

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

CRISSIE ROSA MAGALHÃES

ANÁLISE DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA:
Aplicabilidade do excesso exculpante

Uberlândia-MG
2021

CRISSIE ROSA MAGALHÃES

ANÁLISE DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA:

Aplicabilidade do excesso exculpante

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como parte das exigências para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho

Área de concentração: Direito Penal

CRISSIE ROSA MAGALHÃES

ANÁLISE DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA:
Aplicabilidade do excesso exculpante

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como parte das exigências para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho

Área de concentração: Direito Penal

Uberlândia, __ de outubro de 2021.

Banca Examinadora:

Dr. Edihermes Marques Coelho - Doutorado (FADIR)

Dra. Simone Silva Prudêncio – Doutorado (FADIR)

Dr. Karlos Alves Barbosa – Mestrado (FADIR)

*“A legítima defesa representa uma verdade imanente à consciência jurídica universal, que
paira acima dos códigos, como conquista da civilização”*
(BITENCOURT, [2012], p. 909).

RESUMO

O Estado, através de seus representantes, não consegue garantir sempre a segurança de todos os cidadãos, permitindo a estes agir em sua própria defesa em determinadas situações. Porém, a legítima defesa pode ser tornar ilícita devido ao excesso cometido pelo agente, que pode ser caracterizado como exculpante, caso o agente seja influenciado por aspectos emocionais e utilize além do necessário para interromper a agressão. O presente trabalho apresenta uma análise ampla do instituto da legítima defesa, discutindo a extensão do excesso exculpante. Para isso, foram observados conceitos psíquicos, demonstrando a aplicabilidade desse instituto, em especial a respeito da influência do aspecto emocional. Foram apresentadas também decisões jurisprudenciais no intuito de averiguar a aplicabilidade do excesso exculpante. Verificou-se que, o fator emocional influencia a conduta humana de forma considerável, principalmente em situações de perigo, podendo causar um desequilíbrio funcional na estrutura básica da mente, uma vez que grande parte dos elementos que determinam o comportamento do indivíduo se origina no inconsciente. O que traz à tona a necessidade de discutir a tipificação do excesso exculpante no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a conferir maior segurança jurídica para o magistrado e para aquele que foi agredido injustamente.

Palavras-chave: Legítima Defesa. Excesso. Excesso exculpante. Fator Emocional.

ABSTRACT

The State, through its representatives, cannot always guarantee the security of all citizens, allowing them to act in their own defense in certain situations. However, self-defense can be made illegal due to the excess committed by the agent, which can be characterized as exculpatory, if the agent is influenced by emotional aspects and uses it beyond what is necessary to stop the aggression. This paper presents a broad analysis of the legitimate defense institute, discussing the extent of exculpatory excess. For this, psychic concepts were observed, demonstrating the applicability of this institute, especially regarding the influence of the emotional aspect. Jurisprudence decisions were also presented in order to investigate the applicability of the exculpatory excess. It was found that the emotional factor influences human conduct considerably, especially in dangerous situations, which can cause a functional imbalance in the basic structure of the mind, since a large part of the elements that determine the individual's behavior originates in the unconscious. Which brings up the need to discuss the typification of exculpatory excess in the Brazilian legal system, in order to provide greater legal certainty for the magistrate and for those who were unjustly assaulted.

Keywords: Self-defense. Excess. Excess Exculpate. Emotional Aspect.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 ILICITUDE	14
2.1 A ILICITUDE NO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME.....	14
2.2 EXCLUDENTES DE ILICITUDE	16
2.2.1 Legítima defesa.....	17
2.2.2 Estado de necessidade	17
2.2.3 Exercício regular de direito	18
2.2.4 Estrito cumprimento de dever legal.....	18
2.3 EXCESSO NAS EXCLUDENTES.....	20
3 LEGÍTIMA DEFESA.....	22
3.1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE LEGÍTIMA DEFESA	22
3.1.1 – Aspectos fáticos e anímicos - Requisitos objetivos e subjetivos.....	22
3.2 REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA.....	23
3.2.1 Agressão	24
3.2.2 Atualidade ou iminência.....	24
3.2.3 Injustiça da agressão.....	24
3.2.4 O direito defendido.....	25
3.2.5 Elemento subjetivo: <i>animus defendendi</i>	25
3.2.6 Meios necessários.....	25
3.2.7 Moderação no uso dos meios necessários	25
3.3 ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA	26
3.3.1 Legítima defesa recíproca.....	26
3.3.2 Legítima defesa sucessiva	26
3.3.3 Legítima defesa real	27
3.3.4 Legítima defesa putativa.....	27
3.3.5 Legítima defesa da honra.....	27
3.3.6 Legítima defesa com “ <i>aberratio ictus</i> ”	28
3.4 OUTRAS ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA	29
3.4.1 Legítima defesa contra pessoa jurídica.....	29
3.4.2 Legítima defesa contra agressão de inimputáveis	29
3.4.3 Legítima defesa contra multidão	29
3.4.4 Legítima defesa da comunidade	30
3.4.5 Legítima defesa contra provocação	30
3.4.6 Legítima defesa de animais	30

4. EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA	32
4.1 MODERAÇÃO E NECESSIDADE DOS MEIOS	32
4.2 EXCESSO VOLUNTÁRIO E INVOLUNTÁRIO (DOLOSO E CULPOSO).....	33
4.3 OUTRAS MODALIDADES DO EXCESSO	34
4.3.1 Excesso intensivo e extensivo	34
4.3.2 Excesso na causa	35
4.3.3 Excesso acidental.....	35
4.3.4 EXCESSO EXCULPANTE	36
4.3.4.1 Aplicação do excesso exculpante nos ordenamentos	37
4.3.4.2 Aplicação do excesso exculpante no direito penal brasileiro	39
4.3.4.3 A inexigibilidade de conduta diversa no excesso exculpante.....	40
4.3.4.4 Análise jurisprudencial	40
4.3.4.5 Análise do caso Ana Hickmann.....	41
5. A INFLUÊNCIA DO FATOR EMOCIONAL NA CONFIGURAÇÃO DO EXCESSO EXCULPANTE	44
5.1 CONCEITO DE EMOÇÃO	44
5.2 REAÇÕES EMOCIONAIS FRENTE AO ESTADO DE PERIGO	45
5.3 TEORIA PSICANALÍTICA DE FREUD: ID, EGO E SUPEREGO	46
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	51
ANEXOS	55
ANEXO A - Esquema representando o Id, o Ego e o Superego como partes de um iceberg ..	55
ANEXO B – Quadro comparativo do Id, Ego e Superego	56

1 INTRODUÇÃO

O tema da legítima defesa é frequentemente discutido por juristas e doutrinadores, uma vez que o Estado não consegue garantir a segurança de toda a população a todo o momento, permitindo aos cidadãos a possibilidade de agir em sua própria defesa em situações específicas.

Para tratar da legítima defesa, que não se compara com a vingança privada, é necessário que o agente se encontre em uma situação de impossibilidade de amparo por parte do Estado, e que estejam presentes os requisitos legais. Dessa forma, será permitido ao cidadão agir em sua defesa ou na defesa de terceiros.

A legítima defesa é um dos institutos mais bem elaborados do Direito Penal e constitui uma forma de realização da justiça no âmbito criminal. Possui tanto a necessidade de defender bens jurídicos ante uma agressão injusta, quanto à responsabilidade de defender o ordenamento jurídico, que se encontra afetado em consequência dessa agressão.

O Código Penal (BRASIL, 1940) conceitua a legítima defesa no art. 25, *caput*, elencando suas características no tipo permissivo: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Desse modo, o estudo da legítima defesa é pertinente, pois tem como destinatárias as pessoas que estão com um bem jurídico próprio ou alheio em risco atual ou iminente e necessitam tomar alguma medida imediata para resguardar a segurança deste bem.

A legítima defesa protege qualquer bem juridicamente tutelado pela lei, como a vida, a integridade física, o patrimônio, a dignidade sexual, a liberdade, a honra etc. Em razão disso, o seu estudo e análise é fundamental, uma vez que qualquer indivíduo está sujeito a um ataque contra a sua integridade física.

Todavia, a defesa que inicialmente possui amparo legal, pode se tornar ilícita em razão do excesso cometido pelo agente. O excesso pode ser caracterizado como exculpante, no qual o agente se encontra em situação de perturbação, medo ou susto e utiliza além do necessário para interromper a agressão.

No caso do excesso exculpante, o indivíduo pode ser influenciado por fatores psicológicos e vir a cometer excessos de forma impensada. De acordo com Freud, a mente, ao se encontrar em uma situação de perigo, reage inconscientemente, o que pode acarretar

comportamentos involuntários. A situação de vulnerabilidade em caso de injusta agressão e iminente perigo pode fazer com que a reação do indivíduo seja instintiva.

Embora o medo não seja considerado como excludente de culpabilidade no direito brasileiro, é fato que ele pode influenciar reações inesperadas, sendo que esse estado deve ser considerado na análise da legítima defesa, principalmente quando se trata do excesso exculpante.

Considerando que a emoção modifica a capacidade de avaliação da pessoa em situação de medo, mostra-se necessário incluir esse fato como efeito exculpante na culpabilidade ao se tratar do excesso na legítima defesa.

Isto posto, o intuito do presente trabalho é demonstrar a importância do amparo legal para o sujeito que age em legítima defesa, e da análise do caso concreto, por meio de provas produzidas que auxiliam na decisão do magistrado ou dos jurados, principalmente nos casos que envolvem fatores emocionais.

Nesse sentido, o tema tem relevância prático-teórica, visto que qualquer pessoa pode ser vítima de uma agressão injusta, sobretudo no Brasil, que apresenta um dos maiores índices de violência da América do Sul, segundo a ONU (Site da UNODC, 2019). Além disso, o tema traz à tona a importância do estudo da psicanálise para melhor compreensão do Direito, fazendo com que este seja mais voltado às necessidades humanas.

Dessa forma, a monografia terá como foco analisar a atitude emocional do agente no instante em que ele não possui um raciocínio claro sobre a situação de injusta agressão em que se encontra, com o intuito de responder a seguinte questão: como o Direito deve reconhecer a influência do fator psicoemocional ao tratar do excesso exculpante na legítima defesa?

Para responder tal pergunta, serão analisados os conceitos e elementos da antijuridicidade com relação ao conceito analítico de crime e a proteção de bens jurídicos, de modo a discutir a extensão do excesso exculpante. Além disso, buscar-se-á analisar conceitos psíquicos que possam justificar a conduta do agente no caso do excesso exculpante.

O objetivo geral desse trabalho é apresentar o instituto da legítima defesa de forma ampla, analisando conceitos, espécies e requisitos para a sua configuração, com o objetivo específico de analisar a extensão do excesso exculpante, demonstrando a possibilidade de um maior amparo jurídico para o ofendido que se torna agressor diante da situação de injusta agressão e do abalo emocional.

Para o desenvolvimento do trabalho será utilizado o método de pesquisa dedutivo, por meio do estudo de doutrinas, documentos legais e casos práticos. Além disso, serão utilizadas obras de psicanálise e, circunstancialmente, psicologia e psiquiatria que possibilitem a análise do tema. Serão consultados também artigos publicados na internet.

Os dados serão coletados de forma qualitativa, por meio da pesquisa exploratória, de modo a demonstrar a interdisciplinaridade do assunto, e direcionar a tomada de decisão sobre a questão da influência do fator emocional no excesso exculpante.

2 ILICITUDE

A ilicitude, de acordo com Nucci (2020, p. 329), é a contrariedade entre a conduta do agente com o Direito, podendo causar efetiva lesão a um bem jurídico protegido. Dessa maneira, a ilicitude possui aspecto formal, relacionado ao antagonismo da conduta com o Direito, e aspecto material, no que diz respeito à capacidade de lesionar um bem jurídico tutelado.

Sobre esse tema, Nucci (2020, p. 330) cita como exemplos a falsificação da assinatura de uma personalidade famosa por puro passatempo ou a criação de um título de crédito com finalidade didática. Sendo que, esses casos não configuram a ilicitude, uma vez que não colocam em risco o bem jurídico protegido. Entretanto, não é possível aplicar a teoria da atipicidade material, pois se tratam de condutas que não são aceitas socialmente. Contudo, as situações exemplificadas são consideradas lícitas, pois não afetam o bem jurídico.

A expressão ilicitude é comumente utilizada pela maioria dos doutrinadores, porém o termo antijuridicidade é também empregado. No direito brasileiro, os termos são sinônimos. Todavia, na doutrina estrangeira a ilicitude possui significado diverso, representando o fato típico e antijurídico. (ESTEFAM, 2018, p. 304).

2.1 A ILICITUDE NO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

O conceito analítico de crime é um mecanismo utilizado para constituir a definição de crime. Dessa forma, ele busca elencar diversos elementos de modo a identificar o que de fato é uma infração penal.

Esse conceito é influenciado por algumas teorias que vão determinar com exatidão os critérios a serem cumpridos para que a conduta seja considerada criminosa. As teorias utilizadas para estabelecer o conceito analítico de crime são: teoria bipartite, teoria tripartite e teoria quadripartite.

A teoria bipartite, que possui importantes adeptos como Damásio de Jesus, afirma que o crime é composto por duas fases, sendo elas a fase da tipicidade e a fase da ilicitude.

A tipicidade é a relação de integração entre um fato concreto e um tipo penal previsto em lei e a lesão ou perigo de lesão a um bem protegido pela norma penal, como a vida, o patrimônio, o meio ambiente, a liberdade sexual, entre outros. (ESTEFAM, 2018, p. 245).

Sendo assim, conforme a teoria bipartite, para ser considerado crime, o fato deve ser típico e ilícito. Para essa teoria, a culpabilidade não é um requisito para o conceito de crime, mas a pena sim.

A teoria tripartite é aceita por doutrinadores como Cezar Roberto Bitencourt e Nelson Hungria. Segundo essa teoria, são necessários três elementos para configurar o conceito de crime, sendo eles: a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. A teoria tripartite é majoritária sendo amplamente adotada pelos tribunais e juristas do país.

A teoria quadripartite, por seu turno, tem poucos adeptos. Essa corrente estabelece que os quatro elementos que constituem o conceito analítico de crime são: a tipicidade, a ilicitude, a culpabilidade e a punibilidade. Para essa teoria, o crime deve ser passível de punição. Sendo assim, a teoria quadripartite leva em conta fatores como a decadência ou se o agente alvo da acusação ainda está vivo. Concordam com essa teoria autores como Francisco Muñoz Conde e Winfried Hassemer.

Isto posto, para que seja configurada a infração penal, é necessário que o agente tenha cometido um fato típico, antijurídico e culpável, sendo esses os elementos que compõem o conceito analítico de crime, de acordo com a posição majoritária.

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior. (GRECO, 2017, p. 421).

Nesse sentido, a denominada teoria da *ratio cognoscendi* (teoria da indiciariedade) estabelece que a configuração do fato típico gera uma presunção relativa de que o fato também seja ilícito. Sobre esse tema, Greco (2017, p. 421) afirma que, a conduta típica será considerada lícita apenas quando o agente atuar amparado por uma causa de exclusão da ilicitude. A teoria da *ratio cognoscendi* é predominante entre os doutrinadores.

Para melhor compreensão dessa teoria, podemos mencionar a seguinte situação hipotética: se João mata Pedro, considerando o conceito analítico de crime e a teoria da *ratio cognoscendi*, o fato praticado por João é típico e pressupõe a ilicitude. Porém, se for comprovado que João atuou em legítima defesa, ou seja, amparado por uma causa de exclusão da ilicitude, o fato será considerado típico, mas não será ilícito.

A teoria da *ratio essendi* (razão de ser), por seu turno, prevê o tipo total de injusto, em que existe uma fusão entre o fato típico e a ilicitude, sendo que se não houver ilicitude, não haverá fato típico. No exemplo mencionado, quando João mata Pedro, o fato típico existe, porém só permanecerá assim se também for ilícito. Se comprovada a legítima defesa, de acordo com essa teoria, exclui-se a ilicitude e a tipicidade do fato.

2.2 EXCLUDENTES DE ILICITUDE

De acordo com a teoria da *ratio cognoscendi*, quando a conduta praticada pelo agente for típica, em regra a conduta também será antijurídica. Porém, existem ações típicas que em razão das circunstâncias excepcionais em que o agente se encontra, faz com que elas não sejam antijurídicas:

Pela posição particular em que se encontra o agente ao praticá-las, se apresentam em face do Direito como lícitas. Essas condições especiais em que o agente atua impedem que elas venham a ser antijurídicas. São situações de excepcional licitude que constituem as chamadas causas de exclusão da antijuridicidade, justificativas ou discriminantes. (GRECO, 2017, p. 422).

As excludentes de ilicitude estão previstas no art. 23 do Código Penal (BRASIL, 1940) e excluem a culpabilidade de condutas ilegais em algumas situações. O texto do mencionado artigo elenca quatro causas de justificação, sendo elas: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Sendo que, o fato típico praticado nessas condições não será considerado como crime.

O legislador optou por conceituar apenas o estado de necessidade e a legítima defesa, sendo as demais excludentes definidas pela doutrina. Os conceitos de estrito cumprimento de dever legal e de exercício regular de direito não foram especificados pelo legislador.

A doutrina também reconhece as causas supralegais de exclusão da ilicitude, que não são previstas pela lei, porém podem afastar a ilicitude da conduta praticada pelo agente. Essas causas são aplicadas por meio da analogia *in bonam partem*, complementando determinadas situações não previstas no texto legal. Como exemplo cite-se o caso de violação de domicílio, previsto no art. 150 do Código Penal (BRASIL, 1940), em que a discordância da vítima é fundamental para tipificar o crime, sendo que a sua permissão excluirá a tipicidade da conduta.

2.2.1 Legítima defesa

Como já mencionado, a legítima defesa é um dos institutos jurídicos mais conhecidos e bem elaborados do ordenamento jurídico. Está prevista no art. 25 do Código Penal (BRASIL, 1940) e baseia-se no fato de que o Estado, enquanto responsável pela segurança pública, não consegue estar sempre presente para garantir a proteção dos cidadãos e, por isso, permite em situações específicas que estes possam agir em legítima defesa.

O artigo supracitado estabelece que em situações em que há agressão atual ou iminente o cidadão pode utilizar os meios necessários para se defender ou defender outra pessoa. Além disso, o cidadão deve utilizar dos meios necessários de forma moderada, dentro dos limites legais, pois, caso contrário, estará cometendo o excesso. Essa excludente, foco desse trabalho, será mais bem analisada posteriormente.

2.2.2 Estado de necessidade

O art. 24 do Código Penal (BRASIL, 1940) estabelece que: “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”.

O estado de necessidade pressupõe uma situação de perigo atual, em que dois ou mais interesses legítimos encontram-se em conflito, sendo que, em razão das circunstâncias, pelo menos um deles terá que perecer em favor dos demais.

Para melhor compreensão dessa excludente, podemos mencionar o exemplo da “tábua de salvação”, em que após um naufrágio, duas pessoas se veem obrigadas a dividir uma mesma tábua, que somente suporta o peso de uma delas. Nessa situação, é permitido a um deles matar o outro, caso seja imprescindível para salvar sua própria vida. (ESTEFAM, 2018, p. 308).

De acordo com Estefam (2018, p. 309), o estado de necessidade possui requisitos relacionados à situação de necessidade e à reação do agente. Os requisitos vinculados à situação de necessidade são: a existência de um perigo atual, o perigo que ameace direito próprio ou alheio, o conhecimento da situação justificante e a não provocação voluntária da situação de perigo. Em relação à reação do agente, temos: a inexigibilidade do sacrifício do

bem ameaçado (proporcionalidade dos bens em confronto), a inevitabilidade do perigo e a inexistência do dever legal de enfrentar o perigo.

A legítima defesa se difere do estado de necessidade nos principais aspectos: a legítima defesa pressupõe agressão, enquanto o estado de necessidade presume uma situação de perigo; ocorre a legítima defesa mesmo se a agressão for evitável, mas só ocorre o estado de necessidade se o perigo for inevitável; na legítima defesa a agressão decorre da conduta humana, e no estado de necessidade o perigo pode ser proveniente de um comportamento humano, animal ou evento da natureza. (ESTEFAM, 2018, p. 319).

2.2.3 Exercício regular de direito

O exercício regular de direito se refere a toda ação ou prática de uma conduta permitida pelo ordenamento jurídico, que torna lícito um fato típico. Embora previsto pelo ordenamento jurídico, não há crime, pois a conduta não é ilícita.

O que é considerado lícito em outros ramos do direito deverá ser também no direito penal. À vista disso, Nucci (2020, p. 370) menciona a seguinte situação: a Constituição Federal considera o domicílio asilo inviolável do indivíduo, sendo proibido o ingresso nele sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, bem como para prestar socorro, conforme dispõe o art. 5.º, XI, da CF/88. Logo, se um fugitivo da justiça esconde-se na casa de um amigo, a polícia somente pode adentrar nesse local durante o dia, constituindo exercício regular de direito negar a entrada dos policiais durante a noite, mesmo que possuam um mandado.

2.2.4 Estrito cumprimento de dever legal

Refere-se à ação praticada em cumprimento de um dever regulado por lei, penal ou extrapenal, ainda que provoque lesão à bem jurídico de terceiro. Esse dever legal deve ser proveniente de lei no sentido amplo, ou seja, poderá decorrer de leis ordinárias, regulamentos, decretos, etc.

Cite-se, como exemplo, o art. 292 do Código de Processo Penal: “se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência...”.

São casos típicos de estrito cumprimento de dever legal:

- a) a execução de pena de morte feita pelo carrasco, quando o sistema jurídico admitir (no caso do Brasil, dá-se em época de guerra, diante de pelotão de fuzilamento);
- b) a morte do inimigo no campo de batalha produzida pelo soldado em tempo de guerra;
- c) a prisão em flagrante delito executada pelos agentes policiais;
- d) a prisão militar de insubmisso ou desertor;
- e) a violação de domicílio pela polícia ou servidor do Judiciário para cumprir mandado judicial de busca e apreensão ou mesmo quando for necessário para prestar socorro a alguém ou impedir a prática de crime;
- f) a realização de busca pessoal, nas hipóteses autorizadas pelo Código de Processo Penal;
- g) o arrombamento e a entrada forçada em residência para efetuar a prisão de alguém, durante o dia, com mandado judicial;
- h) a apreensão de coisas e pessoas, na forma da lei processual penal;
- i) o ingresso em casa alheia por agentes sanitários para finalidades de saúde pública;
- j) a apreensão de documento em poder do defensor do réu, quando formar a materialidade de um crime, de acordo com a lei processual penal;
- k) o ingresso em casa alheia por agentes municipais para efeito de lançamento de imposto;
- l) a comunicação da ocorrência de crime por funcionário público à autoridade, quando dele tenha ciência no exercício das suas funções;
- m) a denúncia à autoridade feita por médicos, no exercício profissional, da ocorrência de um crime;
- n) a denúncia feita por médicos à autoridade sanitária, por ocasião do exercício profissional, tomando conhecimento de doença de notificação obrigatória;
- o) a violência necessária utilizada pela polícia ou outro agente público para prender alguém em flagrante ou em virtude de mandado judicial, quando houver resistência ou fuga. (NUCCI, 2020, p. 369).

Algumas situações podem ser consideradas típicas, como no exemplo do médico que tem a obrigação de comunicar doença de notificação obrigatória à autoridade sanitária, pois caso contrário, irá configurar o crime previsto no art. 269 do Código Penal (BRASIL, 1940). Portanto, se o médico comunicar, será considerado fato atípico, e não será aplicada a excludente de ilicitude do estrito cumprimento de dever legal.

Dessa forma, quando o não cumprimento do dever configurar fato típico, o seu exercício significará o contrário, ou seja, será um fato atípico. Porém, quando o cumprimento do dever caracterizar fato típico - como, por exemplo, lesão corporal durante a execução de uma prisão - será utilizado o estrito cumprimento do dever legal.

2.3 EXCESSO NAS EXCLUDENTES

Há excesso nas excludentes de ilicitude, quando ocorre a desnecessária intensificação de uma conduta que, a princípio, era legítima. Dessa forma, o agente que agia inicialmente amparado por uma causa de justificação, estará ultrapassando os limites autorizados pela lei.

Pode-se afirmar que, no Direito Penal, o excesso é um instituto sem vida autônoma, pois é ele funcionalmente vinculado à configuração de uma situação na qual se identifique uma causa de justificação. Assim, surge o excesso quando o agente, ao versar numa causa de exclusão da ilicitude, viola os requisitos exigidos em lei, ultrapassando as fronteiras do permitido. (GRECO, 2017, p. 463).

O parágrafo único do art. 23 do Código Penal (BRASIL, 1940) estabelece que: “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”. Desse modo, a legislação define somente dois tipos de excesso (doloso ou culposo), enquanto a doutrina traz outras classificações.

O excesso doloso, ou consciente, é o excesso voluntário, que ocorre de forma proposital. Ocorre quando o agente tem total consciência de que há um exagero desnecessário na conduta que inicialmente era legítima. Nessa hipótese, o agente responderá pelo fato praticado a título de dolo, conforme dispõe o parágrafo único do art. 23 do Código Penal.

Sobre a modalidade do excesso doloso, Estefam (2018, p. 306) cita como exemplo o caso da vítima de assalto, que após ter dominado o ladrão, efetua disparos de arma de fogo contra ele, por motivo de raiva, ocasionando a sua morte. Essa vítima, que agia a princípio em legítima defesa, torna-se autora de um homicídio doloso.

O excesso culposo, ou inconsciente, é o excesso involuntário, que provém do erro de tipo, ou seja, dá má identificação da realidade. Nesse caso, o sujeito excede os limites da excludente sem ter consciência da desnecessidade ou imoderação da sua conduta.

Segundo Estefam (2018, p. 306), para determinar a responsabilidade penal no excesso culposo, é necessário avaliar se o erro cometido pelo agente foi evitável ou não. O erro evitável (ou vencível) é aquele em que uma pessoa de razoável discernimento não teria praticado em situação similar a que o agente se encontrava. Por exemplo, em um roubo, o ofendido reage à abordagem do ladrão e, mesmo após desarmá-lo e dominá-lo por completo, mas sem perceber, o agride fisicamente, acreditando de forma equívoca que o ladrão ainda

não havia sido totalmente dominado. Nessa situação, ele responderá pelo resultado produzido excessivamente a título de culpa.

De outro modo, será considerado inevitável (ou invencível) o erro em que qualquer pessoa mediana cometeria em situação semelhante. Cite-se como exemplo a hipótese de roubo em que a vítima, sem perceber que o ladrão portava arma de brinquedo, reage à abordagem efetuando disparos de arma de fogo, provocando a sua morte. Nesse caso, não restam configurados o dolo e a culpa, surgindo o chamado excesso exculpante, de modo que o sujeito apesar de ter praticado o excesso não cometerá nenhum crime.

3 LEGÍTIMA DEFESA

3.1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE LEGÍTIMA DEFESA

O Estado, enquanto responsável pela segurança pública, não consegue estar sempre presente para garantir a proteção dos cidadãos, e por isso permite em situações específicas que o indivíduo possa agir em legítima defesa. Sendo assim, para que o sujeito possa agir em sua defesa ou na defesa de terceiros, é necessário, além da presença de requisitos objetivos e subjetivos, que não seja possível o amparo por parte dos órgãos do Estado.

Segundo Bettiol (1977 apud BITENCOURT, 2012, p. 910), a legítima defesa é reconhecida por todas as legislações como a forma primitiva da reação contra o injusto e é comumente utilizada na justiça penal brasileira. O art. 25 do Código Penal (BRASIL, 1940) estabelece esse instituto a quem usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Para configurar a legítima defesa, é necessária a presença dos requisitos objetivos elencados nesse artigo, como também do elemento subjetivo, ou seja, o sujeito deve ter consciência que atua em legítima defesa.

A legítima defesa protege qualquer bem juridicamente tutelado pela lei, como a vida, a integridade física, o patrimônio, a dignidade sexual, a liberdade, a honra etc. Porém, conforme preleciona Greco (2017, p. 446), o bem estará sujeito à defesa somente se não for possível a proteção deste por parte do Estado.

3.1.1 – Aspectos fáticos e anímicos - Requisitos objetivos e subjetivos

Para que seja caracterizada a legítima defesa é imprescindível que, além da presença dos elementos objetivos presentes no art. 25 do Código Penal (BRASIL, 1940), o agente tenha conhecimento que age nessa condição, ou pelo menos acredita agir assim, sob pena de não ser reconhecida a excludente de ilicitude.

Durante certo período, prevaleceu no Direito Penal a teoria causalista da ação. De acordo com essa teoria, o elemento subjetivo era considerado na culpabilidade, e não no injusto penal (conduta típica e ilícita). Com a aplicação da teoria finalista, o elemento subjetivo passou a ser avaliado na conduta do agente, repercutindo sobre a antijuridicidade.

O objeto do juízo de antijuridicidade é, para esta teoria, a ação final típica, composta por elementos materiais e psíquicos (objetivos e subjetivos). Esta conduta, por isso, será adequada ao direito quando não só sua face objetiva (material) se identifique com a situação descrita pela causa de justificação, senão também sua finalidade. Ação típica justificada é aquela que desde o ponto de vista material realiza todos os pressupostos de uma causa de justificação e cuja finalidade se orienta a essa realização. Toda causa de justificação, portanto, implica um elemento subjetivo, a saber, a finalidade de atuar amparado por ela ou, mais amplamente, de conduzir-se conforme o direito. (GRECO, 2017, p. 458).

Sendo assim, para caracterizar a legítima defesa é necessária a presença do chamado *animus defendendi*, ou seja, o agente defensor deve ter consciência de que sua conduta tem o intuito de proteger o bem jurídico que se encontra sob ameaça.

Confira-se a jurisprudência do TJ-DF nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. LESÃO CORPORAL GRAVE. PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE. DEBILIDADE PERMANENTE. ANIMUS DEFENDENDI NÃO CARACTERIZADO. – VERIFICANDO-SE QUE A PROVA COLIGIDA DEMONSTRA, INQUESTIONAVELMENTE, A AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DE LESÃO CORPORAL GRAVE, MANTÉM-SE CONDENAÇÃO DO RÉU. – PARA O RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA, FAZ-SE NECESSÁRIA A PROVA DE QUE ESTAVA O APELANTE REALMENTE CONVENCIDO, PELAS CIRCUNSTÂNCIAS, DE QUE SE ENCONTRAVA EM VIAS DE SOFRER MAL INJUSTO, O QUE NÃO É O CASO DOS AUTOS. – IMPROVIDO O RECURSO. DECISÃO POR MAIORIA. (TJ-DF – APR: 20020110078755 DF, Relator: APARECIDA FERNANDES, Data de Julgamento: 09/11/2006, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: DJU 28/02/2007 Pág.: 127).

3.2 REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA

Conforme dispõe o art. 25 do Código Penal (BRASIL, 1940), são requisitos da legítima defesa: existência de uma agressão, atualidade ou iminência da agressão, injustiça dessa agressão, agressão contra direito próprio ou alheio, conhecimento da situação justificante (*animus defendendi*), uso dos meios necessários para repeli-la e uso moderado desses meios.

3.2.1 Agressão

Conforme preleciona Estefam (2018, p. 313): “agressão é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos tutelados”. A simples provocação não induz a legítima defesa.

A agressão deve ser humana, sendo que não cabe legítima defesa contra animal, a não ser que o animal seja provocado e sirva como instrumento de ataque a um ser humano.

Ademais, a agressão pode ser ativa ou omissiva. No caso de agressão omissiva, Estefam (2018, p. 313) menciona a seguinte situação hipotética: “se o carcereiro mantém o preso nesta situação por mais tempo que a lei permite, deixando de libertá-lo, contra essa omissão caberá legítima defesa para salvaguarda do direito de locomoção”.

3.2.2 Atualidade ou iminência

Atual é a agressão que está acontecendo, enquanto a agressão iminente é aquela que está para acontecer. Não cabe legítima defesa contra agressão futura, ou seja, quando há o temor de ser agredido, ou agressão sofrida no passado, estando esta relacionada ao conceito de vingança. A reação diante de agressão sofrida no passado configura crime, assim como a agressão futura.

3.2.3 Injustiça da agressão

A agressão será considerada injusta quando for ilícita. Portanto, a agressão deve ser analisada de forma objetiva, ou seja, não importa se o agressor tinha conhecimento de que o seu comportamento era injusto, se a conduta for ilícita, caberá legítima defesa contra ela.

Sobre essa temática, Greco (2017, p. 449) ainda dispõe que, não é necessário que a conduta seja criminosa para que seja considerada como injusta. Como exemplo, cita o chamado furto de uso, que ocorre quando alguém subtrai uma coisa alheia móvel para o uso momentâneo. Essa prática, embora não seja considerada criminosa, admite a legítima defesa, pois possui o status de agressão injusta.

3.2.4 O direito defendido

A legítima defesa protege qualquer bem juridicamente tutelado pela lei, desde que não seja possível recorrer ao Estado para garantir a segurança desse bem.

Conforme estabelece o texto penal, é permitida a defesa de direito próprio ou alheio.

3.2.5 Elemento subjetivo: *animus defendendi*

A expressão *animus defendendi* se refere à consciência que o agente deve ter a respeito das condições do fato justificante. Sendo assim, o agente defensor deve ter plena noção de que atua na condição de legítima defesa, pois caso contrário não poderá ser beneficiado por essa excludente.

Sobre esse tema, afirma Bitencourt (2012, p. 921): “Embora não se exija a consciência da ilicitude para afirmar a antijuridicidade de uma conduta, é necessário, para afastá-la, que se tenha, pelo menos, conhecimento da ação agressiva, além do propósito de defender-se”.

3.2.6 Meios necessários

Ao agir em legítima defesa, o agente deve considerar o meio menos lesivo que se encontra à sua disposição, mas que seja eficaz e suficiente para repelir a agressão. Se houver mais de um meio ao seu alcance, ele deve escolher aquele de menor potencial agressivo.

A respeito desse tema, Estefam faz uma interessante análise sobre a ponderação dos meios necessários:

Evidentemente essa ponderação, fácil de ser feita com espírito calmo e refletido, pode ficar comprometida no caso concreto, quando o ânimo daquele que se defende encontra-se totalmente envolvido com a situação. Por isso se diz, de forma uníssona, que a necessidade dos meios (bem como a moderação) não pode ser aferida segundo um critério milimétrico, mas sim tendo em vista o calor dos acontecimentos. (ESTEFAM, 2018, p. 317).

3.2.7 Moderação no uso dos meios necessários

Além de utilizar o meio necessário para se defender, é preciso que o agente o faça de forma moderada, pois caso contrário estará cometendo o excesso. Essa moderação se refere à

proporcionalidade da reação, que deve ser necessária e hábil para repelir a agressão. A análise da moderação no uso dos meios necessários deverá considerar o caso concreto.

Embora seja fundamental a moderação no uso dos meios necessários ao repelir uma agressão, Júlio Mirabete (1997 apud GRECO, 2017, p. 454), faz a seguinte consideração: “a legítima defesa, porém, é uma reação humana e não se pode medi-la com um transferidor, milimetricamente, quanto à proporcionalidade de defesa ao ataque sofrido pelo sujeito”. À vista disso, percebe-se que tanto a necessidade dos meios quanto à moderação, devem ser apreciadas de acordo com a análise do caso concreto.

3.3 ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA

Podemos considerar as seguintes espécies de legítima defesa: recíproca, sucessiva, real, putativa, da honra e com “*aberratio ictus*”.

3.3.1 Legítima defesa recíproca

A legítima defesa recíproca ocorre quando existe agressão entre ambas às partes, sendo muito difícil estabelecer quem começou a agressão. Essa modalidade não é aceita pelo ordenamento jurídico, pois as duas agressões são injustas e vão contra o ordenamento.

Essa hipótese somente poderá ser considerada se um dos agentes agredir o outro de forma injusta, levando aquele que foi agredido a se defender de forma legítima. (GRECO, 2017, p. 460).

3.3.2 Legítima defesa sucessiva

A hipótese da legítima defesa sucessiva é aceita pelo ordenamento jurídico, pois se trata da reação contra o excesso na legítima defesa. Cite-se como exemplo dessa situação:

Assim, se um ladrão é surpreendido furtando, cabe, por parte do proprietário, segurá-lo à força até que a polícia chegue (constrangimento admitido pela legítima defesa), embora não possa propositadamente lesar sua integridade física. Caso isso ocorra, autoriza o ladrão a se defender - é a legítima defesa contra o excesso praticado. (NUCCI, 2020, p. 363-364).

3.3.3 Legítima defesa real

A legítima defesa real ou autêntica ocorre quando a situação de agressão injusta está de fato acontecendo no mundo real. Neste caso, a vítima pode se defender da agressão injusta, com devido respaldo legal.

3.3.4 Legítima defesa putativa

A legítima defesa putativa, por sua vez, trata-se de uma hipótese de erro, na qual a agressão só existe na imaginação do agente.

Greco (2017, p. 447) conceitua a legítima defesa putativa como uma situação na qual o agente acredita, equivocadamente, que está sofrendo ou irá sofrer uma injusta agressão.

A legítima defesa imaginária é uma modalidade das chamadas discriminantes putativas, e está prevista no §1º do art. 20 do Código Penal (BRASIL, 1940):

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.
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.

O erro que incide sobre uma causa de justificação será tratado como um erro de tipo permissivo. Embora seja difícil identificar se houve erro de tipo na conduta do agente, alguns meios probatórios são aceitos pelo ordenamento jurídico, como o princípio da verdade real ou material, que garante ao juiz a livre análise das provas.

3.3.5 Legítima defesa da honra

Como mencionado anteriormente, qualquer bem jurídico é passível de defesa pelo ofendido. Dessa forma, a honra também está amparada pela legítima defesa.

A honra é direito fundamental inviolável, conforme dispõe expressamente o art. 5º, X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

De acordo com Cleber Masson (2011, p. 445), a honra deve ser analisada dentro de um contexto específico, pois pode ser dividida em três aspectos, sendo eles: respeito pessoal, liberdade sexual e infidelidade conjugal.

O respeito pessoal se refere à dignidade e a moralidade, e é afrontado pelos crimes contra a honra, como a calúnia, a difamação e a injúria. Para a proteção do respeito pessoal é permitido o uso da força física, necessária e moderada, no intuito de impedir que as ofensas se repitam.

É também permitida a legítima defesa no campo da liberdade sexual, como por exemplo, no caso da legítima defesa ocasionada pelo estupro.

No caso da infidelidade conjugal, no passado admitia-se a exclusão da culpabilidade para os crimes passionais provocados pelo adultério. Atualmente o entendimento é de que a traição mostra que o traidor não possui condição de permanecer no convívio familiar.

3.3.6 Legítima defesa com “*aberratio ictus*”

Aberratio ictus ocorre quando o sujeito, por erro ou falha na execução, atinge pessoa diversa da que pretendia atingir. Na legítima defesa, o sujeito ao se defender da injusta agressão, atinge pessoa diversa da que o agrediu.

Sobre essa modalidade, Estefam cita a seguinte situação hipotética:

Exemplo: A, para salvar sua vida, saca de uma arma de fogo e atira em direção ao seu algoz, B; no entanto, erra o alvo e acerta C, que apenas passava pelo local. A agiu sob o abrigo da excludente e deverá ser absolvido criminalmente; na esfera cível, contudo, deverá responder pelos danos decorrentes de sua conduta contra C, tendo direito de regresso contra B, seu agressor. (ESTEFAM, 2018, p. 318).

Conforme dispõe o art. 73 do Código Penal (BRASIL, 1940):

Art. 73 – Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

Sobre essa modalidade, Greco (2017, p. 471) menciona a situação em que o agente, buscando se defender de agressão injusta, agindo com *animus defendendi*, acabe atingindo uma terceira pessoa, ou até mesmo o agressor e a terceira pessoa. Nesse caso, caberá também a hipótese da *aberratio ictus* (aberração no ataque), não sendo o agente responsabilizado criminalmente. Porém, no tocante ao terceiro inocente atingido, o agente será responsabilizado civilmente.

3.4 OUTRAS ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA

Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 362-368) elenca algumas questões polêmicas envolvendo as espécies de legítima defesa que merecem ser mencionadas.

3.4.1 Legítima defesa contra pessoa jurídica

É possível a legítima defesa contra pessoa jurídica, uma vez que a sua vontade é concretizada pelos seres humanos, podendo constituir uma injusta agressão. Sobre essa hipótese, Nucci cita o seguinte exemplo: “Se um funcionário vê, no mural da empresa em que trabalha, dependurado um aviso, contendo flagrantes impropérios contra sua pessoa, poderá destruir o vidro que o separa do referido aviso para eliminá-lo, em defesa de sua honra”.

3.4.2 Legítima defesa contra agressão de inimputáveis

É também possível a legítima defesa contra agressão de inimputáveis, como no caso de agressão de crianças, enfermos mentais, ébrios, etc, ou seja, de pessoas que não conseguem controlar os seus atos. A legítima defesa é cabível nesses casos, pois se tratam de atitudes ilícitas, porém a defesa não deve ser ofensiva. Nesses casos o agredido deve tentar contornar a situação, evitando ferir o agressor.

3.4.3 Legítima defesa contra multidão

É possível a legítima defesa contra multidão, desde que esteja presente o requisito da agressão injusta, provocada por seres humanos, individualizados ou não.

Não deixará de ser legítima a defesa exercitada contra a multidão, conquanto em seu todo orgânico reúna elementos nos quais se possa reconhecer culpa e inocência, isto é, pessoas ativas ao lado de outras inertes (...) não seria a culpa dos componentes do grupo que daria origem à legítima defesa, mas a ofensa injusta, considerada do ponto de vista do atacado. Na multidão há uma unidade de ação e fim, no meio da infinita variedade de seus movimentos com uma só alma. (NUCCI, 2020, p. 364).

3.4.4 Legítima defesa da comunidade

Não é permitida a legítima defesa da sociedade, uma vez que esta pode causar a ideia de justiceiro ou vigilante. Entretanto, é possível que o cidadão atue em legítima defesa de um bem que seja de interesse da sociedade, como por exemplo, o meio ambiente. Sobre essa possibilidade, Nucci aponta a seguinte situação:

Se alguém visualiza outrem a cortar árvores de preservação garantida, pode intervir, impedindo que continue até a chegada das autoridades. Por outro lado, não se autoriza a defesa do meio ambiente em situações de questionável concretude, v.g., a atitude de um ambientalista danificando um ônibus porque entende que dele emanam gases poluentes. (NUCCI, 2020, p. 367).

3.4.5 Legítima defesa contra provocação

Não cabe a legítima defesa contra provocação, pois esta não configura agressão, sendo esta o requisito legal para a legítima defesa. Contudo, se a provocação for insistente passa a configurar agressão, podendo ser invocada a legítima defesa, desde que de forma moderada.

3.4.6 Legítima defesa de animais

Os animais são protegidos pelo ordenamento jurídico por meio da lei ambiental, que tutela animais da fauna brasileira, em especial os ameaçados de extinção. Se o maltrato contra o animal for visível e específico, é cabível a legítima defesa. O titular do bem nessa situação é a sociedade, pois o animal não é sujeito de direitos e encontra-se protegido pela comunidade.

Em 29 de setembro de 2020 foi publicada a Lei nº 14.064/2020, que ficou conhecida como Lei Sansão. O nome da lei foi criado em razão dos maus tratos sofridos por um cão da

raça pitbull de nome Sansão, que foi brutalmente agredido, tendo suas patas traseiras decepadas.

A Lei Sansão alterou a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605), acrescentando um parágrafo ao artigo 32, que prevê em seu caput: "praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos", com a pena de detenção de três meses a um ano e multa.

O parágrafo acrescentado pela Lei Sansão, alterou a pena mínima e máxima do tipo fundamental, que passaram a ser de dois e cinco anos, com multa e proibição de guarda, in verbis: "§1º-A. Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda."

Dessa forma, é possível a legítima defesa de animais, em caso de evidente maltrato sofrido pelo animal, sendo este protegido pela sociedade.

4. EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

Ao tratar do excesso na legítima defesa, é preciso levar em conta que o agente ao se defender agiu a princípio de forma lícita, amparado pela causa de justificação, porém acabou excedendo os limites estabelecidos pelo ordenamento.

Pode-se afirmar que, no Direito Penal, o excesso é um instituto sem vida autônoma, pois é ele funcionalmente vinculado à configuração de uma situação na qual se identifique uma causa de justificação. Assim, surge o excesso quando o agente, ao versar numa causa de exclusão da ilicitude, viola os requisitos exigidos em lei, ultrapassando as fronteiras do permitido. (GRECO, 2017, p. 463).

O ordenamento jurídico garante a legítima defesa ao agredido. Entretanto, para que o agente seja amparado por essa excludente é preciso que estejam presentes os requisitos objetivos e subjetivos elencados no art. 25 do Código Penal (BRASIL, 1940). Se depois de cessada a agressão que estava sendo cometida contra o agente, este insiste com a repulsa, a partir deste instante o excesso estará configurado.

Segundo Greco (2017, p. 463), o excesso na legítima defesa ocorre quando, mesmo após cessar a agressão que estava sendo praticada contra o agente, este continua com a repulsa. A partir de então, o excesso estará sendo cometido. Nessa situação, o agente irá responder pelos resultados que sobrevieram em razão do excesso, pois toda conduta praticada em excesso é ilícita.

4.1 MODERAÇÃO E NECESSIDADE DOS MEIOS

Meios necessários são aqueles que se encontram à disposição do agente e são suficientes para repelir a agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem no instante em que é praticada. A legítima defesa confere proteção aos bens jurídicos, e deve ocorrer da forma menos lesiva possível.

Contudo, o calor do momento da agressão não permite que sejam mensurados os meios necessários de forma precisa. A escolha dos meios deve considerar as circunstâncias do caso concreto, não sendo possível exigir uma proporção exata entre os bens que se encontram em conflito. (MASSON, 2011, p. 402).

Se o meio for empregado de forma imoderada, o agente estará cometendo o excesso, doloso, culposo ou exculpante, dependendo do caso específico.

A moderação no uso dos meios necessários se refere ao uso desses meios na medida suficiente para repelir a agressão. Para aferir a moderação dos meios necessários o magistrado utiliza como padrão o perfil do homem médio, confrontando o comportamento do agredido com a conduta de uma pessoa que agiria com prudência em situação parecida.

Com relação à ponderação dos meios, o bem jurídico preservado deve ser de valor igual ou elevado ao sacrificado, pois caso contrário estará representado o excesso. Por exemplo: não pode invocar legítima defesa aquele que mata uma pessoa pelo simples fato de ter sido por ela ofendido verbalmente. (MASSON, 2011, p. 403).

4.2 EXCESSO VOLUNTÁRIO E INVOLUNTÁRIO (DOLOSO E CULPOSO)

O parágrafo único do artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940) diz que: “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”, ou seja, se houver o excesso na forma dolosa ou culposa o agente responderá pelo crime.

Há duas formas do excesso, sendo voluntário ou involuntário. O excesso é considerado como voluntário ou intencional quando o agente tem pleno conhecimento de que a agressão não existe mais, porém continua com a reação no intuito de ferir o bem do agressor; nessa hipótese será configurado o excesso doloso, no qual o agente responderá pelo excesso a título de dolo.

Greco conceitua o excesso doloso:

[...] quando o agente, mesmo depois de fazer cessar a agressão, continua o ataque porque quer causar mais lesões ou mesmo a morte do agressor inicial (excesso doloso em sentido estrito); ou “quando o agente, também, mesmo depois de fazer cessar a agressão que era praticada contra a sua pessoa, pelo fato de ter sido agredido inicialmente, em virtude de erro de proibição indireto (erro sobre os limites de uma causa de justificação) acredita que possa ir até o fim, matando o seu agressor, por exemplo. (GRECO, 2017, p. 464).

O excesso involuntário ou não intencional, por seu turno, ocorre quando o agente por erro na compreensão da situação fática acredita que a agressão ainda permanece e prossegue com a reação, sem ter consciência do excesso que está cometendo.

No caso do excesso involuntário, se o erro for evitável (ou seja, uma pessoa com certo discernimento não teria a mesma reação em uma situação semelhante), estará representado o excesso culposo, no qual o agente responderá pelo resultado a título de culpa. Entretanto, se o erro for inevitável (qualquer pessoa teria a mesma reação nessa situação), restará configurada a hipótese do excesso exculpante, que será melhor detalhado posteriormente, sendo que nesse caso o agente não responderá por dolo ou culpa. (ESTEFAM, 2018, p. 317).

Rogério Greco também ensina que:

Ocorre o excesso culposo nas seguintes situações:

- a) quando o agente, ao avaliar mal a situação que o envolvia, acredita que ainda está sendo ou poderá vir a ser agredido e, em virtude disso, dá continuidade à repulsa, hipótese na qual será aplicada a regra do art. 20, §1º, segunda parte, do Código Penal; ou
- b) quando o agente, em virtude da má avaliação dos fatos e da sua negligência no que diz respeito à aferição das circunstâncias que o cercavam, excede-se em virtude de um “erro de cálculo quanto à gravidade do perigo ou quanto ao modus da reação” (excesso culposo em sentido estrito). (GRECO, 2017, p. 465).

4.3 OUTRAS MODALIDADES DO EXCESSO

Além das modalidades principais do excesso (doloso e culposo), alguns doutrinários consideram outras espécies de excesso que estariam implicitamente previstas no ordenamento, sendo elas o excesso intensivo, extensivo, na causa, acidental e exculpante.

4.3.1 Excesso intensivo e extensivo

Alguns autores consideram as hipóteses do excesso intensivo e excesso extensivo. De acordo com Greco (2017, p. 467), o excesso intensivo ocorre quando o autor “por consternação, medo ou susto excede a medida requerida para a defesa”. O excesso extensivo, por sua vez, se dá quando o agente, a princípio, tentando interromper a agressão injusta que era praticada contra a sua pessoa, permanece com o ataque, mesmo quando esse já não era necessário.

4.3.2 Excesso na causa

Pode se afirmar que há excesso na causa quando existe “inferioridade do valor do bem ou interesse defendido, em confronto com o atingido pela repulsa.” (GRECO, 2017, p. 468).

O excesso na causa, também chamado de excesso “crasso”, ocorre em situações na qual o agente não se encontra em legítima defesa, sendo uma hipótese totalmente absurda e ilícita desde o início. Cite-se, como exemplo, o caso de um dono de mercearia que ao perceber que há duas crianças subtraindo balas de seu estabelecimento efetua disparo contra elas.

Nessa situação hipotética, o agente responderá pelo resultado, considerando a desproporção entre o bem protegido e o bem agredido.

4.3.3 Excesso accidental

O excesso accidental ocorre quando o agente ao se defender de agressão injusta comete o excesso de forma accidental. Nessa hipótese não há moderação, uma vez que a reação excedeu o necessário para impedir o ataque. Entretanto, o excesso cometido está relacionado ao caso fortuito.

Sobre essa modalidade, Nucci menciona o seguinte exemplo:

Exemplo: disparos de arma de fogo são dados contra o autor de uma agressão, que cai sobre um gramado, sobrevivendo. Os mesmos disparos podem ser desferidos e o agressor cair sobre o asfalto, batendo a cabeça na guia, situação que, associada aos tiros sofridos, resulta na sua morte. (NUCCI, 2020, p. 387-388).

No exemplo apresentado pelo doutrinador, é provável que o juiz entenda que houve excesso apenas na segunda situação, em razão do evento morte. Contudo, esse excesso seria accidental, em virtude da presença do caso fortuito, sendo um excesso penalmente irrelevante em que o agente não responderia por dolo ou culpa.

4.3.4 EXCESSO EXCULPANTE

É considerado excesso exculpante aquele provocado por perturbação, medo ou susto, que tem como objetivo excluir a culpabilidade do agente que se encontra em situação de pavor e utiliza além do necessário para interromper a agressão. Nesse caso, o fato é típico e antijurídico, mas não é culpável, uma vez que não é possível exigir, no caso concreto, conduta diversa da que foi adotada pelo agente. (GRECO, 2017, p. 469).

[...] não deriva nem de dolo, nem de culpa, mas de um erro plenamente justificado pelas circunstâncias (legítima defesa subjetiva). Apesar de consagrada pela doutrina, tal expressão não é adequada, uma vez que não se trata de exclusão da culpabilidade, mas do fato típico, devido à eliminação do dolo e da culpa. O excesso na reação defensiva decorre de uma atitude emocional do agredido, cujo estado interfere na sua reação defensiva, impedindo que tenha condições de balancear adequadamente a repulsa em função do ataque, não se podendo exigir que o seu comportamento seja conforme à norma. (CAPEZ, 2011, p.313).

O excesso exculpante diferencia-se do excesso culposo, pois como já mencionado, o excesso culposo pode decorrer da hipótese de erro inescusável (discriminante putativa) ou do excesso culposo em sentido estrito, em que ocorre a inobservância do dever de cuidado por parte do agente.

Contudo, no excesso exculpante o abalo emocional em que o agente se encontra, faz com que ele não consiga avaliar a situação com clareza e atue de forma excessiva para interromper a agressão. Essa alteração mental pode, em certos casos, excluir a culpabilidade da conduta.

O agente, ao se defender de um ataque inesperado e violento, apavora-se e dispara seu revólver mais vezes do que seria necessário para repelir o ataque, matando o agressor. Pode constituir-se uma hipótese de flagrante imprudência, embora justificada pela situação especial por que passava. Registre-se a lição de Welzel na mesma esteira, mencionando que os estados de cansaço e excitação, sem culpabilidade, dificultam a observância do cuidado objetivo por um agente inteligente, não se lhe reprovando a inobservância do dever de cuidado objetivo, em virtude de medo, consternação, susto, fadiga e outros estados semelhantes, ainda que atue imprudentemente. (NUCCI, 2020, p. 386).

O excesso exculpante foi previsto expressamente no Código Penal de 1969, no qual era denominado de excesso escusável. Entretanto, a partir do código de 84 o excesso escusável recebeu por parte da doutrina e da jurisprudência o tratamento de causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Nesse sentido, tem-se a decisão do TJ-MG no RT 622/334:

É bom deixar enfatizado que o *excessus defensionis* pode ser censurável ou não. Se é antijurídico, pode ser doloso (o agente responde pelo resultado na forma de crime doloso) ou culposo (o agente responde pelo resultado na forma de crime culposo). Todavia, pode não ser censurável, o que ocorre quando deriva de escusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo. (GRECO, 2017, p. 469).

4.3.4.1 Aplicação do excesso exculpante nos ordenamentos

Como se trata de causa supralegal de exclusão de culpabilidade, o excesso exculpante não é previsto no Código Penal, sendo tratado apenas na doutrina e na jurisprudência brasileira. Todavia, o excesso exculpante é reconhecido no ordenamento jurídico de alguns países como Alemanha, Espanha e Portugal.

O Código Penal alemão dispõe que: “Se o autor exceder os limites da legítima defesa devido à perturbação, medo ou susto, ele não será punido”. Ao tratar do rol de emoções que envolvem o excesso exculpante na legítima defesa, foram consideradas as emoções que se relacionam a fraqueza ou debilidade do indivíduo, como o medo ou o susto. (Revista Discente UNIFLU, 2020).

Na Espanha, o medo é considerado como causa de exclusão da culpabilidade, conforme dispõe Guilherme de Souza Nucci:

[...] no direito espanhol, o medo chega a se constituir causa de exclusão da culpabilidade, conforme a situação (art. 20, 6.º, CP espanhol). Narra Enrique Esbec Rodríguez que o medo é um autêntico sobressalto do espírito, produzido por um temor fundado de um mal efetivo, grave e iminente, que obscurece a inteligência e domina a vontade, determinando alguém a realizar um ato que, sem essa perturbação psíquica, deveria ser considerado criminoso. Para a apreciação dessa excludente é imprescindível que o medo seja o móvel único da ação (Psicología forense y tratamiento jurídico legal de la discapacidad, p. 124). No âmbito da legislação mexicana, acolhe-se o medo grave, como elemento indicador a inexigibilidade de conduta diversa, desde que se observem os seguintes requisitos: a) existência de um medo

considerado grave; b) influência de intensa emoção no agente; c) contemporaneidade entre a emoção e o resultado; d) alteração das faculdades intelectivas do agente. (NUCCI, 2020, p. 387).

Assim como ocorre na Alemanha, o Código Penal português, em seu art. 33º, 2ª parte, estabelece que “O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis”. (Decreto-Lei nº 48/95).

Apesar de o medo não ser tratado como excludente de culpabilidade no direito brasileiro, não resta dúvida que ele pode gerar reações imprevisíveis no indivíduo, devendo ser considerado na análise da legítima defesa, sobretudo na hipótese de excesso.

[...] os estados de cansaço e excitação, sem culpabilidade, dificultam a observância do cuidado objetivo por um agente inteligente, não se lhe reprovando a inobservância do dever de cuidado objetivo, em virtude de medo, consternação, susto, fadiga e outros estados semelhantes, ainda que atue imprudentemente. (NUCCI, 2020, p. 386-387).

Importante mencionar que o excesso exculpante possui previsão no Código Penal Militar (BRASIL, 1969) em seu art. 45, parágrafo único, que dispõe: “Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação”, devendo também ser considerado no direito penal comum.

Ademais, a legítima defesa recebeu recentemente uma nova hipótese de excludente de ilicitude, por meio da alteração do art. 25, parágrafo único, da Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime (PL 882/19), elaborado pelo ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil, Sergio Fernando Moro, no qual a legítima defesa foi estendida ao agente de segurança pública no caso de vítima refém. Entretanto, essa alteração não tem efeitos práticos, uma vez que os agentes de segurança pública são resguardados pelo caput do art. 25 do Código Penal, em caso de legítima defesa de terceiro.

Sobre esse aspecto, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que o fator emoção deve ser analisado, principalmente quando se trata da exclusão da culpabilidade nas hipóteses de excesso. Porém, a aplicação da excludente fica a cargo do julgador, que só aplica o excesso exculpante quando se convence que houve interferência do aspecto emocional no caso concreto. Pelo contrário, caso o fator emocional não seja considerado pelo julgador, será aplicada a hipótese de excesso doloso ou culposos.

Como já mencionado, o excesso exculpante não possui previsão legal no direito brasileiro, o que traz à tona a necessidade de tipificar essa excludente, conferindo maior segurança jurídica para o magistrado.

4.3.4.2 Aplicação do excesso exculpante no direito penal brasileiro

O excesso exculpante não possui previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, o Código Penal Militar (BRASIL, 1969) em seu art. 45, parágrafo único, estabelece que: “Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação”.

Apesar disso, vem sendo discutida nos últimos anos a possibilidade da inserção dessa modalidade de excludente no ordenamento pátrio, por meio dos projetos de lei PLS 236/2012 (BRASIL, 2012) e PL 882/19 (BRASIL, 2019).

O PLS 236/2012, que ainda aguarda designação do relator, propõe a reforma do Código Penal Brasileiro, com a inclusão do Excesso não punível, no art. 28, §3º que estabelece: “Não se aplica o disposto no parágrafo anterior em caso de excesso escusável por confusão mental ou justificado medo”. Esse artigo se refere a definição do excesso exculpante, pois trata de uma possibilidade em que o excesso não seria punível em função da influência do aspecto emocional.

O PL 882/19, também conhecido como Pacote Anticrime, proposto pelo ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil Sergio Moro, estabelecia em seu art. 23, §2º: “O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção”. Entretanto, essa hipótese não foi adotada na redação final da Lei 13.964/2019.

A respeito do tema, Greco (2017, p. 454) afirma que a legítima defesa é uma reação humana e que não pode ser medida com um transferidor, milimetricamente, quanto à proporcionalidade de defesa ao ataque sofrido pelo sujeito. Para o doutrinador, não é possível exigir uma conduta precisa daquele que se encontra diante de uma situação de injusta agressão.

Contudo, alguns doutrinadores não são favoráveis à positivação do excesso exculpante, pois acreditam que não seria possível uma aplicação eficaz da excludente, uma vez que as emoções seriam de difícil aferição durante a instrução processual. Para esse entendimento, a emoção é um sentimento subjetivo, inerente a cada indivíduo, sendo que a

sua positivação poderia provocar injustiças em relação à violência urbana. (Revista Discente UNIFLU, 2020).

4.3.4.3 A inexigibilidade de conduta diversa no excesso exculpante

O excesso exculpante é considerado uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, sem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o excesso exculpante busca eliminar a culpabilidade, em razão da inexigibilidade de conduta diversa.

Conforme preleciona Nucci, (2020, p. 423-424), em situações excepcionais em que não é viável aplicar outras excludentes de culpabilidade, é admissível a inexigibilidade de conduta diversa, de modo a impedir a punição injusta do agente.

Nesse aspecto, afirma Assis Toledo: “A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui verdadeiro princípio de direito penal (...)”. De modo igual, aduz Marco Antonio Nahum que “no Brasil, reconhecida taxativamente a lacuna do sistema jurídico quanto às hipóteses de inexigibilidade, há que se admiti-la como causa supralegal e excludente de culpabilidade, sob pena de não se poder reconhecer um pleno direito penal da culpa”. (NUCCI, 2020, p. 424).

Por essa razão, o excesso exculpante é baseado na inexigibilidade de conduta diversa, de modo que o fato será típico e antijurídico, mas não será culpável, uma vez que não é possível exigir, no caso concreto, que o agente que se excede movido pelas emoções tenha uma reação moderada.

4.3.4.4 Análise jurisprudencial

Conforme exposto acima, o que se percebe dos julgados atuais que tratam do excesso exculpante é que a jurisprudência tem considerado o excesso exculpante como uma excludente de culpabilidade em função da inexigibilidade de conduta diversa.

Dessa forma, o entendimento do magistrado tem sido no sentido de que no caso concreto não era possível exigir outra conduta do agente, senão aquela tomada por ele em um momento de perturbação emocional, que não permitiu que ele tivesse um raciocínio claro e tivesse uma reação ponderada.

Nesse sentido, vejamos a seguinte decisão do TJ-AL, nos seguintes termos:

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA ANTE A CONFIGURAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA. POSSIBILIDADE. CONTEXTO FÁTICO QUE EVIDENCIA QUE O RECORRENTE AGIU EM LEGÍTIMA DEFESA DE TERCEIRO. EXCESSO EXCULPANTE NA LEGÍTIMA DEFESA. ACUSADO QUE VIU A SEGURANÇA DE SEU FILHO AMEAÇADA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I – Restou cabalmente demonstrado que o acusado agiu em legítima defesa de terceiro, tendo em vista que seu filho estava sofrendo agressão injusta e atual, pois a vítima o agrediu, o ameaçou de morte e por fim apontou uma arma de fogo para sua cabeça, momento em que o réu interviu, entrou em vias de fato com o ofendido, conseguiu desarmá-lo e deflagrar disparos da arma de fogo em face dele. II – Ademais, o fato de o acusado ter deflagrado 11 (onze) tiros não obsta o reconhecimento da legítima defesa, restando configurado em verdade uma legítima defesa com excesso exculpante, caracterizada quando o agente age com excesso para repelir agressão injusta, porém, diante das circunstâncias do caso concreto, seria inviável exigir dele conduta diversa. III – Recurso conhecido e provido. (TJ-AL – RSE: 07071085420138020001 AL 0707108-54.2013.8.02.0001, Relator: Des. Sebastião Costa Filho, Data de Julgamento: 27/02/2019, Câmara Criminal, Data de Publicação: 01/03/2019).

Em síntese, no caso supracitado foi proferida decisão pelo Juízo da 5ª Vara Criminal da comarca de Maceió, que o pronunciou o recorrente pela prática do crime de homicídio qualificado por motivo fútil, ou seja, o Juízo de primeira instância não reconheceu o excesso exculpante como forma de exclusão da culpa.

Entretanto, o pronunciado interpôs o recurso em sentido estrito requerendo a despronúncia, alegando que agiu em legítima defesa. O Tribunal de Justiça de Alagoas reconheceu que “o acusado se viu diante da iminência da morte de seu filho, agindo rapidamente e com os meios que tinha disponível para assegurar sua defesa, não sendo viável que exigir que nesse momento respeite-se um limite adequado para cessar a agressão”. Dessa forma, o entendimento do Tribunal foi no sentido de que o acusado agiu em legítima defesa, ao repelir injusta agressão atual contra seu filho, com a configuração do excesso exculpante.

4.3.4.5 Análise do caso Ana Hickmann

O caso da apresentadora Ana Hickmann ganhou repercussão em âmbito nacional, uma vez que o mesmo envolve a questão do excesso exculpante na legítima defesa. No caso, o

cunhado de Ana Hickmann, Gustavo Correa, efetuou três disparos contra um fã de Anna Hickmann, Rodrigo Augusto, após ele atirar na esposa de Correa.

Correa foi denunciado pelo MPMG por homicídio doloso, quando há intenção de matar, sob o argumento de que Rodrigo foi morto com três tiros na nuca, caracterizando excesso de legítima defesa e crime de homicídio.

A denúncia foi feita contra Gustavo Correa, porém durante a instrução processual a juíza Âmalin Aziz Sant'Ana entendeu que o réu teria agido em legítima defesa, uma vez que os disparos teriam sido efetuados de forma sequencial, ao contrário do que foi indicado na inicial.

Em primeira instância, a Justiça ponderou a luta corporal entre Gustavo e Rodrigo, sem que o fã largasse a arma, o emocional do réu e a ausência de circunstâncias que demonstrassem que Correa estaria no controle da situação no momento dos disparos.

Na sentença, o réu foi absolvido sumariamente, sendo considerada a legítima defesa, porém a hipótese do excesso foi afastada nesse primeiro momento.

O Ministério Público recorreu da decisão, porém o recurso foi negado pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG, 2019), mantendo a absolvição sumária.

Nesse caso, os julgadores consideraram que não era possível exigir conduta diversa do agente, uma vez que este agiu movido pela emoção, de forma que não foi considerado nem mesmo a hipótese do excesso.

Apesar disso, o caso foi relacionado ao excesso exculpante, uma vez que restou claro que Correa agiu em razão da perturbação mental, influenciado por emoções astênicas de tensão e medo, que o levaram a efetuar os disparos.

Nesse aspecto, percebemos a importância do Direito Penal utilizar da psicologia para compreender lado emocional do agente no momento em que o excesso é cometido. Conforme ensina Nelson Hungria “existem, na conduta do agente, elementos astênicos e elementos estênicos”. São considerados elementos astênicos: o medo, a perturbação, o susto e a surpresa; e elementos estênicos: o ódio, a excitação, os ciúmes e a inveja. Rogério Greco ainda afirma que quando o agente atua com a sua “vontade e consciência dirigidas a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador”, o agente será punível, uma vez que atua sob a influência dos estados estênicos. (Canal Ciências Criminais, 2017).

Dessa forma, sempre que o crime for influenciado pelos elementos estênicos (ódio, ciúmes, inveja), o agente poderá ser penalizado, e quando o crime for motivado por elementos

astênicos (medo, perturbação, susto) o agente terá sua consciência e vontade alteradas, não podendo ser caracterizado o excesso.

Sendo assim, o julgador deverá fazer uma análise minuciosa acerca do estado emocional do agente, avaliando as circunstâncias do momento, e considerando qual seria a possível ação humana frente a uma injusta agressão.

No caso Ana Hickmann, a decisão foi acertada, pois as circunstâncias do fato indicam que o agente, cunhado de Ana Hickmann, estava abalado emocionalmente, com possível stress emocional, vendo sua esposa e cunhada serem ameaças por pessoa desconhecida. Pode-se dizer que nesse caso houve a influência do elemento astênico, provocado pelo temor da injusta agressão.

5. A INFLUÊNCIA DO FATOR EMOCIONAL NA CONFIGURAÇÃO DO EXCESSO EXCULPANTE

5.1 CONCEITO DE EMOÇÃO

Para analisar de que forma o fator emocional pode influenciar o comportamento daquele que age em legítima defesa, é necessário entender o grau de perturbação sofrido pelo ofendido no momento da agressão injusta, uma vez que, conforme preleciona Zaffaroni e Pierangeli, quanto maior for o grau de confusão mental menor será a reprovabilidade da conduta. (Revista Discente UNIFLU, 2020).

José Maria Martins (2004) define a emoção como uma reação psíquica e biológica, positiva ou negativa, que pode ser expressa de diversas formas, como por exemplo, através do medo, do susto, da raiva, do prazer, da alegria, etc. A palavra emoção origina do latim *e-movere*, que quer dizer “mover a partir de dentro”. Assim, a emoção é uma força interna que nos move a todo o momento, fazendo com que nossas atitudes sejam condicionadas. A emoção tem a capacidade de influir sobre o nosso raciocínio, estimulando pulsões e instintos. Sendo que, ao ultrapassar certo limite, com o objetivo de obter prazer ou interromper a dor, pode provocar uma ação inoportuna.

Manoelita Dias dos Santos na obra “A lógica da emoção” afirma que:

Apresento a emoção como um sentido pertencente a um sistema inteligente que torna o homem mais forte e ao mesmo tempo mais vulnerável, dependendo da qualidade dos afetos que predomine dentro de cada um; qualidades que determinam percepções de prazer e desprazer. A emoção é simplesmente uma energia e sua qualidade é potencial. As formas que assumirá dependerão basicamente das relações entre as partes de um vínculo, o que conhecemos por relação objetual, e das estimulações somáticas capazes de atingir esse nível sensorial. (SANTOS, 2000, p. 9-10).

A compreensão do motivo que leva uma pessoa a agir em excesso na legítima defesa movida por fatores emocionais também leva a necessidade de entender o funcionamento da mente, sobretudo a respeito do estado consciente e inconsciente. No estado consciente a ação é movida pela razão, com pouquíssima ou quase nenhuma influência do aspecto instintivo ou irracional. O estado inconsciente, por sua vez, é aquele em que o ânimo motivacional deriva de uma involuntariedade provocada pela emoção.

Desta forma, percebe-se que o fator emocional tem forte influência sobre o comportamento do ofendido, uma vez que o estado de perigo ocasiona reações involuntárias na mente do agredido.

5.2 REAÇÕES EMOCIONAIS FRENTE AO ESTADO DE PERIGO

A reação emocional de uma pessoa que reage a uma agressão injusta pode amparar o excesso cometido em legítima defesa.

A respeito da situação emocional de pessoas vítimas de violência, Hans Selye (1974, 1976 apud Artur Scarpato, 2004, p.10-14) traz a seguinte colocação: “Em situações ideais, uma pessoa que se depara com uma situação de agressão, vivencia uma alta intensidade de estresse no momento e logo depois do evento, mas tende a ir voltando ao seu padrão de funcionamento com o passar do tempo”.

O que podemos perceber é que duas pessoas podem reagir de forma totalmente diferente diante de uma situação violenta. A reação de uma pessoa perante uma situação de agressão tem relação com as agressões e situações de estresse que essa pessoa já vivenciou em sua vida, sendo que ocorre uma associação à situação de agressão atual e fatos vivenciados no passado. Fatos como esse fazem com que uma pessoa se torne mais vulnerável a situações de violência, criando limites entre uma reação compreensível e uma reação excessiva. Em uma situação de estresse intenso, por exemplo, uma pessoa pode se manter sob controle, outra pode entrar em pânico, e ainda, uma terceira pessoa pode desmaiar. O que mostra como várias pessoas podem enfrentar uma mesma circunstância de formas diferentes, em razão de suas experiências anteriores. (SCARPATO, 2004, p. 10-14).

Freud, em sua obra “Conferências Introdutórias sobre Psicanálise (partes I e II)” afirma que:

Tanto a fadiga como a distração e, talvez, também a excitação geral realizam uma divisão da atenção, que pode resultar em que seja dirigida atenção insuficiente para a função em apreço. Nesse caso, a função pode ser perturbada com especial facilidade ou executada com descuido. (FREUD, 1915 – 1916, p. 18).

Deste modo, a atividade mental fica comprometida no momento da injusta agressão, provocando uma disfunção na atenção do indivíduo, o que pode ocasionar uma reação descuidada e excessiva.

Na teoria psicanalítica, Freud estabeleceu uma divisão da mente humana em três estruturas: id, ego e superego, ou a chamada tripartite da mente. Essa estrutura constitui um sistema organizado e conectado, de forma que qualquer alteração gerada em um desses pilares acarreta consequências sobre os demais.

Portanto, para compreender o excesso exculpante é necessário adentrar nos conceitos da Psicanálise, de forma a possibilitar um maior amparo jurídico ao ofendido que age movido pela emoção.

5.3 TEORIA PSICANALÍTICA DE FREUD: ID, EGO E SUPEREGO

A psicanálise, desenvolvida pelo médico Sigmund Freud, é uma teoria que busca entender o funcionamento da mente. Além disso, é considerado um método de tratamento de transtornos mentais, que mostra como o inconsciente influencia os pensamentos e ações. Segundo a teoria psicanalítica, grande parte dos processos psíquicos é inconsciente, sendo a consciência a menor parte da vida psíquica.

No livro "O Ego e o Id", Freud dividiu a mente humana em três partes: id, ego e superego, conforme demonstram as imagens dos anexos A e B.

O id é a parte da mente que quer a gratificação instantânea dos desejos e necessidades. Segundo Freud, o id está presente desde o nascimento, e tem relação com os impulsos do prazer. O id é a única parte da personalidade completamente inconsciente.

O ego, por seu turno, se identifica com a consciência e está associado ao princípio da realidade. O ego atua como um moderador entre a impulsividade do id e as circunstâncias externas, por exemplo, criando uma conexão entre a personalidade de uma pessoa e as leis do país em que ela vive.

O superego, por fim, é chamado de "princípio do dever", pois se identifica com a consciência moral, ou seja, os valores e regras sociais que são ensinados nos primeiros anos de vida e seguem no inconsciente por toda a vida. O superego também busca a construção e aperfeiçoamento do indivíduo, com funções educativas que representam os valores da sociedade e a ética, sobretudo ensinada pelos pais.

A emoção, como já mencionado, pode fazer com que o indivíduo não tenha o raciocínio claro para avaliar a sua reação no momento da agressão, não conseguindo agir com moderação, no intuito de evitar os excessos. Ao se defender de uma agressão injusta, o indivíduo busca, acima de tudo, proteger e preservar o bem jurídico. E esse impulso se origina no id, que age sobre o ego, que nesses casos, não possui os freios morais impostos pelo superego. Isso ocorre, pois a estrutura da mente foi totalmente modificada pela emoção.

De acordo com a teoria psicanalítica de Freud, o id é considerado o lado irracional da mente, pois age conforme os seus impulsos, não levando em conta os valores sociais, por exemplo. O superego é o contrário do id, pois é o lado consciente, que leva em conta os valores sociais ensinados e a ética, ou seja, ao agir ele avalia o que é certo e errado, e busca impor limites aos instintos do id. O resultado dessa conexão entre o id e o superego irá repercutir na expressão do ego. O que se percebe é que o fator emoção pode influenciar o superego de forma que ele não controle as vontades instintivas do id, o que no momento da agressão pode significar uma resposta impulsiva por parte daquele que foi agredido, totalmente motivado pela emoção.

Sendo assim, é possível concluir que o fator emocional influencia a conduta humana de forma considerável, principalmente em situações de perigo, podendo causar um desequilíbrio funcional na estrutura básica da mente (dividida em id, ego e superego), uma vez que grande parte dos elementos que determinam o comportamento do indivíduo se origina no inconsciente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da legítima defesa, foco deste trabalho, é amplamente discutido por doutrinadores em razão da sua importância para o Direito Penal brasileiro, sobretudo se tratando de um país que possui índices elevados de violência.

A importância do estudo e análise da legítima defesa é inquestionável, uma vez que esse instituto protege qualquer bem jurídico tutelado pela lei, como a vida, a integridade física, o patrimônio, a liberdade, a honra, entre outros. Ademais, a análise desse instituto é fundamental, pois qualquer pessoa está sujeita a legítima defesa, seja como autor ou como vítima.

A legítima defesa é capaz de amparar todas as pessoas que estão com um bem jurídico próprio ou alheio em risco atual ou iminente e precisam recorrer a uma medida imediata para garantir a segurança deste bem.

Em situações em que a agressão seja atual ou iminente, o indivíduo pode utilizar os meios necessários para defesa pessoal ou de terceiro. Outrossim, o cidadão deve fazer uso dos meios necessários de forma moderada, sob pena de cometer o excesso.

O excesso na legítima defesa se dá quando o agente ultrapassa os limites estabelecidos em lei, intensificando a sua conduta além do necessário para interromper a agressão.

Apenas dois tipos de excesso são tipificados na legislação, sendo o excesso doloso e culposo. Contudo, a doutrina expõe outras modalidades de excesso, como o excesso exculpante, tema principal desse trabalho.

O excesso exculpante é considerado uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, e não possui previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. O excesso exculpante ocorre quando o agente ao se defender se encontra influenciado por fatores emocionais astênicos, como perturbação, medo ou susto e utiliza além do necessário para interromper a agressão. Nesse caso, o fato será ilícito, porém será extinta a culpabilidade, em razão da inexigibilidade de conduta diversa.

Na modalidade do excesso exculpante não é possível exigir outra conduta por parte agredido, pois este se encontra movido por fatores emocionais que podem levar o indivíduo a agir em excesso, uma vez que uma pessoa que se encontra em situação de ameaça e perturbação emocional tende a agir de forma muito diferente de uma pessoa em condições normais e de consciência.

De acordo com a teoria psicanalítica desenvolvida por Freud, a maior parte dos processos psíquicos da mente é inconsciente e tem a capacidade de influenciar pensamentos e ações. Segundo Freud, a mente frente a uma situação de perigo tem reações inconscientes, que tendem a provocar comportamentos involuntários.

Freud dividiu a mente humana em três partes: id, ego e superego, sendo o id relacionado aos impulsos dirigidos ao prazer, o ego associado à consciência e o superego à consciência moral.

Ao se defender de uma agressão injusta, a mente busca, acima de tudo, proteger o indivíduo. E esse impulso de proteção começa no id, que age sobre o ego, sob influência do superego, que em situações de ameaça não conseguirá impor limites sobre o ego, uma vez que o funcionamento da mente foi completamente alterado pela emoção.

No direito brasileiro o medo não é classificado como excludente de culpabilidade, porém não há dúvidas sobre a sua influência no comportamento do indivíduo que se defende de injusta agressão. Sendo de suma importância que estado emocional seja considerado na análise da legítima defesa, sobretudo nos casos de excesso.

Considerar o excesso exculpante na aplicação de casos concretos é com certeza uma evolução para o direito. Na análise de casos práticos que envolvem o excesso exculpante o que se percebe é que essa modalidade vem sendo aplicada na jurisprudência como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, tendo como fundamento a inexigibilidade de conduta diversa.

Para que o magistrado chegue a essa conclusão, é necessário que ele entenda que no caso concreto não era possível exigir do indivíduo, que agiu movido pela perturbação emocional, outra conduta diversa da foi adotada por ele.

Dessa forma, podemos perceber que a configuração do excesso exculpante deve ser minuciosa, em razão da sua complexidade, pois não existe um critério fixo para compreender a conduta humana, pois cada indivíduo é único e pode se comportar de forma diversa, especialmente em situações de perigo ou ameaça. Sendo assim, o magistrado deve levar em conta as peculiaridades do caso concreto e do indivíduo.

Ainda a respeito da aplicação do excesso exculpante, é possível perceber que o fato do excesso exculpante não ser tipificado em lei, faz com que existam lacunas no ordenamento, que são supridas por teses doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais. O excesso exculpante é amplamente utilizado no ordenamento, uma vez que qualquer pessoa está sujeita a legítima defesa.

Nesse aspecto, importante compreender que o ser humano é naturalmente defensivo, buscando sempre a proteção dos seus bens, sobretudo da vida e da integridade, e um ser movido pela emoção.

Sendo assim, considerando que o excesso exculpante busca eliminar a culpa em razão da interferência do fator emocional, podemos concluir que não é razoável exigir de alguém que tenha uma conduta ponderada no momento de injusta agressão, buscando a proteção sua ou de terceiro.

Desse modo, importante trazer à baila a discussão acerca da tipificação do excesso exculpante, do mesmo modo que foi realizado no Código Penal Militar Brasileiro (BRASIL, 1969) e em países como Alemanha, Espanha e Portugal, o que proporcionaria maior segurança jurídica para o magistrado.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Patrick. **O conceito analítico de crime e suas teorias**. 25 mai. 2020. Site: Canal Ciências Criminais. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-conceito-analitico-de-crime-e-suas-teorias/>. Acesso em: 28 set. 2021.

BAYER, Diego Augusto. **Legítima defesa: a linha tênue entre o excesso doloso e o excesso exculpante**. 9 jul. 2013. Site: Jusbrasil. Disponível em: <https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943186/legitima-defesa-a-linha-tenue-entre-o-excesso-doloso-e-o-excesso-exculpante>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 06 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm. Acesso em 28 de ago. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 882, de 2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 18 set. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRAVO, Marco Antonio Pedrosa. **A Lei 13.964/2019 e a legítima defesa**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-lei-13-964-2019-e-a-legitima-defesa/>. Acesso em: 13 ago. 2020.

DE PAULA, Alison Henrique Gabelone. **Legítima defesa: excesso e ofendículos**. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/legitima-defesa-excesso-ofendiculos.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FREITAS, Raquel. **Cunhado de Ana Hickmann é absolvido em 2ª instância pelo TJMG**. 10 set. 2019. Portal: G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/09/10/justica-de-mg-mantem-absolvicao-de-cunhado-de-ana-hickmann.ghtml>. Acesso em: 25 set. 2021.

FREUD, Sigmund. **Conferências Introdutórias sobre Psicanálise (partes I e II) (1915 – 1916)**, [s.n]. [s.l]. 1996.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**, volume 1. 19. ed. Niterói, RJ, 2017.

HERZMANN, Edgar. **Excesso na legítima defesa: a emoção como causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa**. 1 jan. 2015. Portal: Âmbito Jurídico. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/excesso-na-legitima-defesa-a-emocao-como-causa-de-exclusao-da-culpabilidade-por-inexigibilidade-de-conduta-diversa/#_ftnref59. Acesso em 04 ago. 2021.

LOBATO, Rafael Sousa. **Legítima defesa e seus excessos. O excesso doloso, culposo e exculpante**. set. 2019. Site: Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76730/legitima-defesa-e-seus-excessos>. Acesso em 15 ago. 2021.

MASSON, Cleber Rogerio. **Direito penal esquematizado - Parte geral - vol. 1**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MELLO, Bruno de. **O excesso na legítima defesa**. 06 jul. 2019. Site: Canal Ciências Criminais. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-excesso-na-legitima-defesa/>. Acesso em: 22 set. 2021.

MONTEIRO, Viviam Kelly da Silva. Excesso exculpante: uma análise quanto sua positivação no ordenamento jurídico pátrio. **Revista Discente UNIFLU**, v. 1, n. 1, jul./dez., 2020. Disponível em: <http://www.revistas.uniflu.edu.br:8088/seer/ojs-3.0.2/index.php/discente/article/view/315/200> Acesso em: 25 set. 2021.

MOURA, Grégoire Moreira de. **Lei Sansão, ‘colcha de retalhos’ e o Direito Penal simbólico**. out. 2020. Site: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-15/gregore-moura-lei-sansao-direito-penal-simbolico>. Acesso em 26 out. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PINTEREST. **Id - ego – superego**. s/d. Tabela. Disponível em: <https://br.pinterest.com/pin/283375001528571793/>. Acesso em: 30 set. 2021.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 48/95**. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230100/indice>. Acesso em: 25 set. 2021.

PRESSE, France. **Brasil é o segundo país mais violento da América do Sul, aponta ONU.** 8 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/07/08/brasil-e-o-segundo-pais-mais-violento-da-america-do-sul-aponta-onu.ghtml>. Portal: G1. Acesso em: 20 de ago. 2020.

PSICOLOGIAS DO BRASIL. **A metáfora do iceberg de Sigmund Freud.** 10 mar. 2019. Gravura. Disponível em: <https://www.psicologiasdobrasil.com.br/a-metaphora-do-iceberg-de-sigmund-freud/>. Acesso em: 24 set. 2021.

RAMOS, Mauro Lucio. **Legítima defesa.** mai. 2019. Site: Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73647/legitima-defesa>. Acesso em: 20 set. 2021.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **A relação entre tipo e ilicitude:** o justo e o injusto no direito penal. Teresina, 8 ago. 2018. Site: Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61601>. Acesso em: 20 set. 2021.

SANTOS, Manoelita Dias dos. **A lógica da emoção: da psicanálise à física quântica.** [s.n] [s.l]. 2000.

SCARPATO, Artur Thiago. Estresse pós traumático: a situação emocional de pessoas vítimas de violência. **Revista Psicologia Brasil**, São Paulo, número 6, 2004, p. 10-14.

SENTEVILLES. Alisson Felipe Procópio. **Excesso na legítima defesa.** jul. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75466/excesso-na-legitima-defesa>. Acesso em: 10 de ago. 2021.

SUPER INTERESSANTE. **O que são Id, Ego e Superego?** 2021. Site. Disponível em: <https://super.abril.com.br/especiais/id-ego-e-superego-deus-e-o-diabo-na-terra-do-eu/>. Acesso em 11 set. 2021.

TJ-AL. **RSE: 07071085420138020001.** Relator: Des. Sebastião Costa Filho, Data de Julgamento: 27/02/2019, Câmara Criminal. Disponível em: <https://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/682182643/recurso-em-sentido-estrito-rse-7071085420138020001-al-0707108-5420138020001/inteiro-teor-682182657>. Acesso em: 10 set. 2021.

TJ-DF. **APR: 20020110078755 DF.** Relator: APARECIDA FERNANDES, Data de Julgamento: 09/11/2006, 2ª Turma Criminal. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4246423/apelacao-criminal-apr-20020110078755-df>. Acesso em: 30 set. 2021.

TREVIZAN, Brenda Máira Pereira. **As Principais Espécies de Legítima Defesa no Código Penal Brasileiro.** 16 mar. 2020. Portal: Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-principais-especies-de-legitima-defesa-no-codigo-penal-brasileiro/>. Acesso em 15 ago. 2021.

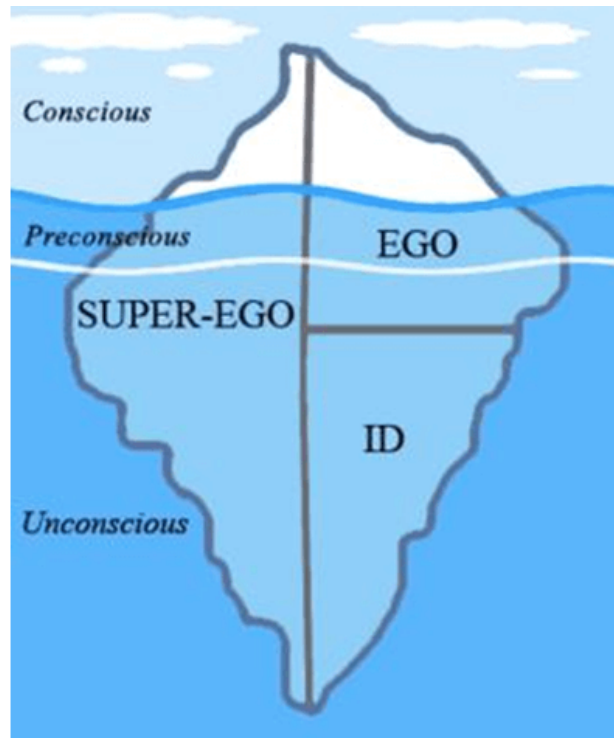
TUA SAÚDE. **Psicanálise: o que é, para que serve e como é feita.** 2021. Site. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/psicanalise/>. Acesso em 10 set. 2021.

UOL EDUCAÇÃO. **Psicanálise - A mente segundo a teoria de Sigmund Freud**. 2021. Site. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/biologia/psicanalise-a-mente-segundo-a-teoria-de-sigmund-freud.htm>. Acesso em 10 set. 2021.

ZALEWSKI, Daniel. **A legítima defesa e o caso Ana Hickmann**. 23 out. 2017. Site: Canal Ciências Criminais. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/legitima-defesa-ana-hickmann/>. Acesso em: 17 set. 2021.

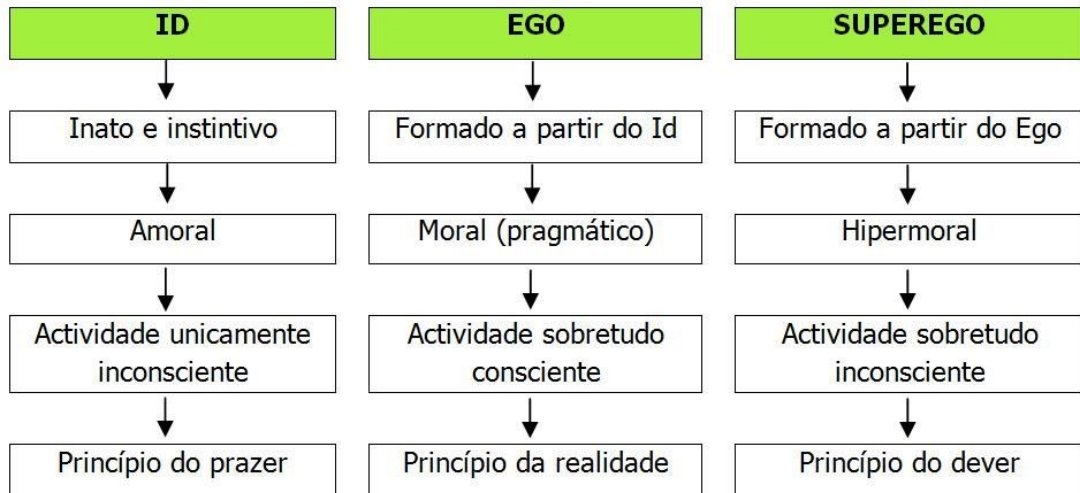
ANEXOS

ANEXO A - Esquema representando o Id, o Ego e o Superego como partes de um iceberg



Fonte: Site Psicologias do Brasil (2019).

ANEXO B – Quadro comparativo do Id, Ego e Superego



Fonte: Pinterest.