

**UNIVERSIDADE VALE DO RIO DOCE**  
**FACULDADE DE DIREITO, CIÊNCIAS ADMINISTRATIVAS E ECONÔMICAS**  
**CURSO DE DIREITO**

**Daiana Soares Silva**

**EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA**

**Governador Valadares**  
**2011**

**DAIANA SOARES SILVA**

**EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA**

Monografia submetida ao Curso de Direito da Faculdade de Direito, Ciências Administrativas e Econômicas da Universidade Vale do Rio Doce, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ronald Amaral Júnior

**Governador Valadares**

**2011**

**DAIANA SOARES SILVA**

**EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA**

Monografia submetida ao Direito da Faculdade de Direito, Ciências Administrativas e Econômicas da Universidade Vale do Rio Doce, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ronald Amaral Júnior

Governador Valadares, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Prof. Ronald Amaral Júnior – Orientador

---

Convidado 1: Prof. \_\_\_\_\_

---

Convidado 2: Prof. \_\_\_\_\_

Dedico a minha avó, aos meus pais e familiares este trabalho como incentivo a minha formação profissional e acadêmica. Em especial ao meu noivo, André e demais familiares, em específico minha sogra.

## AGRADECIMENTO

Inicialmente agradeço a Deus por estar sempre presente em minha vida, tornando tudo possível e que, de forma incomum, iluminou meus pensamentos e colocou em minha volta pessoas das quais pudesse contar fazendo possível concluir mais esta fase.

Agradeço à minha família que, em meio às dificuldades, testemunharam os meus titubeios e sempre a dizer: vá em frente! Em especial, de forma grata e carinhosa, aos meus pais que, da maneira que puderam, apoiaram-me em todos os momentos e às minhas seis irmãs que toleraram meu mau-humor, fazendo-me rir muitas de mim mesma tornando tudo mais divertido.

À minha avó, Maria Cazuzza, mulher de fé, que embora não tivesse muito conhecimento sobre estudos, sempre torceu e rezou para que meus objetivos fossem alcançados.

Ao meu noivo, André Bianchini, obrigada por tudo! Obrigada, principalmente, por todas as vezes que, de joelhos, orou comigo permanecendo ao meu lado, segurando a minha mão de forma carinhosa, confortando-me nas muitas noites de choro desesperado, além de ser meu professor mais exigente, sempre corrigindo o “meu português”. E, que, com amor incondicional, segue me apoiando nos momentos de dificuldades. Amado meu, obrigada por perceber em mim a capacidade que eu mesma não acreditava possuir.

Não poderia deixar de agradecer à minha sogra pelo espaço cedido em sua casa e por todos os conselhos e confiança em mim depositados. Com imenso e constante carinho a ti o meu incomensurável agradecimento.

Aos muitos amigos que fiz durante todos esses anos de caminhada em direção à conclusão do curso, que dividiram comigo momentos de dúvidas, tensões, alegrias e realizações o meu fraterno obrigado.

Ao meu orientador, professor e renomado advogado Ronald Amaral Júnior, pelo ensinamento e dedicação no auxílio à concretização dessa monografia.

Em fim, agradeço todas as dificuldades que enfrentei, foi superando cada uma delas que consegui sair do lugar e acreditar que, com fé, e persistência é possível concretizar o sonho a muito desejado.

“Não cometeis injustiça no juízo, nem na vara, nem no peso, nem na medida.”

Levítico 19:35

## RESUMO

Tendo em vista que a teoria do crime admite a legítima defesa como causa de excludente de ilicitude a proposta deste trabalho será a discussão sobre o excesso praticado por uma vítima que ao defender-se de uma agressão, ultrapassa, dolosa ou culposamente, os limites legais estabelecidos para a excludente. A legítima defesa aparece como uma das causas de justificação do fato, isto porque o indivíduo que comete uma reação para proteger um direito próprio ou alheio não atua contra o direito. Com isso surgem grandes discussões que ressaltam um possível oportunismo, do agente que aproveita do estado em que se encontra para justificar a prática de um crime.

**Palavras-chave:** Direito. Defesa. Excesso.

## ABSTRACT

Since the theory admits the crime as self-defense because of any unlawful act the purpose of this article will be discussion about an excess committed by the victim to defend themselves against aggression, does not exceed, either willfully or negligently, the legal limits established for the exclusive. The defense appears as one of the reasons justifying the fact that because the individual who commits an reaction to protect their own rights or an alien, does not act against the law. Thus there are large discussions that highlight a potential opportunity, the agent takes advantage of the state in which it is to justify the practice of a crime.

**Keywords:** Excess Right. Defense.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 LEGÍTIMA DEFESA .....</b>	<b>13</b>
2.1 HISTÓRIA .....	13
2.2 NATUREZA E FUNDAMENTO .....	14
2.3 CONCEITO .....	15
2.4 REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA .....	16
2.5 AGRESSÃO INJUSTA ATUAL OU IMINENTE .....	17
2.6 USO MODERADO DOS MEIOS NECESSÁRIOS .....	18
2.7 DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO .....	19
2.8 TEORIAS FUNDAMENTAIS .....	19
2.8.1 Teoria do Instinto de Conservação .....	20
2.8.2 Teoria da perturbação ou da coação moral .....	21
2.8.3 Teoria da colisão de direitos .....	21
2.8.4 Teoria da defesa pública subsidiária .....	22
2.8.5 Teoria do direito público subjetivo .....	22
2.8.6 Teoria da delegação do poder de policia .....	22
2.8.7 Teoria da sociabilidade dos motivos .....	23
2.8.8 Teoria da legitimidade absoluta .....	24
2.8.9 Teoria de ausência de periculosidade do defensor .....	24
2.8.10 Teoria da inutilidade da ameaça penal e da retribuição do mal pelo mal ...	24
2.8.11 Teoria dos limites da tutela penal .....	25
2.8.12 Teoria da justificação .....	25
<b>3 ELEMENTO SUBJETIVO: ANIMUS DEFENDI .....</b>	<b>26</b>
<b>4 EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA .....</b>	<b>27</b>
4.1 DA ESTRUTURA E DA FUNÇÃO .....	28
4.1.1 Preexistência de uma causa de justificação .....	28
4.1.2 Que a conduta do agente seja dolosa ou culposa .....	29
4.1.3 A Função .....	30
4.2 MODALIDADES DE EXCESSO .....	30
4.2.1 Excesso Doloso .....	30
4.2.2 Excesso Culposos .....	32

<b>4.2.3 Outras Modalidades de Excesso</b> .....	33
4.2.3.1 Excesso intensivo .....	33
4.2.3.2 Excesso extensivo.....	34
<b>5 LEGÍTIMA DEFESA RECÍPROCA</b> .....	37
<b>6 OFENDÍCULOS</b> .....	38
<b>7 CONCLUSÃO</b> .....	41
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	42

## 1 INTRODUÇÃO

O direito nasce com o homem e o acompanha ao longo de toda a sua vida e neste mesmo contexto que nasce a Legítima Defesa. A conduta humana pode ser coerente ao direito ou contrário a ele, quando nos referimos ao Direito Penal. A primeira ideia que temos é que este é sempre associado a sanções, punições e normas proibitivas. No entanto, o Direito Penal não trata somente de normas proibitivas, mas por iguais normas que permitem ou autorizam certas condutas.

No entanto, ao examinar uma situação em que se caracteriza a legítima defesa é preciso muita cautela para que cada um de seus requisitos sejam avaliados e predispostos a indagações concernentes a aprovação da existência do instituto. Isso significa que comprovada a plena verificação, tem-se por excluída a ilicitude do fato típico não devendo o agente ser punido.

Entretanto, a situação de legítima defesa deve compreender a necessidade dos meios de defesa empregados e a moderação no uso desses meios; isso porque vincula à configuração de uma situação na qual se identifique uma causa de justificação uma vez que o não apreciar destes pressupostos pode levar o agente a responder por excesso. Portanto, fala-se de excesso na legítima defesa quando a reação do agente ultrapassa, dolosa ou culposamente, os limites estipulados por Lei para estabelecimento da excludente.

O excesso no que tange a legítima defesa sempre foi motivo de muitos debates no meio acadêmico, isso ocorre devido a grandes divergências em julgamentos proferidos pelos magistrados, o que é de inteira compreensão diante da complexidade do tema em questão, tema este que se depara a situações de extremo tormento, como por exemplo, avaliar um comportamento da vítima diante de uma ameaça iminente à sua integridade física, ou qual deveria ser sua reação face ao seu eventual carrasco?

É de grande valia a discussão sobre o emprego da legítima defesa, pois, qualquer pessoa está sujeita a um ataque contra sua integridade física, de igual importância tende a discutir sobre o excesso aplicado na legítima defesa

quando este é realmente plausível de falta de opção de utilização do meio para se defender, quando a possibilidade do agente consciente resguardando do estado em que se encontra exagera nos meios de defesa indo além do necessário para repelir a agressão com a intenção de obter uma vontade própria, intencional e desnecessária para o momento.

Durante o trâmite processual, é comum deparar com vários advogados e defensores públicos fazendo uso do contexto da legítima defesa para proteger os interesses de seus clientes e assistidos baseando-se no conceito que uma vez o indivíduo que comete uma reação para proteger um direito próprio ou alheio não atua contra o direito, ou seja, agindo em legítima defesa a pessoa não estaria cometendo crime algum podendo a defesa ser desproporcional à agressão desde que seja a única alternativa à sua disposição no instante do ataque.

Este trabalho monográfico foi elaborado com objetivo geral de analisar as causas que excluem a antijuricidade do fato típico, determinando as situações possíveis de utilização da legítima defesa pela sociedade com o objetivo específico de analisar os requisitos para existência da legítima defesa, avaliando os casos em que é possível o emprego do instituto em tema, bem como diferenciar a legítima defesa da vingança.

Para realização deste foram abrangidas consultas a livros específicos da área, com autores de admirável conhecimento jurídico como: Júlio Fabrini Mirabete, Damásio Evangelista de Jesus, Magalhães Noronha, Hermes Vilchez Guerrero, dentre outros doutrinadores; bem como Leis e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que fundamentaram a construção do presente trabalho em seis capítulos.

## 2 LEGÍTIMA DEFESA

### 2.1 HISTÓRIA

A matéria legítima defesa é ponto divergente entre doutrinadores, havendo até mesmo aqueles que afirmam que este instituto não possui história.

A história da legítima defesa confunde-se com a história do homem uma vez que este já nasce com o instinto de defender-se.

A principal origem da legítima defesa é a conservação do homem, por isso é natural anteceder toda e qualquer codificação legal, sendo este o motivo de vários doutrinadores entenderem como um instituto que não tem história.

Mas para o doutrinador Ferracini (1996) não representa uma verdade total o fato de considerarem que a legítima defesa não tem história, para ele poucos institutos têm uma história tão completa quanto ao instituto da legítima defesa. Ele diz ainda que a compreensão do estado de defesa é que não tem história.

Os romanos tinham como direito reconhecido a repulsa da violência pela violência. Guerrero (1997, p. 64) afirma que:

No Direito Romano, para que a defesa fosse legítima, não bastava o caráter injusto da agressão: exigia-se que essa ainda não houvesse cessado, pois se o ataque desaparecesse, o direito de defesa deixaria de existir dando lugar ao excesso, porque neste caso, se estaria diante de uma vingança.

Nota-se que para os romanos, embora a legítima defesa fosse um ato de ação individual, para que tivesse reconhecimento fez-se necessário algumas formalidades.

O mesmo não acontecia no direito Germânico que, por sua vez, assumia a legítima defesa um caráter particular, derivado do direito de vingança que poderia ser exercido imediatamente ou, até mesmo, antecipadamente pela vítima da agressão. O seu fundamento permitia que uma pessoa pudesse

vingar a morte de um parente, no próprio agente causador ou em seus familiares como forma de privar a paz do agressor.

A Igreja Católica, com sua grande influência sobre o Estado, colaborou muito para o incremento da legítima defesa, encontrava-se em essência, o reconhecimento da legítima defesa, admitindo-se a repulsa, sob a condição de que seja proporcional ao ataque sofrido.

O que se compreende é que a busca de vestígios da legítima defesa ao longo do tempo, passando pelo direito Romano, passando pelo Germânico, até chegar à legislação moderna é em vão, uma vez que nada condiz a direito e, sim, às formas primordiais de reação a ataques. De acordo com Jesus (2002, p. 383)

A nossa jurídica da legitima defesa surgiu quando o Estado reclamou para si o castigo do autor em face da pratica de uma ofensa pública ou privada, iniciando-se o processo evolutivo do direito de punir e do direito de liberdade: de um lado, o magistério estatal punitivo como forma de repressão ao delito; de outro ; a legitima defesa exercida por qualquer particular injustamente vítima da agressão.

O conceito que se tem é que a impunidade do agente que pratica o fato em legítima defesa sempre foi reconhecida, porém, a noção jurídica do instituto da legítima defesa foi incluída aos poucos na legislação brasileira, em razão da inconformidade do Estado perante a instintiva e limitada oposição da força contra força, monopolizando para si a proteção dos direitos individuais, abrindo obrigatoriamente uma exceção, permitindo que o indivíduo o substitua quando a agressão do injusto atacar seus direitos.

## 2.2 NATUREZA E FUNDAMENTO

O instituto da legítima defesa, em síntese, apresenta dois fundamentos: o primeiro é a defesa do ordenamento jurídico, afetando ante uma agressão injusta. O segundo é a necessidade de defender bens jurídicos perante uma agressão.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 549)

O problema mais complexo da legítima defesa não é a sua natureza, mas o seu fundamento. É definido pela necessidade de conservar a ordem jurídica e de garantir o exercício dos direitos. Conforme seja acentuado um ou outro dos aspectos deste duplo fundamento, se insistirá em seu conteúdo social ou individual. Na realidade, o fundamento da legítima defesa é único, porque se baseia no princípio de que ninguém pode ser obrigado a suportar o injusto. Trata-se de uma situação conflitiva, na qual o sujeito pode agir legitimamente, porque o direito não tem outra forma de garantir o exercício de seus direitos, ou melhor dito, a proteção de seus bens jurídicos.

Jesus (2002, p. 385) define sua posição com relação à natureza jurídica deste instituto, segundo o entendimento do autor, são estabelecidos dois grupos que procuraram fundamentar a legítima defesa:

O Primeiro grupo parte do princípio que o homicídio cometido em legítima defesa é voluntário, não se castigando o autor porque se fundamenta na conservação da existência, essa teoria é bastante restrita, uma vez que se baseia exclusivamente no homicídio, entendendo o instituto com escusa e causa de impunidade. O segundo grupo fundamenta a legítima defesa como exercício de um direito e causa de justificação, pois não atua contra o direito quem comete reação para proteger um direito próprio ou alheio ao qual o Estado não pode oferecer a tutela mínima, esta é a seguida pelo Código Penal.

## 2.3 CONCEITO

O Código Penal Brasileiro (2011), no seu artigo 25, dispõe que age em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Nucci (2009, p. 250) define com mais detalhes este conceito:

É a defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários. Trata-se do mais tradicional exemplo de justificação para a prática de fatos típicos.

Nucci (2009, p. 250) complementa ao enfatizar a prática da legítima defesa perante a impotência do Estado.

Valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir agressões indevidas a direito seu ou de outrem, substituindo a atuação da sociedade ou do Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, através de seus agentes.

Entretanto, GRECO (2003, p. 378) ressalta outros quesitos que complementam o conceito da legítima defesa. Para ele, quando falamos nessa seara do Direito, ela não pode ser confundida com vingança.

Para que se possa falar em legítima defesa, que não pode ser confundida com vingança privada, é preciso que o agente se veja numa situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, responsável.

Constitucionalmente pela nossa segurança pública, e, só assim, uma vez presentes os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, agir em sua defesa ou de terceiros.

Podemos, dessa forma, entender que o instituto jurídico da Legítima Defesa constitui uma circunstância de justificação por não atuar contra o direito quem reage para tutelar direito próprio ou alheio, ao qual o Estado não pode, dadas as circunstâncias do caso concreto, oferecer a mínima proteção.

## 2.4 REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA

O instituto da legítima defesa compõe-se dos seguintes requisitos : agressão injusta atual ou iminente; a moderação no emprego dos meios necessários; a defesa de um direito próprio ou alheio. A ausência de qualquer um destes exclui a legítima defesa.

Esse pensamento pode ser confirmado em Guerrero (1997, p. 45)

A legítima defesa, essencialmente, apóia-se no direito positivo, nos requisitos da injusta agressão atual ou iminente, proteção a um direito próprio ou alheio e no uso moderado dos meios necessários para debelar a agressão injusta.

## 2.5 AGRESSÃO INJUSTA ATUAL OU IMINENTE

A primeira condição de legitimidade consiste em ser legítima a causa, o que implica a exigência da injustiça do ataque. Injusta é ilicitude, que não tem o amparo da ordem jurídica.

Agressão é o atentado, mesmo sem o consentimento de violência, contra qualquer direito protegido pela pessoa. O Código Penal adiciona o adjetivo “injusta”, para qualificar a agressão que autoriza a repulsa, sendo contrária à norma. Segundo Hungria *apud* Greco (2003, p. 393)

A injustiça da provocação deve ser apreciada objetivamente, isto é, não segundo a opinião de quem reage, mas segundo a opinião geral, sem se perder de vista, entretanto, a qualidade ou condição das pessoas dos contendores, seu nível de educação, seus legítimos melindres. Uma palavra que pode ofender a um homem de bem já não terá o mesmo efeito quando dirigida a um desclassificado. Por outro lado, não justifica o estado de ira a hiperestesia sentimental dos alfenins e mimosos. Faltarão a objetividade da provocação, se esta não é suscetível de provocar a indignação de uma pessoa normal e de boa-fé. É bem de ver que a provocação injusta deve ser tal que contra ela não haja necessidade de defesa, pois, de outro modo, se teria de identificar na reação a legítima defesa, que é causa excludente de crime.

Mas não basta que tenha havido agressão injusta, devera ela ainda ser atual ou iminente. Atual, significa que a agressão ainda esta acontecendo, que já começou, mas ainda não terminou. Iminente designa imediata que está prestes a acontecer, se dá no último momento antes da atualidade, assim não permitindo a demora, a repulsa. No entanto, não há que se falar em legítima defesa contra uma agressão futura, que pode ser evitada por outro meio. O temor, ainda que fundado, não é suficiente para legitimar a conduta do agente, ainda que possível.

É, também, de grande importância frisar que é indispensável que haja, inicialmente, por parte do agente, reação contra aquele que está praticando

uma agressão devendo esta ser imediata à agressão ou tentativa dela; mesmo porque a demora na reação desfigura a discriminante.

## 2.6 USO MODERADO DOS MEIOS NECESSÁRIOS

Os meios necessários pode ser qualquer meio ao alcance do agredido no ato da agressão. Mas é importante que o agredido que escolha os meios necessários utilize-o com moderação, ou seja, que haja razoável proporção entre a defesa empreendida e o ataque sofrido.

Tem-se entendido que meios necessários são os que causam o menor dano indispensável à defesa do direito, já que, em princípio, a necessidade se determina de acordo com a força real da agressão

A ausência de qualquer destes requisitos exclui a legítima defesa. Alguns autores preferem à utilização de critérios mais abrangentes e genéricos, entendendo que seria melhor se a excludente não fosse restritiva ao texto legal. Nesse modo a justificação da defesa própria seria não exceder nenhum direito ao atacar. Nucci (2009, p. 259) justifica essa opinião indagando.

Não se trata de conceito rígido, admitindo-se ampla possibilidade de aceitação, uma vez que a reação de uma pessoa normal não se mede por critérios matemáticos ou científicos. Como ponderar o numero de golpes de faca que serão suficientes para deter um atacante encorpado e violento?

Com outras palavras Mirabete e Fabbrini (2007, p. 181) compartilham do mesmo pensamento de Nucci (2009)

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. Aquele que se defende não pode racionar friamente e pesar com perfeito e incomensurável critério essa proporcionalidade, pois no estado emocional em que se encontra não pode dispor de reflexão precisa para exercer sua defesa em equipolência completa com a agressão.

Dessa forma deve-se observar que o exame dos requisitos da excludente, nos casos concretos, deve ser apreciado relativamente, analisando detalhe do fato acontecimento.

## 2.7 DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO

A repulsa contra agressão injusta pode acontecer em defesa própria, quando o agente da reação é o próprio titular do bem, ou em defesa de terceiro, quando o bem jurídico protegido pertence a outrem.

É necessário que os interesses em litígio se encontrem protegidos pelo direito, ou seja, bem ou interesse juridicamente protegido, sendo assim descarta a possibilidade de defesa contra a agressão de bem ilegal como, por exemplo, invocar excludente a quem defende a guarda de uma substância entorpecente, bem este juridicamente não autorizado.

A lei não faz distinção entre aqueles em favor dos quais é exercida a legítima defesa, sendo irrelevante a condição de amizade, parentesco ou conhecimento pessoal, bastando que exista a injustiça da agressão e necessidade de reação, mesmo porque é da própria essência da solidariedade do ser humano a defesa de terceiros, permitir, que o agente defenda a outrem que nem mesmo conhece é uma das hipóteses em que o direito admite a solidariedade, não importando se o terceiro venha ser pessoa física ou jurídica, pois é certo que a pessoa jurídica não tem condições de se defender sozinha.

## 2.8 TEORIAS FUNDAMENTAIS

Foi principalmente na Alemanha que se fixaram as discussões acerca do fundamento da legítima defesa. Várias teorias foram expostas para explicar os fundamentos do tema.

Dentre as variantes teorias podemos destacar a teoria do instinto de conservação, da perturbação ou da coação moral, da inutilidade, da ameaça penal, da colisão de direitos, da retribuição do mal pelo mal, da negação, do direito, da defesa publica subsidiaria ou da cessação do direito de punir, da

delegação do poder de polícia, da sociabilidade dos motivos ou da moralidade dos motivos determinantes, da ausência de periculosidade do defensor, da legitimidade absoluta, do direito público subjetivo, dos limites da tutela penal e da ausência de injuricidade da ação defensiva ou da que baseia a legítima defesa na licitude da ação.

De uma forma geral, podemos considerar que esta se divide em dois grupos: O dos subjetivistas que a consideram como causa excludente da culpabilidade funda-se na perturbação de ânimo da pessoa agredida ou nos motivos determinante do agente, que conferem ilicitude ao ato de quem se defende; e o grupo dos objetivistas, que consideram, a legítima defesa como causa excludentes da antijuricidade, fundamentam-se na existência de um direito primário do homem de defender-se.

Visando as considerações citadas acima, podemos definir que no primeiro bloco, o homicídio praticado pela necessidade de defesa é visto pelo seu efeito punível, pois, ao realizar o comportamento de matar, está a cometer um homicídio voluntário: apesar disso, não haverá em virtude da causa, que vem a ser, o resguardo da sua própria vida, o que acarretara que a morte, nesse caso seja escusada. Neste mesmo grupo, destacam-se a teoria da coação psíquica, a da inutilidade da ameaça penal e a da colisão de direitos.

No segundo bloco, a legítima defesa é vista como um direito e, até mesmo, como um dever, pois se exige do indivíduo o dever de lutar pela conservação de sua vida. É válido ressaltar as principais essências de algumas destas teorias: Para Hungria *apud* Guerrero (1997, p. 32): “Várias são as teorias que do ponto de vista filosófico, moral, psicológico, político ou jurídico, têm procurado fundamento à impunidade ou legitimidade da defesa privada”.

### **2.8.1 Teoria do Instinto de Conservação**

Considerada uma das teorias mais antigas, esta procura sedimentar a base da defesa privada no instinto inerente ao homem, que é precisamente o

instinto de conservação. Segundo doutrinadores essa teoria se enfraqueceu quando se passou a aceitar a legítima defesa de terceiros.

### **2.8.2 Teoria da perturbação ou da coação moral**

Essa teoria nos traz ao conhecimento do agente que coagido, age para livrar-se de injusta agressão, não podendo o mesmo ser responsabilizado precisamente por se encontrar com o espírito perturbado, mas há de se compreender, que, se a perturbação de ânimo fosse relativa à legítima defesa, não haveria razão para exigir a moderação e para punir o excesso.

### **2.8.3 Teoria da colisão de direitos**

De acordo com esta teoria, o agredido tem o direito de ir até às últimas consequências. Residiria esse direito na perda do direito de exigir pela vida do agressor, precisamente por haver desrespeitado a alheia. Havendo dois direitos em choque que, no caso, seriam a vida do agressor e a do agredido, o Estado tem o dever de proteger a mais importante, que é a vida do agredido.

Os seguidores desta corrente defendem que o agredido tem, até mesmo, o direito de matar o agressor, no entanto não se pode dizer que o fato da agressão diminui a importância do direito do agredido em face do direito do agredido-defensor, pois não há direito mais ou menos importante, se não do ponto de vista de seu objetivo ou conteúdo.

#### **2.8.4 Teoria da defesa pública subsidiária**

O fundamento da legítima defesa desta teoria encontra-se na cessação do direito de punir da sociedade relacionando o contexto de que, se a defesa privada é que pode ser eficaz, enquanto a defesa pública não o é, a defesa privada retorna a supremacia com perfeita legitimidade, levando a crer que a defesa pública teria o caráter de subsidiária.

#### **2.8.5 Teoria do direito público subjetivo**

Para essa teoria, a legítima defesa é um direito subjetivo de caráter público que compete ao cidadão e se harmoniza com as funções de polícia do Estado, o qual, por isso, não pode a ação e desenvolvida pelo indivíduo que é ofertada a todos os indivíduos.

Porém, a repulsa do agredido não deve ser apreciada como parte de um poder de polícia, com caráter punitivo, mas, sim, à luz de um princípio de justiça.

Com isso, a agressão é a negação do direito, e a reação dessa negação, sendo, conseqüentemente, a afirmação do direito.

#### **2.8.6 Teoria da delegação do poder de polícia**

Segundo esta teoria, a legítima defesa nada mais é do que o poder de polícia que o agredido recebe do Estado em virtude da necessidade, nos casos em que reconhece que não pode protegê-lo com a devida eficácia.

Porém, este entendimento trata-se de reconhecimento de exercício privado de funções públicas, no entanto, seria um contra-senso afirmar que o que se defende não o faça em seu próprio nome, e sim, por delegação do

Estado. Este posicionamento já é considerado, pois a observação de que nenhum poder delegado pode ser diferente daquele que o próprio delegante possui e, como se sabe, o Estado não tem esse poder.

Pode parecer um verdadeiro absurdo imaginar que o que se defende não o faça em seu próprio nome, e sim por delegação do Estado.

Para Hungria *apud* Guerrero (1997, p. 38, 39)

Não se concebe um mandatário sem a vontade consciente de exercer um mandato. Além disso, o Estado, para evitar a violação de direitos, não tem a necessidade de ir ao extremo da cruenta violência como defesa privada de modo que esta redundaria num ilegítimo excesso de mandato.

### **2.8.7 Teoria da sociabilidade dos motivos**

Os seguidores dessa teoria defendem que o fundamento da legítima defesa deve ser examinado na índole, no móbil ou no fim, e na falta de periculosidade ou de temibilidade naquele que resiste a uma agressão injusta. Assim, a legítima defesa é o exercício de um direito, porque a reação do agredido injustamente é caracterizado por motivos jurídicos e sociais.

Para esta teoria, a legítima defesa não seria uma justificante, mas sim o exercício de um direito que se pratica em harmonia com teoria do instinto de conservação.

Hungria *apud* Greco (2003) contesta este pensamento, alegando que se a ilicitude da defesa privada tivesse sua fundamentação na moralidade do motivo de agir, conseqüentemente teria de se aceitar que todas as condutas defendidas como crimes perderiam suas características de criminalidade, quando o agente agisse movido por índole moralmente valiosa, o que, evidentemente não ocorre.

Essa teoria dá bastante importância ao elemento psíquico do crime, como também não desconsidera o caráter jurídico do instituto.

### **2.8.8 Teoria da legitimidade absoluta**

Para essa teoria, a legítima defesa além de ser um direito é também um dever, por que ele existe para o mundo. Porém, há doutrinadores que discordam afirmando que não se pode reconhecer, na espécie propriamente dita, um direito e, muito menos, um dever, sendo absurdo dizer que o agressor tenha a obrigação de se deixar matar ou espancar sendo que a defesa privada é uma faculdade não imposta por lei.

### **2.8.9 Teoria de ausência de periculosidade do defensor**

Essa teoria guarda profunda relação com a fixação de pena, pois é esse estado que leva à redução de pena chegando, em alguns casos, até o perdão judicial. O fundamento dessa teoria se busca na ausência de estado perigoso subjetivo.

### **2.8.10 Teoria da inutilidade da ameaça penal e da retribuição do mal pelo mal**

Considera injusta a defesa particular, alegando que a repressão às ofensas é ordem jurídica é papel exclusivo do Estado.

Mas, no caso em que aconteça a punição do agente que se defende da agressão injusta, isso só implicaria em retribuição do mal pelo mal, sem utilidade alguma.

### **2.8.11 Teoria dos limites da tutela penal**

Entende-se que não se pode falar em crime justificado ou não punível, mas, sim de um fato não delituoso, isto é, uma não infração. A função penal tem limites que são pré-estabelecidos como base no contraste entre duas forças que dão origem ao fenômeno jurídico pré-estabelecido como base no contraste entre duas forças que dão origem ao fenômeno jurídico de interesse ou não na proteção. Ao lado do interesse na incriminação, por meio da sanção penal, daquele interesse que pode ser lesado pela ação proibida, o Estado tem, também, interesse na não incriminação, e é sobre esse interesse que baseia todo equilíbrio da justiça e a economia da função penal. Isto dá origem às causas de exclusão e de cessação da função penal, as quais podem ser subjetivas e objetivas, gerais e especiais.

### **2.8.12 Teoria da justificação**

Essa teoria busca a legítima defesa na licitude da ação ou teoria da ausência de injuridicidade da ação defensiva.

Segundo tal entendimento, o agente, ao praticar um homicídio para proteger direito próprio, estará realizando uma conduta excepcionalmente permitida, mas que, em regra, é penalmente proibida. Nos casos em que se entende não haver ocorrido o crime, assim o é porque, anteriormente à conduta, foram previstas as hipóteses em lei.

Embora todas as teorias tenham colaborado para o desenvolvimento do tema, a fundamentação da legítima defesa consiste efetivamente na licitude da conduta, isto é, na ausência de injuridicidade desse comportamento.

### 3 ELEMENTO SUBJETIVO: ANIMUS DEFENDI

Muitos doutrinadores defendem que o elemento subjetivo também é requisito da legítima defesa para o agente atuar sabendo que a agressão que sofre é injusta, nessa situação a vontade de defesa será o elemento subjetivo da justificação; perdendo o direito de alegar legítima defesa, aquele que crer que está praticando um ato ilícito. Deste modo, a legítima defesa dependerá do conhecimento da situação da agressão injusta e da necessidade da repulsa. Em conformidade explana Jesus (2002, p. 392)

A par dos requisitos de ordem objetiva, previstos no artigo 25 do Código Penal, a legítima defesa exige requisitos de ordem subjetiva: é preciso que o sujeito tenha conhecimento da situação de agressão injusta e da necessidade da repulsa. Assim, a repulsa da legítima defesa deve ser objetivamente necessária e subjetiva conduzida pela vontade de defender-se.

Em contrário, posiciona-se Hungria apud Greco (2003, p. 392)

(...) só pode existir objetivamente, isto é, quando ocorrem, efetivamente, os seus pressupostos objetivos. Nada têm estes a ver com a opinião ou crença do agredido ou do agressor. Devem ser reconhecidos de um ponto de vista estritamente objetivo. Se Tício, ao voltar á noite para casa, percebe que dois indivíduos procuram barrar-lhe o passo em atitude hostil, e os abate a tiros, supondo-os policiais que vão o prender por um crime anteriormente praticado, quando na verdade são ladrões que o querem despojar, não se pode negar a legítima defesa.

Este saber não tem amparo, pois o elemento subjetivo se enquadra na conduta do agente, e, sendo a antijuricidade um adjetivo desta, todos os elementos subjetivos relaciona conforme a conduta. Portanto, para a caracterização da legítima defesa é necessário que o agente tenha conhecimento da agressão injusta e também da necessidade de se defender.

#### 4 EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

No Direito Penal, o excesso encontra-se sempre vinculado à configuração de uma situação na qual se encontra uma causa de justificação, tal vocabulário é usado para referir à violação dos limites impostos pela lei para o exercício de um direito.

A palavra excesso derivada do vocábulo latino *excessu* pode ser conceituada como exagero, uma intensificação desnecessária que ultrapassou aquilo que a lei demarcou para prática de um direito.

Noronha (1986, p. 201) com suas sábias palavras explica o que significa e quando ocorre o excesso:

Excesso significa a diferença a mais entre duas quantidades. Há, em tese, excesso nos casos de exclusão de ilicitude quando o agente, ao início, sob abrigo da excludente, em seqüência vai além do necessário.

O Código Penal Brasileiro dispõe no artigo 23, parágrafo único, que o agente responderá pelo excesso doloso ou culposo nas discriminantes (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito). Em todas as justificativas é necessário que o agente não exceda os limites traçados pela lei.

Nos casos de excesso na legítima defesa, devem ser encontrados todos os requisitos que configuram a defesa legítima. Para, tal, observando os elementos constitutivos uma vez que a situação é mais seria: o agente está efetivamente sofrendo ou prestes a sofrer uma agressão que ocasionara um dano a direito seu ou de outrem, caso este não reaja.

Para que não aja em excesso, o agente deve utilizar-se dos meios necessários que dispõe no momento com a finalidade de eliminar o perigo mantendo-se dentro da moderação, coerente entre o ataque e a reação.

Podemos dizer que o direito de defender-se deixa de ser justificado quando o agente mesmo tendo a oportunidade de utilizar-se do meio menos

gravoso mais suficiente para sanar a injusta agressão, propositalmente utiliza-se de um meio que provoque um dano desnecessário ao agressor.

Nesse sentido, Costa Júnior (1986, p. 196) apresenta exemplos em que o excesso ocorre:

O agente que vier a matar para defender-se, quando fosse suficiente espancar o agressor inerte; o proprietário que tirar a vida do garoto que lhe invade o pomar para subtrair frutas; o policial que espanca o réu preso em flagrante; ou mesmo o soldado que dispara contra a multidão enfurecida, ao invés de fazê-lo para o alto, responderão pelo excesso, doloso ou culposos, nas discriminantes.

Toda vez que faltar proporcionalidade entre perigo imposto pelo ataque ou a necessidade da utilização do meio escolhido para repelir a agressão, haverá, a princípio, excesso se tal situação ocorrer deve-se verificar se cabe ou não punição.

## 4.1 DA ESTRUTURA E DA FUNÇÃO

### 4.1.1 Preexistência de uma causa de justificação

O Excesso por não possuir autonomia jurídica é um instituto que não pode ser aplicado de forma isolada e independente sendo assim sua aparição e aplicação só poderão ocorrer quando vinculado a outros institutos. Portanto, para se verificar que está diante de um caso de excesso, é necessário que se apresente, concomitantemente, seus elementos estruturais.

Neste sentido, primeiramente há de se verificar a preexistência de uma das causas de justificação previstas no artigo 23 do Código Penal, as quais são: o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal.

Assim, somente quando preexiste uma justificativa penal é que poderá ocorrer o aparecimento da figura do excesso, visto que nem sempre que há uma excludente de ilicitude, haverá como consequência inafastável.

Porém, nem sempre que se dê a causa que torna lícita a conduta, ocorrerá o excesso, pois poderá suceder que o agente, amparado pela legítima defesa, pratique todos os atos dentro dos limites do que lhe é permitido e regulamentado pelo artigo 25 do Código Penal.

#### **4.1.2 Que a conduta do agente seja dolosa ou culposa**

Para que ocorra o excesso é indispensável que, após a prévia ocorrência de uma das causas de exclusão de ilicitude, o agente transponha as fronteiras dessa excludente. Ou seja, é necessário que o agente ultrapasse o limite do permitido assim por ter continuado com a agressão poderá responder por excesso doloso ou culposo.

O agente que inicialmente se encontra amparado por uma causa de justificação e que ultrapassa os limites do lícitamente permitido poderá fazê-lo dolosa ou culposamente. No primeiro caso, o agente age por vontade livre e consciente, o motivo de sua conduta quase sempre é a vingança. Mas pode ocorrer que o excesso ocorra por descuido, um erro de cálculo em que o agente acredita que ainda está sendo agredido e não se dá conta que está se excedendo.

Portanto, excesso é caracterizado quando o agente mesmo depois de fazer cessar a agressão sofrida dolosa ou culposamente, dá continuidade ao ataque.

Porém, é de grande valia ressaltar o caráter subjetivo que diz respeito ao estado psíquico do agente quando este ultrapassar a fronteira do que lhe é permitido fazer.

### **4.1.3 A Função**

A função que o instituto do excesso desempenha dentro da sistemática penal é característica de norma penal incriminadora, vez que o parágrafo único do artigo 23 estipula que o agente que se excede em qualquer das hipóteses desse artigo deverá responder pelo excesso, dolosa ou culposamente. Deste modo, o texto legal determina que o agente, tendo se excedido, “responderá”, isto é, será punido pela sua conduta, desde que, obviamente, esteja prevista num tipo penal.

O instituto do excesso leva o agente do campo da licitude para o campo da ilicitude, e assim ocorre porque, aquele que se encontrava amparado pela proteção da causa que exclui a ilicitude e, conseqüentemente, o crime, repentinamente, vê-se transportado para o campo do proibido, tendo que ser responsabilizado penalmente, via de regra, por seu comportamento excessivo.

## **4.2 MODALIDADES DE EXCESSO**

### **4.2.1 Excesso Doloso**

É muito importante determinar se a conduta do agente é dolosa ou culposa, isso se dá pela necessidade de averiguação dos atos praticados sob a proteção da justificativa e quais não são alcançados.

O excesso doloso pode ocorrer quando o agente, mesmo depois de fazer cessar a agressão, continua o ataque. Vejamos um bom exemplo explanado por Greco (2003, p. 399, 400) :

Pedro, dentro de um restaurante, é injustamente agredido por Zito, jogador de futebol. Repelindo aquela agressão injusta, Pedro, fisicamente mais fraco, saca seu revólver e atira em Zito, que tomba ferido no tórax. Pedro, agora, mesmo depois de ter interrompido a agressão que contra ele era cometida e sabendo que não mais poderia continuar a repulsa, diz a Zito: “A partir de hoje, você nunca mais jogara futebol!” E efetua o segundo disparo no joelho direito de Zito. O excesso como se percebe foi doloso. O agente já tinha percebido que não havia mais ameaça de agressão a sua pessoa, bem como que a lei não lhe facultava continuar o ataque, mas, volitiva e conscientemente, quis causar uma lesão grave em seu agressor inicial, devendo responder essa infração cometida em excesso.

Por ter desnecessariamente continuado com a agressão, Pedro responderá pelo excesso praticado, pois mesmo sabendo que Zito não mais reagiria, continuou a agressão.

É prático dizer que o excesso exclui a legítima defesa; mas esse contexto deve ser avaliado com ressalvas porque da mesma forma que o excesso doloso, no excesso culposo o agente responderá por aquilo que ocasionar depois de ter feito cessar a agressão.

No exemplo citado acima, Pedro responderá somente pela lesão derivada do segundo disparo, pois antes disso se encontrava acobertado pela discriminante legítima defesa, uma vez que o excesso doloso exclui a legítima defesa a partir do momento em que o agente pratica a conduta constitutiva do excesso, portanto não podendo ignorar que a princípio existia o fim defensivo.

No entanto, o excesso doloso também poderá ocorrer quando o agente, em virtude de erro de proibição, acredita que possa ir além do permitido discriminado na legítima defesa, sendo então a conduta prática derivada de erro sobre os limites de uma causa de justificação; devendo ser verificado se o mencionado erro poderia ser evitado ou se trataria de um erro inevitável. Ainda às contribuições de Greco (2003, p. 401)

Se inevitável, o agente, embora atuando em excesso, será considerado isento de pena; se evitável o erro, embora o fato por ele praticado seja típico, ilícito e culpável verá sua pena reduzida entre os limites de um sexto a um terço, nos termos da parte final do art. 21 do Código Penal.

Assim não se pode ocultar que no excesso doloso exista o fim defensivo, mas também não se pode negar que não esteja presente a vontade de repelir concretamente a agressão.

#### 4.2.2 Excesso Culposo

O excesso culposo ocorre quando o agente cometeu a agressão por erro de cálculo ou por avaliar mal a situação que o envolvia.

Na primeira hipótese, o agente da agressão acredita que está sendo ou que ainda poderá ser agredido e, crendo nisso, dá continuidade à repulsa. A respeito deste conceito Greco (2003, p. 402) exemplifica:

Alfredo, campeão de luta livre, começa, injustamente, a agredir Patrocínio. Este último, agindo com animus defendi, querendo fazer cessar a agressão que era praticada contra a sua pessoa saca um revólver e atira em seu agressor que cai ferido gravemente. Patrocínio, ainda supondo que Alfredo daria continuidade ao ataque, mesmo ferido, por avaliar erroneamente a situação de fato em que estava envolvido, efetua o segundo disparo, quando já não se fazia mais necessário.

Patrocínio agiu por uma situação que jamais poderia acontecer, mas sua imaginação o levou a acreditar que fosse possível. Neste sentido, agiu em legítima defesa putativa que determinado pela primeira parte do § 1º artigo 20 do Código Penal; embora tenha agido com dolo, responderá com as penas correspondentes as de um crime culposo.

Na segunda hipótese, ocorre quando a ação do agente desde o início é desnecessária atuando de forma ininterrupta, num único instante, quando na verdade, não havia necessidade da intensidade como atuou. Com muita precisão Carrara *apud* Guerrero (1997, p. 141) define os dois conceitos

Aquele que, iludido sobre a gravidade e sobre a inevitabilidade do próprio perigo, mata ou fere, não possui a vontade, não possui a consciência de delinquir. Não se acha, pois, absolutamente em dolo, porque não conhece a contradição do seu ato e a lei. Pode-se reprovar-lhe um erro de cálculo, uma precipitação, e, assim o que constitui a culpa.

É possível dizer que toda escolha proposital de um meio que provoque uma agressão desnecessária ao agressor, em detrimento a outro meio menos gravoso, mas igualmente capaz de frustrar a injusta agressão ou iminente e disponível ao tempo de defesa, tem-se o excesso doloso, deixando esta de ser justificada, do mesmo modo, se é feita à escolha adequada do meio, mas lhe dá emprego exagerado. É preciso uma grande e detalhada avaliação neste aspecto uma vez que o agente poderá ter avaliado mal a situação ao acreditar que está sendo ou poderá vir a ser agredido, continuando a repulsa.

#### **4.2.3 Outras Modalidades de Excesso**

De acordo com o artigo 23, parágrafo único, do Código Penal, haveria apenas duas modalidades de excesso, o doloso e o culposo. Entretanto, a doutrina acrescenta outras modalidades de excesso.

##### **4.2.3.1 Excesso intensivo**

Segundo de Greco (2003, p. 403), o excesso intensivo ocorre quando o agente intensifica-se imoderadamente, mesmo quando poderia atuar de forma mais branda.

(...) Há excesso intensivo, se o agente, durante a repulsa à agressão injusta, intensifica-a imoderadamente, quando, na verdade, no entanto, para fazer cessar aquela agressão, poderia ter atuado de forma menos lesiva.

Analisando o conceito, Jesus (2002, p. 396) relata exemplificando:

(...) o sujeito é agredido injustamente. Reage licitamente do ponto A ao B. De B em diante, não obstante não mais necessária a reação, prossegue agindo, ultrapassando os limites da conduta imposta pela situação.

No caso, o sujeito responde por dolo ou culpa, de acordo com o parágrafo único do artigo 23 do Código Penal: “O agente, em qualquer das hipóteses desse artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”.

Em síntese, o excesso intensivo refere-se aos meios empregados, o agente exagera na intensidade da conduta defensiva ainda em curso.

#### 4.2.3.2 Excesso extensivo

Diz-se extensivo o excesso quando o agente, atuando amparado pelos requisitos da legítima defesa, depois de fazer cessar a agressão, dá continuidade à repulsa, praticando uma conduta ilícita.

Entretanto, o excesso extensivo, que por alguns doutrinadores chamam como excesso na causa, ocorre quando o agente dá continuidade à repulsa e pratica uma conduta ilícita. Jesus (2002, p. 396), analisando o conceito, retrata uma possibilidade de simulação de legítima defesa como pretexto para justificar a desproporção da agressão:

(...) excesso extensivo (excesso na causa) ocorre nas hipóteses em que o autor simula uma situação de legítima defesa (pretexto de justificação) ou há desproporção entre a agressão e a reação (ex.: morte de uma criança que, estava furtando uma maçã). Neste caso, o excesso extensivo a legítima defesa.

Portanto, o excesso é caracterizado quando o agente, mesmo sabendo que sua conduta inicial já havia feito cessar a agressão sofrida, dá continuidade ao ataque.

Para melhor distinção entre ambos os excessos, elucida Greco (2003, p. 404) :

Se alguém, ao ser atacado por outrem, em razão do nervosismo em que se viu envolvido, espanca o seu ofensor até a morte, pois não conseguia parar de agredi-lo, como o fato ocorreu numa relação de contexto, ou seja, não foi acessada a agressão para, posteriormente, decidir-se por continuar a repulsa, o excesso, aqui, será considerado intensivo.

Greco (2003, p. 404) também nos traz outro exemplo de excesso extensivo:

Se alguém, após ter sido agredido injustamente por outrem, repele essa agressão e, mesmo depois de perceber que o agressor havia acessado o ataque porque a sua defesa fora eficaz, resolve prosseguir com golpes, pelo fato de não mais existir agressão que permita qualquer repulsa, o excesso será denominado de extensivo.

No excesso extensivo o agente persegue atuando mesmo depois de cessada a agressão.

#### 4.2.3.3 Excesso Exculpante

A maioria dos doutrinadores cita o excesso exculpante, por sua vez este é mesmo merecedor de tal ênfase uma vez que o objetivo deste é exculpar, afastar a culpabilidade, ou seja, não merece reprovação quem atuar nesse tipo de excesso.

É o produto das afetações psíquicas que a pessoa passava no momento da ocorrência da agressão e abalam o agente que está sofrendo agressão fazendo com que não se possa exigir a moderação imposta pelo artigo 25 do Código Penal Brasileiro.

Conforme Greco (2009, p. 366) nos mostra em sua obra, a este respeito que já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), tendo como relator o excelentíssimo Juiz de Direito Freitas Barbosa:

(...) Se é antijurídico, pode ser doloso ( ao 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.

Em fusão disso, não é cobrada a moderação; e a culpa do agente é eliminada, ou seja, há uma ocorrência de um excesso da defesa, porém, este excesso não é reprovável, pois não pode ser exigido do agente outra conduta que não aquela por ele adotada haja vista que o pavor do indivíduo é tão grande que não lhe permite avaliar a situação com a devida cautela, fazendo com que o agredido vá além do necessário para cessar a agressão.

## 5 LEGÍTIMA DEFESA RECÍPROCA

O excesso é a conduta que ultrapassou o limite do permitido e necessário, deste modo o agressor, passa a ser o agredido no consentimento de que o excesso foi praticado quando não mais havia agressão injusta.

Na doutrina esse acontecimento é denominado de legítima defesa sucessiva, pois uma defesa sucede a outra no momento em que esta deixa de ser legítima. Damásio de Jesus (2002) define legítima defesa sucessiva como sendo a repulsa contra o excesso e exemplifica: “A, defendendo-se de agressão injusta praticada por B, comete excesso. Então, de defendente passa a agressor injusto, permitindo a defesa legítima”.

No entanto, segundo Nucci (2009), a possibilidade de legítima defesa contra legítima defesa, ou contra outra excludente de ilicitude não é possível, pois a agressão não pode ser injusta, ao mesmo tempo, para duas partes distintas e opostas. Carrara *apud* Guerrero (1997) concorda com Nucci (2009) e afirma que não se pode falar de defesa sucessiva porque, nesses casos, falta o requisito da injustiça.

Nucci (2009), entretanto, admite a possibilidade de haver legítima defesa real contra legítima defesa putativa ou contra outra excludente putativa. Isso porque a legítima defesa real é reação contra agressão verdadeiramente injusta e a chamada legítima defesa putativa é uma reação a uma agressão imaginária. Segundo o autor, no primeiro caso exclui-se a antijuridicidade; no segundo, afasta-se a culpabilidade.

Destaca, ainda, a possibilidade de absolvição de ambos os contendores, caso alguém tenha agido em legítima defesa, por não se apurar, durante a colheita da prova, de quem partiu a primeira agressão, considerada injusta. A absolvição, nesse caso, seria com base na insuficiência de provas, e não no reconhecimento da legítima defesa recíproca.

## 6 OFENDÍCULOS

O aumento da violência faz com que a sociedade e o cidadão utilizem cada vez mais de meios próprios para protegerem a si mesmo e aos seus bens, providenciam em suas casas obstáculos, tropeços e armadilhas com a finalidade de impedir ou interromper ações de agentes delituosos os instrumentos utilizados para tal finalidade na maioria das vezes são: arames farpados, cacos de vidro, corrente elétrica, e vários outros, além de objetos também utilizam cães como animais de guarda.

Esses aparelhos ou dispositivos são denominados ofendículos, que em síntese, significa obstáculos, impedimento ou tropeço.

Os ofendículos são também chamados de defesa preordenada, sendo este dispositivo ou instrumento que impeçam ou embaraçam o acesso do agente delituoso ao bem protegido. De acordo com Mirabete e Fabbrini (2007, p. 190)

(...) são aparelhos para a defesa da propriedade (arame farpado, cacos de vidro em muros, etc.) visíveis e a que estão equipados os meios mecânicos ocultos (eletrificantes de fios, de maçanetas de portas, a instalação de armas prontas para disparar a entrada de intrusos, etc).

A natureza jurídica dos ofendículos é motivo de grandes divergências entre doutrinadores. Alguns consideram uma situação de legítima defesa, outros entendem que a utilização dos ofendículos é exercício de direito. Jesus (2002, p. 398) opina sobre os dois conceitos e faz algumas ressalvas:

(...) a predisposição do aparelho de acordo com a doutrina tradicional, constitui exercício regular de direito. Mas, quando funciona em face de um ataque o problema é de legítima defesa preordenada, desde que a ação do mecanismo não tenha início até que tenha um lugar o ataque e que a gravidade de seus efeitos não ultrapasse os limites de excludente da ilicitude.

A questão mais delicada consiste no exame da proporção entre defesa e ofensa. É muito difícil se estabelecer essa proporção, levando-se em

consideração o bem colocado em perigo, visto não se saber qual será o comportamento do agressor.

Siqueira (1950) adverte sobre a impossibilidade de existir excesso uma vez que não se pode medir o grau de agressividade, segundo ele nesses casos nem se deve falar em excesso de defesa, pois, ao se tratar de criminoso ignorado, não se pode precisar o grau de agressividade e, conseqüentemente, não se pode também proporcionar a reação ao ataque.

Para Mazini a impossibilidade de existir excesso deriva da falta requisito de necessidade e atualidade do perigo de uma defesa injusta no momento em que o mecanismo é preparado. Portanto não havendo legítima defesa, como conseqüência não se pode falar de excesso.

No entanto não se pode negar, a princípio, a possibilidade da ocorrência da legítima defesa, mas, por outro lado, não se admite também que qualquer ato praticado seja permitido por estar amparado por esta excludente. É preciso verificar a responsabilidade penal do agente, mesmo porque não se pode negar que o agente inicialmente não se encontrasse em legítima defesa, entretanto, o exame para verificar se houve ou não excesso devera ser feito caso a caso. Incidindo o reconhecimento do excesso, sua conduta será regulada pelas normas gerais do instituto.

Jesus (2002) ensina que, se o proprietário eletrifica a maçaneta da porta da rua, responde pelo resultado produzido em terceiro que a toque a título de culpas ou dolo. Se, entretanto, eletrifica a maçaneta de uma porta interna contra ataque de ladrão, encontra-se em legítima defesa.

Por haver uma clara desproporção entre o bem ameaçado e o lesado é muito comum à ocorrência de excesso na defesa preordenada especialmente o conhecido como excesso na causa, onde, principalmente, a escolha dos meios para efetuar a proteção da propriedade não é a mais acertada, bem como seu uso é absolutamente desproporcional. Podemos citar como exemplo a proporção dos cacos de vidro que são empregados na maioria das vezes de forma facilmente perceptivo capazes de provocar lesões leves com a desproporção dos instrumentos utilizados especialmente em certos locais dificilmente visíveis e que são capazes de produzir até a morte.

Conforme o explanar de Bruno *apud* Greco (2003, p. 409):

(...) A zona de ilícito termina necessariamente onde começa o abuso. É preciso que o valor do bem jurídico justifique o dano possível a ser sofrido pelo agressor, e que os meios de proteção sejam dispostos de modo que só este possa vir a sofrer o dano, como replica do Direito ao seu ato injusto e não possam constituir perigo para qualquer outro, inocente.

A discussão quanto á natureza jurídica dos ofendículos é de mero caráter precedente, pois os mesmos são aceitos pelo nosso ordenamento jurídico, devendo o agente tomar certas precauções na utilização desses instrumentos, podendo ser responsabilizados pelos resultados advindos.

## 7 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, percebeu-se que o instituto da Legítima Defesa é bastante complexo, pois para existir tal situação é necessária a presença dos requisitos objetivos dispostos no artigo 25 do Código Penal, bem como do requisito de ordem subjetiva, que é o conhecimento por parte do agredido da situação da injusta agressão e da necessidade da repulsa.

Pode-se concluir que o excesso da legítima defesa inicia-se na prática sob o amparo de uma excludente de ilicitude, que por excesso por parte de agente, transforma-se em conduta punível, por haver sido realizada desnecessariamente, seja dolosa ou culposa.

Com o aumento da violência, o instituto estudado se encontra cada vez mais presente nos conflitos. A ação em defesa própria ou alheia deve sempre vir precedida de uma situação de legítima defesa que possa permiti-la. No entanto, há casos em que o indivíduo ao sentir-se ameaçado, por erro de tipo ou de proibição plenamente justificado pelas circunstâncias do caso concreto, supõe estar em face de uma agressão injusta que, na verdade, não estava acontecendo.

Vale ressaltar que o instituto da legítima defesa é de grande importância para a sociedade, pois quando o Estado não tiver como tutelar os direitos dos cidadãos em tempo oportuno, os mesmos possam se defender legalmente, devendo ser analisados em cada caso concreto, desde que preenchidos os seus requisitos objetivos e subjetivos, não ficando assim a mercê dos infratores.

É importante ressaltar que esta breve pesquisa não pretendeu esgotar o presente assunto abordado.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Ferreira de. **Bíblia de estudo de aplicação pessoal**. Casa Publicadora das Assembleias de Deus: Rio de Janeiro, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL, **Código Penal e Constituição Federal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal, Constituição Federal e Legislação Complementar**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA JUNIOR, Paulo. **Curso de Direito Penal**. v.1. São Paulo, Saraiva, 1986.

FERRACINI, Luiz Alberto. **Legítima Defesa**. São Paulo: De Direito, 1996.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

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

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 1. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.