

EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA E NO ESTADO DE NECESSIDADE

Uma análise na legislação brasileira

ANDRÉ RENATO SERVIDONI¹

1. INTRODUÇÃO

O nosso Código Penal estabelece em seu artigo 23, parágrafo único que o agente, nas hipóteses de exclusão da ilicitude, responderá pelo excesso doloso e culposo.

Neste diapasão, o presente trabalho tem a finalidade de tecer alguns comentários a respeito do excesso na legítima defesa e no estado de necessidade, tema pouco explorado pela doutrina nacional e que acaba tendo relevância jurídica no julgamento da conduta do agente quando atua preservado pelas excludentes da ilicitude.

2. CONCEITO DE ILICITUDE/ANTI JURIDICIDADE

O sistema punitivo do Estado destina-se à tutela jurídica de bens e valores da vida social. Essa tutela jurídica se realiza através da proibição de determinadas condutas e da imposição de outras, que a lei descreve nos diversos tipos de delito. A realização da conduta típica revela, em regra, a ilicitude, pois o tipo é, substancialmente, *tipo de ilícito*, ou seja, modelo da conduta que o legislador proíbe e procura evitar, tornando-a ilícita.

Como o ordenamento jurídico não contém apenas proibições, mas, por igual, normas que permitem ou autorizam certas condutas, em regra proibidas sob ameaças de pena, não basta a realização da conduta típica para determinar a sua antijuridicidade sendo necessário examinar se a ação ou a omissão não estão cobertas por uma norma permissiva, que exclui a antijuridicidade.²

Assim, dentro do conceito analítico, para a existência do crime é necessária uma conduta humana positiva ou negativa, descrita na lei como infração penal (tipicidade), contrária ao ordenamento jurídico (antijuridicidade) e culpável.

¹ Advogado. Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica – PUC.

² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 187.

Especificamente sobre a ilicitude, pode ser ela conceituada como “a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de modo a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado.”³

Ressalte-se que a conduta típica é, em regra, antijurídica, funcionando a tipicidade como indício da antijuridicidade, conseqüentemente, a análise da antijuridicidade se resume ao exame da ocorrência, na realização da conduta típica, de causas de justificação, que excluam a ilicitude.

3. CONCEITO DE EXCLUDENTES DA ILICITUDE

O direito prevê causas que excluem a antijuridicidade do fato típico (causas excludentes da criminalidade, causas excludentes da antijuridicidade, causas justificativas, causas excludentes da ilicitude, eximentes ou discriminantes). São normas permissivas, também chamadas tipos permissivos, que excluem a antijuridicidade por permitirem a prática de um fato típico.

Toda ação típica é ilícita, salvo quando justificada. Com acerto se distingue que as causas justificantes têm implícita uma norma permissiva ou autorizante que, ao interferir nas normas proibitivas ou preceptivas, faz com que a conduta proibida ou a não-realização da conduta ordenada sejam lícitas ou conforme ao direito.⁴

Ressalte-se que, da mesma forma que o fundamento do injusto está no desvalor da ação e no do resultado, a sua exclusão subordina-se a um juízo de valor sobre a ação e o resultado das causas justificantes, isto é, devem existir os elementos objetivos e subjetivos de modo que o sujeito atue não só com conhecimento e vontade de que ocorram seus elementos, mas também com ânimo ou vontade no sentido da justificante.

3.1. ORIGEM

O instituto da excludente da ilicitude, notadamente, a legítima defesa refletiu em todos os tempos uma necessidade imposta ao homem pela lei natural, sendo por isso mesmo reconhecida no direito das gentes como a harmoniosa manifestação dos sistemas jurídicos que as regeram durante sua longa evolução social.⁵

Por outro lado, a partir do momento que o Estado deixou de se conformar com a instintiva e ilimitada oposição da força contra a força, chamando a si o poder de proteção aos direitos individuais, teve de abrir uma exceção, permitindo que o indivíduo o substituísse quando a debelação de injusto ataque seus direitos, *in continentí*.⁶

Resumidamente, o fundamento da excludente de antijuridicidade penal encontra respaldo no instinto de conservação do ser humano e no próprio direito positivo, quando contemplado como norma penal permissiva.

3.2. CONCEITO DE LEGÍTIMA DEFESA E ESTADO DE NECESSIDADE

Ambos são excludentes da ilicitude, todavia, na legítima defesa há uma repulsa da violência pela violência ditada pelo próprio instinto de conservação, enquanto no estado de necessidade, há um conflito de bens ou interesses que merecem igualmente a proteção jurídica, concedida a faculdade da própria ação violenta para salvamento de qualquer deles.

Além disso, no estado de necessidade há uma ação e, na legítima defesa, reação. Naquele o bem jurídico é exposto a perigo, nesta exposto a uma agressão. Só há legítima defesa quando se atua contra o agressor; há estado de necessidade na ação contra terceiro inocente. No estado de

³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 163.

⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 1996, p. 365.

⁵ LINHARES, Marcello J. *Legítima defesa*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 16.

⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume I, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 281.

necessidade a ação é praticada ainda contra agressão justa, enquanto na legítima defesa a agressão deve ser injusta.⁷

Assim, entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Por outro lado, está em estado de necessidade, quem pratica o fato que a lei define como crime 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.⁸

4. EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA E NO ESTADO DE NECESSIDADE

Um dos requisitos da legítima defesa e do estado de necessidade é a moderação na repulsa ou na ação violenta.

É certo que a lei não obriga que a defesa seja matematicamente igual à ação, justamente porque o estado emocional de quem se defende de inopinada e injusta agressão pode ir do medo ao terror, da cólera ao furor, além é claro do seu temperamento, educação, hábitos de vida, que poderão influenciar na proporcionalidade da reação do agente.

O excesso, precisamente por ser excesso, pressupõe a existência anterior da situação de legítima defesa ou estado de necessidade, isto é, trata-se de uma situação em que a pessoa se defende demais.

Na verdade, “excesso” significa “passar dos limites” de uma dessas causas eximentes, mas, para isto, será sempre necessário se ter estado, em algum momento, dentro deles.

Não se pode olvidar, ainda, que a superabundância dos meios no excesso tanto pode referir-se ao emprego de meio desnecessário, como ao uso imoderado dos meios necessários, sendo exemplo do primeiro caso o uso de revólver ao invés de um bastão e, do segundo, o uso imoderado do bastão ao golpear o agressor.

Por fim, é bom frisar que o juízo de antijuridicidade recai sobre a conduta típica, que compreende os aspectos objetivo e subjetivo da ação, desta forma, só se pode excluir a antijuridicidade se a vontade do agente dirigia-se no sentido de uso da justificação, conseqüentemente, o erro quanto à ocorrência de causa de exclusão da antijuridicidade é erro de proibição, que vai descaracterizar a culpabilidade.

4.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

a. Ordenações Filipinas

No Livro V das Ordenações do Reino, especificamente no Título XXXV, existe a previsão da excludente da ilicitude, no caso do homicídio:

“Qualquer pessoa, que matar outra, ou mandar matar, morra por ello morte natural.

Porém se a morte for em sua necessária defensão, não haverá pena alguma, salva se nella excedeo a temperança, que deverá, o poderá ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso”

Além disso, no Título XXXVIII, existe a previsão da legítima defesa da honra, ao permitir que o homem mate a mulher adúltera e seu companheiro.

b. Código Criminal de 1830

As excludentes da ilicitude estão no artigo 14, ao mencionar que o crime será justificável.

⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 188.

⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Obra citada, p. 195.

O parágrafo 1º, não existiria crime se fosse feito para *evitar mal maior*, o que vem a configurar o estado de necessidade.

Já o parágrafo 2º existe a previsão da legítima defesa, quando a agressão atingir a sua pessoa, seus direitos, familiares ou terceiros.

Todavia, para o agente ser beneficiado pelas referidas excludentes, o código exigia o preenchimento de alguns requisitos nele elencados, sob pena de responder pelo crime.

Se praticado em excesso, em razão da falta de estipulação no código, o agente poderia ser agraciado com as atenuantes de pena do artigo 18, parágrafos 2º, 3º e 4º.

c. Código Penal de 1890

No Código de 1890, a legítima defesa veio contemplada nos artigos 32, §2º e 34, onde no primeiro está a menção de exclusão da ilicitude e, no segundo, os seus requisitos, enquanto o estado de necessidade foi mencionado no artigo 32, §1º e 33, respectivamente.

Este diploma não estipulou a possibilidade de excesso na prática da legítima defesa ou do estado de necessidade, muito embora outros códigos, como o italiano, já fizessem menção a este excesso, aplicando uma pena reduzida.

Todavia, Galdino Siqueira, ao comentar sobre o excesso, asseverou que:

*“Embora o nosso código não contenha disposição expressa sobre o excesso de legítima defesa, ou irregularidade de defesa, nada impede que, verificado que o estado emocional do agente não lhe permitia apreciar devidamente o fato e conter-se nos limites razoáveis, lhe seja ainda reconhecida a justificativa, porque se trata da aplicação da norma fundamental de direito, que só admite imputabilidade na ocorrência de dolo ou de culpa, leve pelo menos.”*⁹

Assim, o referido autor propõe a aplicação das circunstâncias atenuantes estipuladas no artigo 42, parágrafos 3º e 6º.

d. Consolidação das Leis Penais de 1932

Continha a mesma disposição do Código Criminal de 1890.

e. Projeto Virgílio de Sá Pereira (1935)

O estado de necessidade e a legítima defesa vieram expressas, respectivamente, nos artigos 44 e 45 do projeto de lei.

Entretanto, no parágrafo 2º do artigo 45, o projeto mencionou o excesso na legítima defesa, com a seguinte redação:

“Pelo excesso na legítima defesa não responderá aquelle que só lhe ultrapassou os limites por falta de ponderação, atribuível, como efeito, á própria agressão ou ao modo por que esta se realizou, como causa.”

Desta forma, o agente não responderia pelo excesso, se fosse originário da agressão sofrida.

Frise-se que este projeto não foi votado, porém, influenciou o projeto de Alcântara Machado que sugeria, entre outras modificações, melhor regulamentação do adjetivo “manifesta”, para qualificar e especificar a natureza da proporção que devia haver entre a agressão e a repulsa, isto no artigo 15.

f. Código Penal de 1940

Neste código, o estado de necessidade veio disciplinado no artigo 20 e a legítima defesa no 21.

Porém, no parágrafo único do artigo 21, houve menção expressa ao excesso na legítima defesa culposa com a seguinte redação:

⁹ *Direito Penal Brasileiro*. Brasília: Editora Senado Federal, 2003, p. 452.

“O agente que excede culposamente os limites da legítima defesa, responde pelo fato, se este é punível como crime culposos.”

Na exposição de motivos do mencionado código, o Ministro Francisco Campos, explica que:

“A questão do excesso na legítima defesa é resolvida no parágrafo único do artigo 21: se o excesso é culposos, responde o agente por culpa, se a este título é punível o fato. Corolário, a contrario sensu: se o excesso é conscientemente querido, responde o agente por crime doloso, pouco importando o estado inicial da legítima defesa”

Deve ser observado que o excesso foi estipulado apenas no tocante à legítima defesa, esquecendo-se o legislador do estado de necessidade.

g. Código Penal de 1969

O Código Penal de 1969 disciplinou o excesso para qualquer excludente de ilicitude no artigo 30 e seus parágrafos, sendo que no *caput* foi regulamentado o excesso culposos, no parágrafo 1º o excesso escusável e, no 2º o excesso doloso, sendo causa de diminuição de pena e, no Código Penal de 1984, houve a estipulação do excesso doloso e culposos para todas as excludentes de ilicitude (art. 23, parágrafo único), modelo que persiste até a presente data.

4.2. ESPÉCIES

É claro que quem atua em legítima defesa ou estado de necessidade quer o resultado, isto é, age dolosamente. Se, uma vez cessada a agressão, ou a situação de necessidade, o sujeito prossegue atuando, o faz também querendo o resultado e, portanto, prossegue atuando dolosamente.

Assim, o excesso pode ser doloso, hipótese em que o sujeito, após iniciar sua conduta conforme o direito, ultrapassa seus limites na conduta, querendo um resultado antijurídico desnecessário ou não autorizado legalmente, respondendo o agente pelo evento causado no excesso. Por exemplo, aquele que, podendo ferir, mata a vítima, responderá por homicídio.

Todavia, a legislação pune também o excesso culposos, o que caracteriza certo antagonismo.

Segundo a doutrina, o “excesso culposos” ocorre quando o agente queria um resultado necessário, proporcional, mas o excesso provém de sua desatenção, assim, o agente responderá por crime culposos apenas pelo resultado ocorrido em decorrência do excesso, se previsto em lei.

É certo, porém, que esta explicação não encontra amparo em toda a doutrina, neste sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli, asseveram que:

“A única explicação plausível para o chamado “excesso culposos” é o de que se trata de uma ação dolosa, mas que, aplicando-se a regra da segunda parte do §1º do artigo 20, a lei lhe impõe a pena do delito culposos. Em face da definição de dolo do artigo 18, não se pode dizer jamais que, para a nossa lei, o chamado “excesso culposos” seja uma conduta culposa, e sim que o “culposos”, no máximo, seria o excesso, mas nunca a ação que causa o resultado, posto que, a se admitir o seu caráter culposos, se estaria incorrendo numa flagrante contradição intra legem.”¹⁰

No caso do excesso decorrer de caso fortuito, a doutrina admite que o agente fique isento de culpa e pena.¹¹

O excesso intensivo é o que se refere à espécie dos meios empregados ou ao grau de sua utilização, podendo excluir a culpabilidade, que subsiste quando o excesso é extensivo, ou seja, quando não há, ou não há mais, a agressão.¹²

¹⁰ Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 597.

¹¹ HUNGRIA, Nelson. Voto proferido no STF ao julgar o HC n. 32.762 – Minas Gerais.

¹² FRAGOSO, Heleno Cláudio. Obra citada, p. 194.

Na legislação alemã, o excesso proveniente de medo ou susto, denominado excesso intensivo, é considerado como causa de exclusão da culpabilidade.

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

5. CONCLUSÃO

Como dito alhures, o excesso na legítima defesa e no estado de necessidade foi sendo, paulatinamente, incluído na legislação brasileira, em razão da influência de outros códigos, notadamente o alemão e o italiano.

Tal instituto merece um estudo mais aprofundado e cuidadoso por parte dos doutrinadores e da jurisprudência, justamente porque o seu surgimento advém da desproporcionalidade do uso das excludentes de ilicitude, com extrema subjetividade.

Como dito alhures, existe uma flagrante incoerência no excesso culposos, mas poucos doutrinadores questionaram a sua existência.

Portanto, em poucas linhas, esta é a evolução histórica do excesso na legítima defesa e no estado de necessidade na legislação brasileira.

6. BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal – Parte Geral*, volume I. Campinas: LZN, 2002.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Dicionário de Direito Penal*. Brasília: Bushatsky, 1974.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

DELMANTO, Celso e outros. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRI, Eurico. *Princípios de Direito Criminal*. Campinas: Russel Editores, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral*, 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1952.

JESCHECK, Hans-Heirinch. *Tratado de Derecho Penal – Parte Geral*. Granada: Comares editorial, 1993.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LINHARES, Marcello J.. *Legítima Defesa*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Volume II. Campinas: Millennium, 2002.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro*. Brasília: Editora do Senado Federal, 2003.
- SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Editora do Senado Federal, 2003.
- SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de Direito Criminal*. Brasília: Editora do Senado Federal, 2003.
- TELES, Ney Moura. *Direito Penal*, 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1997.
- TOLEDO, Francisco Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Campinas: Romana, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.