feita, pode-se inferir que se o erro de proibição for inevitável, fica afastada a culpabilidade, se o erro de proibição for evitável, pelo

fato de o agente não ter tomado todas as precauções, determinou a lei que a pena seja diminuída de um sexto a um terço.

#### 3.5.4 Excesso em erro de proibição

No erro de proibição, conforme estudado, o agente fielmente acredita que o que faz é permitido, não é ilícito. É possível exemplificar o erro de proibição de maneira didática.

Eduardo chega em sua casa antes do horário convencional. Ao entrar na casa, escuta barulhos vindos de seu quarto. Sem saber do que se tratara, vai até o escritório e pega uma pistola que tinha guardada. Desfere um chute na porta e tem a visão geral do quarto, deparando-se com o até então inesperado. Valéria, sua esposa, estará praticando conjunção carnal com Dionísio, seu amigo de infância. Eduardo, de pronto, achando estar amparado pela legítima defesa, começa a agredir ambos, e vai além, matando Dionísio.

Nesse caso, Eduardo excedeu-se ao achar que existira a legítima defesa da honra conjugal, supondo estar legitimado a fazer o que fez. Ocorre que a legítima defesa da honra não lhe permite matar ou ferir terceiro. Sendo assim, Eduardo incidiu no erro de proibição. Primeiro por achar existir tal legítima defesa e depois de iniciá-la superar em muito os meios necessários e a utilização destes, acreditando que o que fazia era lícito.

## CONCLUSÃO

Verificou-se ao longo de todo o trabalho que a teoria do crime, respeitando o conceito analítico trifásico, apoia-se em três essenciais e complementares pilares: fato típico; ilicitude; culpabilidade.

Dessa maneira, apresentou-se que, para um fato ser típico, este deve contemplar todos seus requisitos, necessitando da concorrência de conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade. Todos esses temas foram fundamentais para o desenvolvimento do estudo, pelo fato de o agente, ultrapassando os limites permitidos pelas justificantes, praticar fato típico.

De conseguinte, foi examinada a culpabilidade, que trata efetivamente da censurabilidade pessoal do sujeito que pratica um fato típico e antijurídico. Todos os requisitos da culpabilidade devem ser verificados para que essa seja configurada. Sendo assim, o fato típico e ilícito deve ser acompanhado da imputabilidade do agente, pela potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Chegou-se ao encontro do conceito de delito e verificou-se que a ilicitude do fato típico ocorre quando o agente, através de sua conduta, afronta o ordenamento jurídico.

Dessa forma, direcionou-se toda a concentração para situações previstas pelo legislador e doutrina no que diz respeito às causas que excluiriam a ilicitude do fato. Esse exame foi motivado a partir da conclusão de que o Estado não pode proteger todos seus cidadãos e a todo tempo em de qualquer lesão a bem jurídico.

Por conseguinte, preocupou-se especialmente com a legítima defesa, principalmente com seus requisitos e excessos. Com efeito, há que ser verificado em cada caso uma agressão injusta, atual ou iminente, isto é, que está acontecendo ou prestes a ocorrer; repulsa da agressão com uso de meios necessários, ou seja, meios idôneos que possam afastar de pronto a agressão ilícita com o menor dano possível, em respeito ao princípio da menor lesividade possível; o uso moderado dos meios necessários, onde estes devem atuar até ponto de ser afastada integralmente a agressão; que ocorra na proteção de direito próprio ou de outrem e esteja presente o *animus defendendi*, o elemento subjetivo da defesa.

Ademais, não há como exigir-se uma paridade de armas ou escolha do meio menos lesivo, mas que a vítima deve se valer dos meios que estiverem ao seu alcance para encerrar a agressão. No contexto da moderação no uso do meio, o indispensável é que a vítima utilize o meio necessário até o ponto em que seu agressor encerre sua conduta. Aqui entra também, o

bom senso, pois o princípio da proporcionalidade, princípio implicitamente constitucional, deve ser respeitado.

A partir daí, chegou-se ao foco do presente estudo: o exame da figura do excesso na legítima defesa.

Desta feita, o sujeito que extrapola o uso dos meios necessários para repelir a injusta agressão incorrerá em excesso intensivo. De outra forma, se o mesmo sujeito continuar com a utilização dos meios necessários após a cessação da injusta agressão, incidirá a figura do excesso extensivo.

Inferiu-se que para a configuração da legítima defesa, em cada caso concreto, o agente necessita observar religiosamente todos os requisitos aduzidos. Dessa maneira, foi possível chegar a conclusão de que na hipótese do sujeito extrapolar os limites da defesa, voluntária e conscientemente, estar-se diante do chamado excesso doloso.

Com o mesmo raciocínio estabeleceu-se a linha culposa. Quando o agente, depois de iniciar sua proteção contra a injusta agressão, não impõe o zelo necessário para com o objeto, agindo com imprudência, negligência ou imperícia, deverá, caso permita o tipo previsto, responder pelo seu excesso culposos.

Verificou-se ainda ao longo do desenvolvimento que boa parte da doutrina não trabalha com os excessos incidentes nas ações de erro de tipo e de proibição.

Por esse essa razão, foram analisadas ambas as previsões legais, concordando-se com a parte da doutrina que considera como de relevância a incidência do erro de tipo e de proibição nas ações de excesso, mormente no que tange ao excesso na legítima defesa. Nesse contexto, chegou-se a conclusão de que nas situações de repulsa a uma agressão injusta, o sujeito poderá incorrer em erro, esse último tendo a possibilidade de ser escusável, atingindo diretamente a conduta, sendo afastados assim tanto o dolo como a culpa; ou, contudo, inescusável, suscitando assim a possibilidade de responsabilização culposa, caso seja permitido legalmente.

Inferiu-se dessa forma porquanto a percepção dos fatos reais pelo sujeito que praticara a defesa, estaria manifestamente viciada, fato que o levou a errar sobre algum dos elementos exigidos pela legítima defesa, incidindo no excesso sob erro de tipo escusável ou inescusável.

Da mesma forma, concorda-se coma incidência do o erro de proibição como possível instituto a influenciar a figura do excesso na legítima defesa, pelo fato de o indivíduo ter ultrapassado determinações legais pretendidas pela justificante, achando estar por ela amparado, quando na verdade, não estava. Com efeito, o legislador, atendendo a este tipo de

erro, previu que caso escusável, afetaria diretamente a culpabilidade, excluindo-se consequentemente o crime; se de forma inescusável, que a pena fosse diminuída de um sexto a um terço.

Por fim, cumpre salientar que foi destrinchada toda a temática proposta, devendo-se atentar para a complexidade de aplicação que o assunto traz no cotidiano, mormente em seu aspecto subjetivo. Esse fato foi um dos que mais estimularam o desenvolvimento do trabalho, que por sua vez proporcionou uma viagem bastante prazerosa por temas basilares da Ciência Penal.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 06 maio 2015.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 06 maio 2015.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARVALHO, Américo A. Taipa de. **A legítima defesa**. Coimbra: Coimbra, 1995.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005.
- DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- MIRABETE, Julio; FABRINI, Renato. **Manual de direito penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ROSA, Fabio Bitencourt da. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. **Legítima defesa: uma análise tomando como ponto de partida a sua fundamentação individual e social com vista a sua redefinição dogmática**. Dissertação [Mestrado]. Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2008. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufpe.br/jspui/bitstream/123456789/4721/1/arquivo6232\\_1.pdf](http://www.repositorio.ufpe.br/jspui/bitstream/123456789/4721/1/arquivo6232_1.pdf)>. Acesso em: 09 maio 2015.
- \_\_\_\_\_. **A ação de legítima defesa no direito penal**. ed. 4. São Paulo: CIHJR, 2011.
- TEIXEIRA, Antonio Leopoldo. **Da legítima defesa**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2004.
- WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.