

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO**

Henrique César Ferreira Queiroz

O EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

PARANAÍBA/MS

2016

Henrique César Ferreira Queiroz

O EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Isael José Santana

PARANAÍBA/MS

2016

Q44e Queiroz, Henrique César Ferreira

O excesso na legítima defesa/ Henrique César Ferreira Queiroz. - -
Paranaíba, MS: UEMS, 2016.
52f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Isael José Santana.

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Estadual de
Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Legítima de defesa. 2. Excludente de ilicitude. I. Queiroz, Henrique
César Ferreira. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade
de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 345

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

HENRIQUE CÉSAR FERREIRA QUEIROZ

O EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Isael José Santana (Orientador)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof^a .Me. Muriel Amaral Jacob
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Dr. Fabio Francisco Esteves
Magistrado do Distrito Federal

Aos meus pais Moreth e Ângela.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu pai César Moreth, exemplo de pessoa digna, um exímio pai, sempre me passou bons ensinamentos.

À Angela minha mãe, que me ensinou diversos valores e me apoiou a todo o momento durante a jornada da graduação, mesmo quando parecia nada dar certo.

À Pamella por todo o apoio e por sempre estar ao meu lado nos momentos de felicidade e também nos momentos difíceis.

À meus irmãos que eu amo tanto e são minha maior alegria.

À toda minha família que sempre está ao meu lado e torcendo por mim em tudo aquilo que eu faço.

Aos meus amigos, por todos os momentos alegres que passei durante o período da Universidade e também antes dela, por todas as demonstrações de cumplicidade e amizade, mesmo durante os momentos mais conturbados da minha vida, em especial o Cassiano, Jaime, Isadora, Monique e Giulia por me dar muita força no final do curso.

Ao meu orientador Isael José Santana por todo auxílio prestado, paciência e principalmente por estar sempre á disposição nos momentos de dúvidas.

Ao Dr. Fabio Francisco Esteves, pelas indicações de obras e artigos e sugestões que tornaram possível o presente estudo.

Ao Professor Rodrigo Cogo, pelos vastos ensinamentos compartilhados em sala de aula. A todos que, de alguma forma, contribuíram para a realização deste projeto.

Muito Obrigado!

Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível.

Charles Chaplin

RESUMO

Com o tema “O excesso na legítima defesa” o presente trabalho monográfico tem como intuito analisar a legítima defesa dando abordagem ao seu excesso. Dessa forma, irá mostrar conceitos relativos ao tema, demonstrar conhecimento sobre uma política criminal, enfatizar as causas de excludente de ilicitude, os tipos e requisitos de legítima defesa, os tipos de excesso, bem como uma evolução histórica passando por costumes ancestrais até os mais recentes. A exposição do trabalho é feita de maneira objetiva e clara, citando alguns exemplos hipotéticos, casos conhecidos, jurisprudências e julgados atuais, para mostrar que o tema não é ultrapassado e sim discutido cotidianamente. É pretendido também, mostrar que o instituto da legítima defesa é inerente ao homem e que seu excesso não é autônomo. Além disso, é importante sua caracterização para que o agente seja responsabilizado por sua conduta excessiva. Desse modo, o Código penal traz expresso no parágrafo único do art. 23 que será punido aquele que agir em excesso em quaisquer das hipóteses de excludente de ilicitude. A metodologia utilizada se baseia em consultas na legislação, pesquisas jurisprudenciais, e levantamentos bibliográficos. Espera-se após a conclusão da pesquisa ter colaborado com os profissionais que atuam nessa área, além de contribuir com outros estudos sobre o tema.

PALAVRA-CHAVE: Legítima defesa. Excesso. Excludente de ilicitude.

ABSTRACT

This monographic brings up the theme "The excess in self-defense" reviewing the main concept so addressing the excess that may occur. Furthermore, this study introduces ideas related to the topic, demonstrate awareness of a criminal policy, emphasizing the causes of legal excuse, kinds and legitimate defense requirements, the types of excess, as well as a historical evolution beginning through ancestral customs to the most recent. This presentation was done to appear objective and clear, hence some known cases, hypothetical examples, jurisprudences and current trials were used to demonstrate that this issue still being discussed nowadays. Besides it is aimed to show that the institute of self-defense is inherent to men and his excesses is not autonomous. Moreover, the characterization is important so who committed the felony can respond according to them behavior. Thus, the Criminal Code brings expressed in one only paragraph of art. 23 that those who exceed in any of the cases of legal excuse must be punished. The methodology is based in jurisprudences surveys, and literature researches. This paperwork is expected to contribute to other professionals acting in area, is also able to foment another studies on the same subject.

KEYWORD: Self-defense. Excess. Legal excuse.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 LEGÍTIMA DEFESA E O DIREITO DE PUNIR	12
1.1 Aspectos históricos	12
1.2 Breve histórico de punições nas civilizações antigas	13
1.3 Natureza jurídica e fundamento	15
1.4 Conceito	16
1.5 Requisitos da legítima defesa	17
1.5.1 Dos bens tuteláveis.....	19
1.5.2 Agressão injusta ou iminente	20
1.5.3 Moderação no emprego dos meios necessários.....	20
1.5.4 Agressão injusta a terceiro.....	21
2 DA LIGAÇÃO ENTRE LEGÍTIMA DEFESA E POLÍTICA CRIMINAL	22
2.1 Conceito de política criminal	25
2.2 Breves apontamento sobre política criminal	31
2.3 Princípios Da Política Criminal	35
2.4 A Punição Do Excesso Na Legítima Defesa	37
3 MODALIDADES DE EXCESSOS NA LEGÍTIMA DEFESA	40
3.1. Excesso doloso	40
3.2 Excesso Culposo	40
3.3 Excesso exculpante	42
3.4 Excesso intensivo e extensivo	45
3.5 Legítima defesa putativa	45
3.6. Fundamentos do Tribunal do Júri	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

Este estudo trata-se de trabalho de conclusão de curso o qual deverá ser apresentado com o intuito de obter o grau de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Unidade Universitária de Paranaíba. O tema escolhido para esse trabalho foi “O excesso na legítima defesa”.

Esse tema foi escolhido por abordar uma questão bastante discutida no nosso ordenamento jurídico com várias posições e colocações diversas. Entretanto com o aprofundamento do estudo podemos retirar uma grande quantidade de informações nos possibilitando um melhor entendimento do tema. Tal pesquisa tem a intenção de ajudar juristas e estudantes que possuem dúvida sobre o caso.

O direito penal estabelece a relação social e os bens juridicamente protegidos. O ordenamento jurídico brasileiro prevê no art. 23 do Código Penal a exclusão da ilicitude, significa que o indivíduo que encontra-se em uma das posições ali descritas, após cometer determinados atos, não terá cometido crime algum, dada a exclusão da ilicitude do ato praticado. Como foi colocado pelo artigo o modo necessário para se defender tem que ser moderado. Conforme o art. 23, parágrafo único do Código Penal configurando-se o excesso, tal ato será julgado de forma ilegal e não aceita no ordenamento jurídico. Tal questão será analisada (profundamente) nesse trabalho, envolvendo a natureza da vontade que pratica o excesso, as consequências jurídicas do excesso, posições de doutrinas e jurisprudências envolvendo tal delito.

O art. 23, parágrafo único, do Código Penal estabelece que: “O agente, em qualquer das hipóteses desse artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”. Assim, fica a cargo do julgador estabelecer, de acordo com a matéria probatória, se o agente mediante injusta agressão agiu com os meios moderados. Havendo outra forma menos gravosa de evitar ou afastar uma possível agressão ou iminência, e essa não foi utilizada, configura-se o excesso.

A hermenêutica aplicada no caso em concreto tem relação estreita com a criminologia, qual seja, o que se pode determinar e em que casos se houve conduta que ultrapasse a questão positivada para ser configurada como excessiva.

São muitos os indivíduos que se valendo deste direito natural, praticam ilícitos e o justificam como legítima defesa. Sendo assim é necessário que o magistrado perante esses casos de legítima defesa preste uma maior atenção nos requisitos que qualificam a

mesma, dando um maior enfoque principalmente para o uso de meios moderados, pois o indivíduo que ultrapassa esses meios necessários estará cometendo o excesso.

Neste sentido os questionamentos a serem brevemente respondidos neste trabalho são: o que é legítima defesa? Existe excesso na legítima defesa? Porque se torna necessário identificar um excesso na legítima defesa? Como fazer esta identificação? Quais os pressupostos que devem ser observados? Qual seria o comportamento da vítima em face ao seu agressor? Como avaliar seu comportamento? Que meios e que modos são admitidos usar no momento da defesa? Quais os tipos de legítima defesa?

Para alcançar os objetivos da pesquisa, de início foi feito uma análise histórica referente a legítima defesa, direito a vida, e o direito penal na antiguidade. Em um segundo momento foi abordado um estudo criminológico com enfoque na defesa social priorizando a punição do excesso. Chegando ao fim foram analisados os tipos de legítima defesa, com seus requisitos e meios necessários a evita-lo e meios a excedê-lo.

O presente estudo monográfico tem por finalidade analisar se cabe ou não a configuração do excesso na legítima defesa em casos de autodefesa. A legítima defesa neste trabalho será analisada e estudada a luz do nosso Direito Penal. No que diz respeito ao método de pesquisa, no presente trabalho constatasse o método exploratório-descritivo, com pesquisas bibliográficas, em sites e documentais, incluindo jurisprudências, com posicionamento dos tribunais nacionais referentes aos casos concretos.

Todos os seres humanos podem passar por momentos em que será inevitável se defender, mas se defender de acordo com o que é estipulado em lei aquilo que for necessário para cessar a agressão. Cabe ao agente ter conhecimentos dos limites a não serem ultrapassados, para que a legítima defesa seja considerada legítima. Caso essa defesa não for legítima, o excesso deverá ser punido rigorosamente pelas autoridades capazes.

1. LEGÍTIMA DEFESA E O DIREITO DE PUNIR

1.1. Aspectos Históricos

A história da legítima defesa se deve muito ao instinto humano. Qual pessoa sendo atacada não tenta se proteger? Portanto, podemos considerar que a legítima defesa é algo que surge naturalmente, sendo tempestivamente impossível de definir quando foi o seu verdadeiro surgimento. Sabe-se que, desde os tempos mais primitivos, o ser humano atua em sua defesa ao prever algum perigo, é algo de seu instinto, que independe de regras que regulem seus atos de defesa.

Deste modo é da maioria do entendimento dos doutrinadores que haverá sempre uma divergência no tocante a esse tópico. Desse modo, a sociedade irá buscar com base no direito uma forma de legitimação da ação de autodefesa do ser humano com base nos padrões aceitáveis.

JESUS (2011, p. 425) explica que:

É inútil buscar entre os povos primitivos vestígios da legítima defesa. Encontraríamos entre eles formas primordiais de reação ao ataque, mas sem caráter algum de direito. Um homicídio ou lesão, segundo as circunstâncias do caso, eram considerados como ofensa ou vingança, como pena ou delito, mas sem a conceituação jurídica de hoje.

A noção jurídica da legítima defesa apenas surgiu no momento em que surgiu o dever do Estado de punição diante uma agressão. A partir desse momento houve uma evolução do direito de punir e também do direito de liberdade, como explica Jesus (2011, p. 425) “de um lado, o magistério estatal punitivo como forma de repressão ao delito; de outro, a legítima defesa exercida por qualquer particular injustamente vítima de agressão”.

Nas sociedades antigas, conforme se denota das codificações que se tem notícia, a exemplo da Hindu (inserida na realidade oriental), bem como as sociedades clássicas ocidentais, quais sejam, Grécia e Roma, o instituto de defesa à vida e honra era amplamente garantidas em tais sistemas, enquanto nas civilizações de origem germânica, a ofensa legítima possuía íntima ligação com a vingança privada, ou melhor, se pode afirmar que deriva desta, já que o intuito buscado era privar o injusto agressor de sua integridade, tanto física, moral ou patrimonial. Denota-se, portanto, que é um desdobramento do talião.

Ainda em relação aos aspectos históricos da legítima defesa Jesus (2011, p. 426) assevera que:

O Direito Canônico tirou da legítima defesa o caráter de direito, convertendo-a em necessidade escusável, submetida a penitências religiosas e à exigência de fuga do agredido, embora estatuidando o dever de defender terceiro. Esse espírito permaneceu no Direito francês até que pela Revolução, renovando a tradição romana, decidiu-se pelo art. 5º do CP de 1791 que no caso de homicídio legítimo, entendido como o praticado em legítima defesa, não existia crime ou pena. Essa ideia passou para os Códigos de todo o mundo.

Nos termos defesos por Rousseau, quando o homem nasce já está submetido às cláusulas do Contrato Social pactuado junto ao Estado. Deste modo, com a submissão ao referido pacto, o indivíduo particular cede ao Estado o *ius puniendi* oriundo das relações com os demais particulares.

Neste óbice, surgem algumas indagações quanto a situações excepcionais. Partindo da seguinte hipótese: um indivíduo encontra-se em sua normalidade, quando outro indivíduo tenta, injustamente, ceifar sua vida. Caso o agressor logre êxito em seu intento, haverá, por parte do Estado, a imputação da pretensão punitiva que lhe compete, em razão da violação de um dos preceitos garantidores da ordem social. Não seria plausível (ou até justo, dependendo da concepção do conceito) a vítima aguardar a atuação estatal, já que a ação consumada é irreversível. Por tais razões, que se há a necessidade de garantir que a vítima da injusta agressão atue de modo suficiente a tutelar seu bem jurídico (no caso a vida) passivo de violação, não deverá incorrer em crime, vez que atuou em nome de seu instinto natural de sobrevivência.

1.2. Breve Histórico de Punições nas Civilizações Antigas

A civilização grega foi marcada pela substituição gradual da vingança privada pela pena pecuniária. Neste período, a pena de privação da liberdade por ato ilícito era raríssima, geralmente tal sanção era destinada àqueles que não adimpliam com a pena pecuniária. Neste diapasão, aponta PRADO (1993, p. 27) sobre as penas de multa:

Eram cominadas para a grande maioria dos ilícitos penais relevantes, já que a pena detentiva só era aplicada excepcionalmente. Em determinada época, assiste-se a uma progressiva difusão do uso da sanção pecuniária, a ponto de substituir certos delitos originariamente punidos com a morte.

A civilização romana, assim como a helênica também empregou largamente a pena pecuniária para punição de atos ilícitos, fossem eles de natureza pública ou privada. Neste sentido:

A repressão penal dos chamados crimina publica estava a cargo do Estado, representado pelo magistrado com poder de *imperium*. Nos delitos privados era confiada ao particular ofendido, havendo a interferência estatal apenas para regular o seu exercício. Os *delicta* pertenciam à esfera do Direito Privado (fonte de obrigação). A pena para estes delitos era, em sua maioria, pecuniária. (PRADO, 1993, p. 29)

Outra característica marcante no sistema penal da sociedade romana era o caráter social e humanitário presente na aplicação das penas pecuniárias. Prado relata que “as multas excessivas eram nulas de pleno direito”, além disso, explica que: “Os pobres estavam mesmo isentos.” (PRADO, 1993, p. 30).

Quanto à cultura germânica, inicialmente a punição dos ilícitos era baseada na vingança privada, posteriormente, o Estado passou a coibir a referida prática de reparação monetária dos danos. Neste sentido:

Entre os bárbaros germânicos vigorava originariamente a vingança de sangue (*Blutrache*), que somente em etapas mais avançadas, com o fortalecimento do poder estatal, foi sendo gradativamente substituída pela composição voluntária, depois obrigatória. Consistia tal instituição na obrigação de compensar o dano com uma quantia em dinheiro, objetivando a supressão da vingança privada. (PRADO, 1993, p. 32)

Segundo PRADO (1993, p. 23), havia três formas distintas de composição judicial por entre os povos germânicos. A primeira, denominada Wergeld, nos dizeres de Prado (1993, p. 32), consistia em uma “composição paga ao ofendido ou ao seu grupo familiar (*Sippe*), a título de reparação pecuniária (indenização do dano)”.

A segunda espécie, chamada de Busse, “corresponde à soma (preço) que o delinquente pagava à vítima ou à sua família, pela compra do direito de vingança (*Racherecht*); por ela, aquele se libertava da vingança” (PRADO, 1993, p. 33).

A terceira espécie é denominada Friedgeld ou fredus, esta, “consistia no pagamento feito ao chefe tribal, ao tribunal, ao soberano ou ao Estado, como preço da paz. Era devido por violação da paz (ordem pública) ou pela intervenção conciliatória do Estado, garantidor de proteção contra vingança do ofendido” (PRADO, 1993, p. 33).

Já no direito medieval, dada a pluralidade de reinados, existiam diversos ordenamentos penais, na península ibérica, estes eram denominados “fueros”. Neste sentido, aponta Prado (2016, p. 37) que “diante da impossibilidade de se manter uma

única fonte legislativa, devido ao grande número de pequenos reinos, surgiu um enxame de fueros que inundou as monarquias espanholas”.

Com relação aos tipos penais vigentes da época, assim como os valores das multas cominadas aos infratores, Prado (1993, p. 38) cita o exemplo do ordenamento de Jaca:

O fuero de Jaca (1063), primeiro fuero municipal escrito, outorgado por Sancho Ramirez, cominava para tentativa de homicídio (empunhar arma contra vizinho) a pesada multa de 1.000 soldos (sobre da cominada para o homicídio simples). As lesões corporais praticadas na presença do rei (circunstância agravante) ou em seu palácio, se ele ali se encontrava, eram castigadas com multa de 1.000 soldos.

Posteriormente, as formas privadas de vingança foram substituídas por conceitos de legítima defesa que buscavam regular as reações dos ofendidos às agressões sofridas por seus agressores.

1.3. Natureza Jurídica e Fundamento

A legítima defesa apresenta dois fundamentos: a necessidade de defender bens jurídicos perante uma agressão, e defender o próprio ordenamento jurídico que se vê prejudicado perante agressão ilegítima. Dessa forma, MIRABETE (2004, p. 186) explica que:

Várias teorias foram expostas para explicar os fundamentos da legítima defesa. As teorias subjetivas, que a consideram como causa excludente da culpabilidade, fundam-se na perturbação de ânimo da pessoa agredida ou nos motivos determinantes do agente, que conferem licitude ao ato de quem se defende etc. As teorias objetivas, que consideram a legítima defesa como causa excludente da antijuridicidade, fundamentam-se na existência de um direito primário do homem de defender-se, na retomada pelo homem da faculdade de defesa que cedeu ao Estado, na delegação de defesa pelo Estado, na colisão de bens em que o mais valioso deve sobreviver, na autorização para ressaltar o interesse do agredido, no respeito a ordem jurídica, indispensável a convivência ou na ausência de injuridicidade da ação agressiva.

Portanto, a doutrina entende que as teorias objetivas são indiscutivelmente as mais corretas a serem adotadas, uma vez que cada uma delas ressalta uma característica da legítima defesa. Sendo assim, BITENCOURT (1997, p. 141) afirma que o fato de o Estado reconhecer sua impossibilidade de solucionar todas as violações que ocorrem de ordem jurídica e não incentivando a natureza humana a resolução de conflitos com seus

próprios meios “numa postura de covarde resignação”, permitiu excepcionalmente que aquele que sofresse uma agressão injusta desde que atual ou iminente pudesse utilizar-se da legítima defesa.

Diante de tais afirmações, quanto as teorias objetiva e subjetiva que orientam a legítima defesa, sabe-se que o instituto não é absoluto, pois a conduta realizada pelo agente deve observar alguns requisitos, para que não se torne mera vingança. Neste sentido considera GRECO (2016, p. 443):

Contudo, tal permissão não é ilimitada, pois encontra suas regras na própria lei penal. Para que se possa falar em legítima defesa, que não pode ser jamais confundida com vingança privada, é preciso que o agente se veja diante de uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, responsável constitucionalmente por nossa segurança pública, e, só assim, uma vez presentes os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, agirem sua defesa ou na defesa de terceiros.

A legítima defesa, portanto, foi inserida em nosso ordenamento jurídico através do art. 25 do Código Penal que estabelece que “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Percebe-se desse modo, que o legislador buscou oferecer um conceito de legítima defesa trazendo no texto legal todos os elementos que a caracterizam, tentando evitar dessa forma que tal conceito fosse interpretado pela doutrina ou com base em decisões dos tribunais.

Diante disso, considera BITENCOURT (2004, p. 319):

A legítima defesa, nos termos em que é proposta pelo nosso Código Penal, exige a presença simultânea dos seguintes requisitos: agressão injusta, atual ou iminente; direito próprio ou alheio; meios necessários usados moderadamente; elemento subjetivo; *animus defendendi*.

Então quando faltar um dos requisitos estipulados para determinar a legítima defesa esta não será configurada.

1.4. Conceito

É dever do Estado reagir diante de agressões, porém, nos casos em que não é possível a intervenção estatal permite-se a autodefesa. A legítima defesa nada mais é do que o direito de se autodefender, no entanto, essa defesa deve ocorrer de forma moderada, de maneira que apenas elimine a injusta agressão.

Assim, conforme o art. 25 do Código Penal “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Doutrinadores respeitados no Direito Penal enfatizam aquilo que consideram correto sobre esse polêmico tema. Greco por exemplo, deixa explícito que para ele não podemos confundir a legítima defesa 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. (GRECO, 2016, p 443)

Sendo assim, fica evidente a necessidade dos requisitos necessários para que se possa agir por contra própria em situações desfavoráveis. Além disso, é necessário enfatizar que tal ato só pode ser realizado se o Estado estiver totalmente impossibilitado de agir.

Para conceituar com mais detalhes NUCCI diz:

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, 2016, p.245)

NUCCI (2016, 246) demonstra ainda a dificuldade que o Estado tem de estar sempre presente em todos os lugares possíveis, explicando que nesses casos a legítima defesa é um meio permitido da vítima se defender.

Desse modo, entende-se que ao utilizar o seu direito de legítima defesa, o indivíduo consegue afastar 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.

1.5. Requisitos da Legítima Defesa

No nosso ordenamento jurídico quando citamos a legítima defesa, a primeira coisa que vem a cabeça é a proteção, ou seja, a tutela dos bens. O exercício do direito pode partir de vários precedentes, desde um objeto de alto ou pequeno valor ou o exercício de um direito, a sua vida ou de outrem, lembrando que é sempre importante

prezar pela proporcionalidade entre a ação de defesa e a de agressão, e se possível for escolher sempre o meio menos lesivo.

Para se configurar a legítima defesa, são necessários alguns requisitos: a moderação no emprego dos meios necessários; agressão injusta atual ou iminente; a defesa de um direito próprio ou alheio. Esses requisitos não podem faltar, caso não configure qualquer um deles não valerá a legítima defesa.

Doutrinadores acham que para haver as excludentes de ilicitude é necessário que o agente conheça a situação justificante, ou seja, neste caso o agente que se colocar em legítima defesa deve ter conhecimento de estar tutelado por ela.

De acordo com Guerrero (1997, p. 45) “a legítima defesa, essencialmente apoia-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.”

Para melhor definir os requisitos, vamos separá-los e discuti-los.

1.5.1. Dos bens tuteláveis

A legítima defesa poderá ser invocada em causa própria ou de terceiros, sendo também possível a defesa de qualquer bem jurídico, onde se é exigido uma proporção entre a ação defensiva e agressão a ser repelida. Na história, a legítima defesa teve seu surgimento basicamente ligado aos crimes de homicídios e lesões corporais, porém, ordenamento jurídico brasileiro e em todas as legislações contemporâneas e admitido ao indivíduo justificar a sua ação em defesa de qualquer bem jurídico, incluindo aqueles que não se encontram tutelados penalmente, exigindo-se apenas que seja esta defesa contida nos limites da necessidade e da moderação, então pode-se afirmar que é defeso ao indivíduo defender desde seu direito de dormir face ao som com música alta do vizinho numa terça-feira as 23hs, até mesmo ao assaltante que lhe aborda em frente a própria casa para levar seu veículo.

Como um exemplo é o ordenamento jurídico brasileiro que adota a excepcionalidade da autotutela em alguns casos. Os principais diplomas que permitem a autotutela no Brasil são a Constituição da República, o Código Civil, o Código Penal, o Código Penal Militar e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Poderia ser citado aqui o Código Civil, no seu artigo 188, que fala da exclusão da ilicitude de atos danosos a outra pessoa, que diz:

Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II- a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Então poderá o indivíduo defender desde um objeto seu de pequeno ou alto valor, o exercício de um direito, a sua vida ou a de outrem. Sempre prezando pela proporcionalidade entre a ação de defesa e a de agressão, e se possível for escolher sempre o meio menos lesivo. Contudo são quatro elementos ou requisitos que definem e de fato configuram a legítima defesa, e como já foi dito anteriormente são encontrados no próprio art. 25 do código penal.

1.5.1. Agressão injusta ou iminente

A agressão injusta configura-se quando uma conduta humana coloca em risco algum bem ou direito vital de outrem, como a vida por exemplo. Frisa-se que a ação lesiva deve ser de iniciativa exclusivamente humana, excluindo-se os ataques provenientes de animais ou coisas, exceto quando o homem utiliza o animal com arma contra outra pessoa.

Sobre este tema, Greco ensina que a mera constrição da liberdade também pode ser passível de legítima defesa desde que não esteja amparada pela lei, como é o caso de uma autoridade policial munida de um mandado com ordem de prisão. Entretanto, o brilhante Autor acrescenta que se a citada autoridade policial intentar constranger arbitrariamente o direito de locomoção de alguém, então o ofendido se encontrará no direito de repelir a referida agressão. Neste sentido, exemplifica:

Determinado agente é convidado a prestar suas declarações a autoridade policial. Ao chegar à delegacia de polícia, o delegado, de forma arbitrária, determina sua prisão e pede a alguns de seus detetives que o levem a uma das celas ali existentes. Nesse caso, será que o agente poderia, ao ser preso, agredir os policiais a fim de tentar alcançar sua liberdade? Acreditamos que sim, uma vez, que, sendo arbitrária a prisão, o agente teria direito de defender sua liberdade, razão pela qual, caso agredisse os policiais com o escopo de tentar desvencilhar-se, estaria amparado pela excludente da legítima defesa. (GRECCO, 2016, p. 479).

Vale lembrar que, ainda que a ofensa seja injusta, ao agente não é garantido revidar além da agressão sofrida, visto que poderá incorrer em excesso dos meios moderados e necessários para interromper a ação lesiva praticada contra ele.

1.5.2. Moderação no emprego dos meios necessários

Em um caso concreto para medir se houve uma certa proporcionalidade, entre a conduta defensiva da vítima e o ataque do seu agressor, são utilizados dois parâmetros: I) a necessidade do meio empregado na repulsa à agressão; II) o uso moderado deste meio necessário.

Ao defender-se, ou defender terceiro da injusta agressão, atual ou iminente o agente deve utilizar o meio necessário de menor lesividade. O caso concreto é o que define a escolha da necessidade dos meios a ser usado. Neste sentido:

Além de o agente selecionar o meio adequado à repulsa, é preciso, ao agir, o faça com moderação, sob pena de incorrer no chamado excesso. Quer a lei impedir que ele, agindo inicialmente numa situação amparada pelo Direito, utilizando os meios necessários, atue de forma imoderada, ultrapassando aquilo que, efetivamente, seria necessário para fazer cessar a agressão que estava sendo praticada. (GRECCO, 2016, p. 483)

No início a legítima defesa era usada apenas para tutelar o bem da vida incluindo a honra, honestidade etc. Com o passar do tempo e a inevitável industrialização do mundo, se tornando um lugar cada vez mais capitalista, começaram a entender que havia certa necessidade da proteção dos bens materiais. Essa discussão foi ganhando maior repercussão na era pós-guerra em que os direitos humanos surgiram e começaram a questionar se a vida de uma pessoa se equivaleria à proteção de uma propriedade mesmo que a ameaça sobre tal bem for de cunho altamente lesivo.

Em se tratando de moderação, observamos que ela esta mais ligada à quantidade do que ao meio utilizado no momento do ato. A moderação será aferida de acordo com o modo e com a intensidade que o indivíduo usou os meios necessários ao defender-se da agressão injusta, atual ou iminente.

Por exemplo, um policial de folga está parado no sinal em seu automóvel quando um motoqueiro tenta assaltá-lo. O policial dispara oito vezes contra o motoqueiro que vem a óbito. Fica evidente que o policial não usou dos meios moderados para repelir a conduta criminosa, mas a arma de fogo era o meio necessário naquele momento.

Entretanto, ainda de acordo com GRECCO (2016, p. 484) nem sempre a intensidade da defesa, como a quantidade de disparos no exemplo citado caracterizaria imoderação, assim “pode acontecer que, para fazer cessar a agressão que estava sendo

praticada contra a sua pessoa, o agente tenha de efetuar, mais de cinco disparos sem que isso possa conceituar-se como uso imoderado de um meio necessário”.

1.5.3. Agressão injusta a terceiro

Trata-se de uma modalidade da legítima defesa, na qual, um indivíduo intervém para defender interesse de terceiro que estava a sofrer uma agressão. Sobre este assunto, Nucci explica que a legítima defesa de terceiros é incondicional quando o bem ofendido é de caráter indisponível, como a vida, por exemplo. Neste sentido:

Permitir que o agente defenda terceiros que nem mesmo conhece é uma das hipóteses em que o direito admite e incentiva a solidariedade. Admite-se a defesa, como está expresso em lei, de direito próprio ou de terceiro, podendo o terceiro ser pessoa física ou jurídica, inclusive porque esta última não tem condições de agir sozinha. (NUCCI, 2016, p. 249)

Entretanto, quando não se tratar de bens indisponíveis, Greco leciona que o consentimento da vítima é necessário para que seja configurada legítima defesa. Neste sentido:

Concluimos anteriormente que todos os bens são passíveis de ser legitimamente defendidos, com a ressalva feita aos bens jurídicos comunitários. Contudo, tal regra também sofre exceções quando o agente não defende bem ou interesse próprio, mas, sim, de terceira pessoa. Se for disponível o bem de terceira pessoa, que está sendo objeto de ataque, o agente somente poderá intervir para defendê-lo com a autorização do seu titular. Caso contrário, sua intervenção será considerada ilegítima. (GRECO, 2016, p. 455)

A legítima defesa de terceiros também admite, segundo NUCCI (2016, p. 250), a modalidade putativa, na qual o indivíduo intervém na defesa de direito disponível sem saber que, na verdade, o ofendido não se opunha àquela agressão.

2. DA LIGAÇÃO ENTRE LEGÍTIMA DEFESA E POLÍTICA CRIMINAL

Conforme vislumbrado anteriormente, a legítima defesa tornou-se um meio necessário a garantir uma ideia de bem-estar social, amplamente adotada pelo legislador brasileiro e, atualmente encontra-se vigente em nosso ordenamento por intermédio do inciso II do art. 23 do Código Penal.

Antes de explanar quanto a devida necessidade de acolhimento de tal instituto, é importante discorrer, brevemente, acerca da teoria do crime adotada em nosso ordenamento.

Nos termos defesos pela doutrina majoritária, é de que o crime, trata-se de fato típico e antijurídico. Parte da doutrina diverge quanto à necessidade de inserção da culpabilidade para a caracterização do crime, entretanto, conforme aludido, o objeto do presente trabalho não é este.

Assim sendo, partindo para o objeto da presente análise, qual seja, a antijuridicidade, também denominada de ilicitude, deve estar presente no caso concreto, para que seja possível a imputação de pena restritiva de direitos ou de liberdade ao agente. Nestes termos, Celso Delmanto (2016, p. 223-224) alude quanto a necessidade de presença da antijuridicidade para a classificação da conduta como crime:

[...] para que haja imposição de pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos a uma pessoa, é necessário que ela tenha praticado um fato típico (descrito por lei como crime) e ilícito (isto é, antijurídico, contrário à ordem jurídica como um todo), surgindo daí o chamado injusto penal. [...] Vê-se, assim, que a ilicitude (também chamada antijuridicidade) é nada mais do que a contradição entre o comportamento típico do sujeito e a vedação que é imposta a esse comportamento pela ordem jurídica, como um todo. Explicou--se, ainda, que ilicitude, em um Estado Democrático de Direito, deve ser sempre material (com efetiva lesão ou ameaça concreta de lesão a um bem juridicamente tutelado) e não meramente formal (abstrata, hipotética). A ilicitude pode ser excluída por determinadas causas. É dessas causas de exclusão de ilicitude que trata este art. 23, indicando-as: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Elas são também chamadas excludentes da antijuridicidade, discriminantes, justificativas ou tipos permissivos.

Conforme ensina o referido autor, presentes uma das hipóteses de excludentes de antijuridicidade, não haverá crime, por mais que o fato seja típico, não haverá, inicialmente, a imputação de pretensão punitiva estatal. Entretanto, nos termos do parágrafo único do art. 23 do CP, haverá a responsabilização do agente pelos excessos

por ele cometidos. Tal questão será desenvolvida em momento anterior do presente trabalho, e está aqui apenas por necessidade de contextualização.

Superada a admissão da legítima defesa como causa excludente da antijuridicidade, qual seja, afastando a classificação da conduta do agente como crime, é necessário inserir a ideia que será melhor abordada neste trabalho, qual seja, a punição do excesso durante o uso da causa excludente citada. Além de outras circunstâncias envolvendo a temática quanto a necessidade de imputação punitiva ao excesso, se destaca a adoção desta como política criminal, de modo a visar o uso imoderado dessa via.

Por política criminal, nos termos defesos pelos estudiosos acerca da temática e, restringindo-se aos limites propostos neste trabalho, a ideia genérica é de que se trata de intervenção estatal de modo preventivo. Ou seja, se busca evitar que a ocorrência do crime, ao invés de reprimir o indivíduo que o cometa, com o ensejo de buscar uma maior efetividade quanto a ideia de estado de bem-estar social.

Um dos meios de exonerar a criminalidade do meio social, não seria a imposição de penas mais graves, visto que a pretensão punitiva vem posterior a lesão aos bens jurídicos tutelados, razão pela qual restaria apenas como um meio de presumir a ideia de “justiça social”, vez que os resultados do crime são irreversíveis.

Quanto ao surgimento do conceito de política criminal, Flávio Cardoso Pereira (2007, p. 03) nos direciona no sentido de que “A expressão ‘política criminal’ (*kriminalpolitik*) foi criada no final do século XVIII pelos juristas alemães Kleinschrod e Feuerbach, vez que estes concebiam a mesma como a “arte de legislar.”

Nos termos defesos amplamente pela doutrina, BECCARIA (2011) deveria ser considerado o fundador do conceito de política criminal já que, em sua obra “Dos Delitos e Das Penas”, assegura “é melhor prevenir os delitos do que puni-los” e, ainda, que “este é o fim principal de toda boa legislação, que é a arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade ou ao mínimo de infelicidade possível”.

Quando o referido pensador sustenta tais afirmações, vislumbra-se que constitui a base do conceito contemporâneo denominado política criminal, objetivando a finalidade de bem-estar social dos cidadãos, e, específico, a prevenção da delinquência.

Conforme alude FERREIRA (2007, p.3):

Independente dos antecedentes históricos da expressão ‘Política Criminal’, sua consideração como disciplina científica autônoma foi alcançada somente no século XIX, face aos estudos desenvolvidos pelo exímio penalista alemão

Franz von Liszt, o qual foi considerado por muitos como o ‘pai da moderna Política Criminal’.

A presença de crime na sociedade atual é inevitável, inclusive nos modelos de Estado Democrático de Direito, que possuem excepcionais condições sociais e econômicas. Em situações sociais favoráveis, quais sejam, longe das mazelas que assombram o mundo periférico e subdesenvolvido (situações de extrema pobreza), a tendência é de que, a criminalidade, a grosso modo, diminua, teoricamente, em relação aos crimes contra os bens patrimoniais, visto que não haveria necessidade de indivíduos submeterem-se a tal conduta. De outro lado, há de se ressaltar que, com a diminuição da criminalidade de massa, em razão das boas condições econômicas e distribuição de renda da referida sociedade, ocorre um aumento dos conhecidos como “crimes do colarinho branco” (delitos cometidos por membros do denominado “alto escalão”, como líderes políticos, fraudes fiscais, lavagem de dinheiro e demais condutas afins).

Por tais circunstâncias emerge a necessidade estatal em atuar, não apenas em repressão ao combate a proliferação da criminalidade tradicional (massa), mas também quanto a denominada criminalidade moderna. Repressão esta que deverá contar não apenas com a repressão punitiva, mas também, deverá estar associada com a implantação de medidas preventivas, que visem a conscientizar a população quanto os prejuízos que a coletividade sofre quando algum bem jurídico é violado, visto que este não se restringe apenas à(s) vítima(s), mas sim à toda sociedade.

Tais disposições já foram inauguradas por BECCARIA (2011, p. 61), vejamos:

[...] que o rigor das penas deve ser relativo ao estado atual da nação. São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito grosseiro de um povo que sai do estado selvagem. Para abater o leão furioso é necessário o raio, cujo ruído só faz irritá-lo, mas, à medida que as almas se abrandam no estado de sociedade, o homem se torna mais sensível; e, se se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas devem ser menos rigorosas.

No Brasil, a partir da década de 70, discussões a respeito da mudança dos rumos do Direito Penal passaram a ganhar mais espaço, de modo que, na década de 80, surgiram medidas mais efetivas, ancoradas no conceito de política criminal. Em atendimento a tais preceitos, em 1984, vislumbrou-se a reforma da parte geral do Código Penal, inclusive no tocante à garantia de eficácia à lei penal, bem como fora implantada a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84). No mesmo esteio adotou o

constituente de 1988, visto que a Carta da República prevê a adoção de diversas medidas por parte do Estado, a garantir a devida eficácia do direitos e garantias fundamentais de cunho penal, processual penal e de execução penal, almejando uma maior segurança jurídica.

2.1. Conceito de Política Criminal

Conforme já mencionado anteriormente, a ideia simplória que se tem de política criminal é que esta seria o conjunto de medidas e imposições jurídicas, sociais, educativas e econômicas, instituída pelo Estado, de modo a efetivar a pretensão e, dar a efetiva resposta jurisdicional coercitivas frente ao fenômeno criminal, com a finalidade precípua de manter, no mínimo possível, os limites toleráveis dos índices de criminalidade em uma determinada sociedade.

Pode-se falar ainda que, a política criminal (*strictu sensu*) consiste em um programa de objetivos, alcançados através da implantação de métodos de procedimentos e de resultados perpetrados pelo Ministério Público e as autoridades policiais, em busca à prevenção e repressão da criminalidade.

Quanto a tais inserções, tanto no âmbito nacional, quanto em relação ao direito comparado, FERREIRA (2007, p.3) defende que:

Na doutrina estrangeira, encontramos inúmeras conceituações, das quais se destacam, a título de exemplo, Délmas-Marty, que, partindo de uma concepção social do fenômeno criminal, considera que a Política Criminal 'é o conjunto de métodos com os quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal' ou Zipf, que já analisando a questão sob o prisma de uma concepção jurídico-penal do delito, define a Política Criminal como 'o conjunto de respostas penais do Estado'.

Assim, pode-se observar que o intuito da política criminal funcionar como norte à sociedade, embasando medidas penais suficientes (preventivas e, ainda repressivas), para que haja o mínimo de engajamento da sociedade em resposta às ações consideradas ilícitas. Seria, portanto, da parte do Estado, um conjunto de respostas penais.

Ainda se pode afirmar que a Política Criminal seria o ramo da ciência política que confere ao Direito Penal o a função de última *ratio* distinguindo-se de forma clara de outras vertentes dedicadas às ciências penais: a Dogmática Penal e a Criminologia. É importante ressaltar, que mesmo tratando-se de ciências distintas, devem ser estudadas em sintonia, visto que se completam.

De outro lado, a dogmática tem o objetivo de elaborar e desenvolver um sistema capaz de suportar a devida aplicação do Direito Penal (no caso repressivo), de modo formal, material e racional. Já a criminologia seria uma ciência empírica, que estuda o fenômeno criminal utilizando-se do método causal-explicativo, que o faz ocupando-se de circunstâncias humanas e sociais relacionadas ao surgimento, prática e maneira de evitar a conduta criminosa, e, ainda, o tratamento a que o indivíduo criminoso deve ser submetido, especialmente para fins de ressocialização.

As referidas ciências, ainda que possuam núcleos de estudos diferentes, não devem divorciar-se umas das outras, visto que apenas o estudado em conjunto para obter uma melhor compreensão do assunto, pois as mesmas se completam.

Conforme explanado, a política criminal é um mecanismo criado com a finalidade de combater a criminalidade. Neste sentido, é a lição de ALVES (1998, p. 301-302) quanto à política criminal, tratando-a como: “Conjunto dos procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas do fenômeno criminal”.

Ainda quanto ao referido conceito, MELO (1970, p. 14) alude que consiste em: “determinação e o estudo dos meios ou remédios adotáveis pelo Estado para prevenir eficazmente o maior número possível de crimes”. Percebe-se que o presente autor denota maior atenção ao cunho preventivo quanto aos recorrentes crimes que acontecem diante de um contexto mais fatídico.

Importante salientar ainda o que leciona FRAGOSO(1993, p. 18), visto que conceitua como: “atividade que tem por fim a pesquisa dos meios mais adequados para o controle da criminalidade, valendo-se dos resultados que proporciona a criminologia, inclusive através da análise e crítica do sistema punitivo vigente.”

Nos termos aludidos, se pode notar a relevância atribuída a maneira com que os referidos autores conceituam a política criminal, deixando claro a necessidade de sua adoção como mecanismo capaz de ensejar a diminuição da criminalidade.

Pode-se concluir que a ideia de que política criminal é um estudo que gira muito em torno de críticas feitas ao direito penal (repressivo), fundamentada em argumentos ideológicos e jurídicos, almejando a reforma dos institutos defasados presentes no direito penal vigente

A política criminal não engloba somente aquilo que é estudado no crime, mas sim trabalha com toda a persecução criminal, qual seja, a investigação preliminar afim de apurar o agente que pratica a conduta delituosa, a instrução processual, o julgamento

de mérito emanado pelo juiz, bem como a pena, são os objetos que englobam os objetos de estudo da criminalidade e criminologia.

Conforme denota-se, a política criminal busca encontrar as falhas existentes no direito penal vigente, principalmente nos crimes onde parece não haver uma penalização adequada, ou até uma defasagem interpretativa dos nossos juristas.

Além de uma importante análise de estudos objetivando observar a ineficácia das leis penais, a política criminal tem como um de seus objetivos a repressão do crime, usando meios e procedimentos do sistema penal em vigor, usufruindo dos meios legais para repelir atos ilícitos. Esse estudo todo serve para embasar uma alternativa que possibilite reduzir a incidência criminal e, a longo prazo, abolir o crime da sociedade.

Para estudiosos do século XIX, era mais preponderante a análise o perfil da pessoa, seu modo natural de agir, do que a gravidade do crime em si. Segundo o pensamento dominante à época, importava mais defender a sociedade de indivíduos considerados perigosos do que implantar uma política de ressocialização.

Seguindo como característica, a política criminal sempre deve estar inserida na planificação geral do Estado, pois cada Estado costuma ter a sua própria preocupação, onde em alguns lugares predominam os assaltos em outros latrocínios, estupros e assim por diante. Se preocupam mais com aquilo que lhes realmente incomodam.

Um grande exemplo a ser percebido no Brasil, onde a principal incidência de crimes se concentra nas denominadas favelas, e, ainda os crimes do colarinho branco. Deste modo, se faz necessária implantação de um estudo, quanto a tais lugares e situações que estes e crimes para tentar coibir esses fatos ou pelo menos minimiza-los. É interessante as medidas a serem adotadas para ajudar a entender e resolver os problemas.

Após os resultados dos referidos estudos, define-se o que é penalmente relevante, posteriormente, são elaboradas estratégias suficientes para combate ao crime e, que sejam amplamente coerentes ao sistema.

A Política Criminal apresenta alguns movimentos, sendo importante destacar três dentre eles: sendo a política criminal punitivista; abolicionista; e a de minimalismo penal.

O movimento punitivista tem como característica a fixação de uma maior severidade no Direito Penal. Dentre essas correntes punitivistas destaca-se o Movimento Lei e Ordem que possui uma política criminal que possui o intuito de abordar conhecimentos empíricos sobre o crime, propondo alternativas e programas a partir de

sua perspectiva. O alemão Ralf Dahrendorf foi um dos criadores deste movimento. Este movimento, também conhecido como “Law and Order” ganhou amplitude nos Estados Unidos da América na década de 70 com a ideia de repressão máxima e alargamento de leis incriminadoras. Segundo Aragão:

Um dos princípios do Movimento de Lei e Ordem separa a sociedade em dois grupos: o primeiro, composto de pessoas de bem, merecedoras de proteção legal; o segundo, de homens maus, os delinquentes, aos quais se endereça toda a rudeza e severidade da lei penal. Adotando tais seguimentos, o Projeto Alternativo alemão de 1966 dizia que a pena em seu caráter punitivo era “uma amarga necessidade numa comunidade de seres imperfeitos”. É o que mais se vislumbra. O entendimento de que o Direito Penal pode resolver todos os males que afligem os homens bons, exigindo-se a definição de novos delitos e o agravamento das penas cominadas aos já descritos, tendo como destinatários os criminosos se encontra petrificado. (ARAGÃO, 2010, sp)

No mesmo esteio, a evolução dos meios de comunicação tiveram grande influência, visto que não são raros os programas de televisão (de alcance da grande massa), que conferem diversas reportagens aos delitos de maior gravidade, como assaltos, latrocínios, sequestros, homicídios, estupros, etc. A insistência do noticiário desses crimes criou a síndrome da vitimização. A população passou a crer que a qualquer momento o cidadão poderia ser vítima de um ataque criminoso, gerando a ideia da urgente necessidade da agravação das penas e da definição de novos tipos penais, garantindo-lhe a tranquilidade.

Conforme afirma a doutrina crítica, o principal objetivo da pena, da prisão, da punição e a penalização da maior quantidade de condutas ilícitas reside na ideia de que o crime consiste em uma patologia do convívio social, cuja a criminalidade como uma doença infecciosa e o criminoso como um ser daninho.

A política criminal ditada por esse movimento pode ser definida em alguns requisitos: a) a pena se justifica como castigo e retribuição; b) os chamados crimes atrozes sejam punidos como penas severas e duradouras (morte – em algumas regiões dos Estados Unidos - e privação de longa duração); c) penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos sejam cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima e o condenado deve ser submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele destinados aos demais condenados; d) a prisão provisória deve ser ampliada, de maneira a representar uma resposta imediata ao crime; e) é postulado que haja uma diminuição dos poderes do juiz e menor controle judicial da

execução, que deverá ficar a cargo, quase exclusivamente, das autoridades penitenciárias. Formando assim como se fosse uma “lei diferente” das demais.

Este movimento então visa extirpar da sociedade toda conduta considerada nociva assim como aqueles que a realizam, visa eliminar o crime, a criminalidade e consequentemente o criminoso, defende a ideia de que a lei justa e rigorosamente aplicável trará à ordem a sociedade, pondo um fim aos referidos males da sociedade em si.

Assim criou-se uma ideia de que onde as leis fossem “fracas” a criminalidade seria maior, diferentemente de onde essas mesmas leis fossem empregadas de maneira severa.

Em 1990 foi criada a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) e suas sucessivas alterações, o que representou no Brasil o marco inicial deste movimento, o qual recebeu quase que irrestrito acolhimento dos membros da sociedade.

Isso tudo ajudou a criar uma faceta ideológica em torno de uma Política de “Tolerância Zero”, há uma vulgarização da “teoria da vidraça quebrada”. Essa teoria acredita que com a punição de qualquer conduta mesmo as mais leves para apresentar exemplos e sensação de autoridade. Logo, conclui-se que é um movimento que se caracteriza pelo seu alto grau de repressão, intensificando a atuação do Direito Penal, com a implantação de penas cada vez mais severas e deixando de levar em consideração a reeducação social do infrator das leis e seus direitos como ser humano.

Com o passar do tempo foram criadas leis para coibir qualquer tipo de crime. Dentre elas teve: a Lei nº 10.792/2003 que alterou a Lei nº 7.210/84, incluído o art.52 que instituiu o regime disciplinar diferenciado. As leis dando proteção a outros bens jurídicos, como o meio ambiente (Lei nº 9.605/98), com a aplicação de sanções penais. Lei nº 9034/95 que foi alterada pela Lei 10.217/01 que se tratava da lei do Crime Organizado, que reduz as garantias do indivíduo no processo de investigação, não definindo, a final, o que seja criminalidade organizada.

Após o movimento punitivista entramos no movimento abolicionista, que se tratava de um movimento mais radical, o qual a constituição de 88 não acatou nenhum de seus capítulos. Os adeptos desta corrente opõe-se a toda forma de Direito Penal, buscando alternativas ao problema da criminalidade longe do sistema punitivo. Este movimento teve mais força em países como os Estados Unidos, Holanda, Escandinávia, onde a tendência que predominava era a de ressocialização.

O sistema abolicionista julga como se o sistema punitivista fosse um sistema arbitrário, que agia por si só, criando uma concepção de que os pobres eram tratados de maneira diferente dos ricos, criando-se assim uma injustiça.

A prevenção especial é, igualmente, posta em xeque pelos abolicionistas. A prisão, local onde deveria haver uma ressocialização dos infratores ao meio social possui efeito inverso, ela desumaniza e estigmatiza os apenados, revelando-se sim como um verdadeiro fator criminogeno.

Os abolicionistas indagam que o melhor a se fazer é acabar de vez com o sistema de reação social frente à criminalidade, que apenas traz sofrimento sem produzir qualquer benefício. Esse movimento pode ser muito bem exemplificado pela tentativa de descaracterização de algumas leis, como por exemplo, a Lei 11.106/2005, que se trata da descriminalização do adultério.

Para por fim aos movimentos, o movimento Minimalista sendo o ultimo e não menos importante, seria o meio termo entre os outros dois movimentos. O movimento defende a aplicação da lei penal de maneira correta mas também defende a ressocialização do individuo penalizado. Os seus propulsores foram: Luigi Ferrajoli, Alessandro Barata e Eugenio Raul Zafaroni.

O minimalismo busca outras formas capazes a possibilitar uma ressocialização do indivíduo. Caso exista uma maneira não penal de concertar o erro do indivíduo, eles afirmam que seria o meio mais eficaz, mas não havendo esse meio a sanção penal deve ser aplicada devidamente.

Assim como nas demais correntes acerca da temática, a presente também visa a diminuição da violência que abala a sociedade e compromete o bem viver das pessoas. O Direito Penal inserido como ultima *ratio* limita o poder incriminador do Estado, tornando algum ato “criminoso” somente se este prejudicar algum bem jurídico e, se outros meios de controle social não sejam suficientes para a tutela desse bem. Há embasamento de seus ensinamentos doutrinários em dois princípios: o principio da insignificância e o da intervenção mínima do Estado.

Assim, as condutas penalmente insignificantes deveriam ser despenalizadas ou ate mesmo descriminalizadas, e o Estado só deveria aplicar o direito penal como “*ultima ratio*”, em último caso, quando outros sistemas de controle social não se mostrarem eficazes.

Relacionadas à intervenção mínima se encontram duas características principais diante do direito penal, que seriam a fragmentariedade e a subsidiariedade. A

fragmentariedade espelha o fato de, entre as mais diversas condutas, o Direito Penal deve tipificar apenas uma parcela delas como crime, ela faz uma seleção, selecionando os bens jurídicos ofendidos a serem protegidos ou as formas de ofensa. Essa fragmentariedade divide o crime para melhor entendê-lo. Em se tratando de subsidiariedade OLIVEIRA (2012, sp) expõe:

Já a subsidiariedade pressupõe a fragmentariedade, derivando de sua consideração como remédio sancionador extremo, o qual deve ser ministrado somente quando outro se revele ineficiente. A utilização do Direito Penal, nas ocasiões em que outros meios ou procedimentos bastem para a preservação ou reinstauração da ordem jurídica, não possui legitimidade social e contraria os fins do direito.

Fica evidenciado que o minimalismo tem como grande objetivo minimizar a utilização do direito penal para a resolução de conflitos, não só reduzindo seu âmbito de aplicação (seja impedindo o quanto possíveis novas “criminalizações”, seja, sobretudo, propugnando por uma ampla descriminalização), como também a intensidade ou o grau da resposta estatal, especialmente quando se trata de pena prisão.

A algumas leis que se enquadram no movimento minimalista como por exemplo: Lei de drogas nº 11.343/2006, que fala da “despenalização” do uso de substâncias entorpecente. Seria o ato de diminuir a pena de um delito sem o discriminar, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal. Neste âmbito, foi atribuída a competência aos Juizados Criminais, por intermédio da Lei nº 9099/95, com o intuito de conceder maior celeridade aos processos criminais que versem a respeito das infrações penais de menor potencial ofensivo.

2.2. Breves Apontamento Sobre Política Criminal

Sabido é que política criminal é o conjunto de mecanismos e arranjos criados pela atuação do Poder Legislativo para promover a melhor forma de reprimir, punir e retribuir a lesão dos bens jurídicos protegidos na esfera penal. No contexto do princípio da separação dos poderes, do princípio da democracia e do da legalidade, ao Poder Judiciário, cabe interpretar e aplicar a legislação editada pelo legislador. No âmbito da política criminal, os juízes além de aplicar estritamente os dispositivos penais, também promovem política criminal.

A atuação do Judiciário no âmbito das políticas criminais consiste não apenas aplicar estritamente a legislação penal, mas dar a legislação sentido no contexto geral

revele a função do sistema penal para casos específicos em que a determinação imediata da lei torna inviável. Assim surgiu o princípio da insignificância, a não aplicação da qualificadora do rompimento do obstáculo em caso de furto no interior do veículo e a construção acerca do excesso da legítima defesa conforme veremos a seguir.

Verificaremos agora, em alguns julgados colacionados a seguir, que o Superior Tribunal de Justiça promove, em diversas hipóteses, a política criminal ao aplicar interpretação da legislação penal de forma específica para casos em que o legislador não previu.

No RHC 32.785/PR, o STJ reafirmou interpretação de que o valor abaixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para fins de crimes contra a ordem tributária é insignificante: “O valor objetivo de R\$ 10.000,00, adotado no julgamento do REsp 1112748/TO, é paradigma jurisprudencial erigido a partir de medida de política criminal, como sói acontecer na aplicação do princípio da insignificância, que subtrai da tutela penal os casos dotados de mínima ofensividade, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade e mínima lesão ao bem jurídico tutelado, corolários da fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal.”

Tratou-se de entendimento construído a partir da noção de política criminal. Para aquela jurisprudência foge da função do direito penal a persecução por conduta que lese a ordem tributária por valor inferior a R\$ 10.000,00.

Ao julgar o RHC 59943/CE, a Corte Superior tratou da impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância, por razões de política criminal, para o caso de furto porque o réu apresentava reiteração delitiva. Senão vejamos:

1. o Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser inviável a aplicação do princípio da insignificância na hipótese de furto qualificado pelo arrombamento de obstáculo, ante a audácia demonstrada pelo agente, a caracterizar maior grau de reprovabilidade da sua conduta. Da mesma forma, a reiteração criminoso inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.[...].

No voto consta ainda:

Sedimentada se encontra a orientação jurisprudencial no sentido de que a aplicação do princípio da insignificância ou da bagatela, como causa de exclusão da tipicidade do delito, depende da presença concomitante dos seguintes requisitos: a) conduta minimamente ofensiva; b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) lesão jurídica inexpressiva. [...]

Como já afirmou a Quinta Turma deste Superior Tribunal, trata-se, na realidade, de um princípio de política criminal, segundo o qual, para a incidência da norma incriminadora, não basta a mera adequação do fato ao tipo penal (tipicidade formal), impondo-se verificar, ainda, a relevância da conduta e do resultado para o Direito Penal, em face da significância da lesão produzida ao bem jurídico tutelado pelo Estado (tipicidade material) [...]"

[...] nos termos da orientação desta Corte, 'inquéritos policiais e processos penais em andamento, muito embora não possam exasperar a pena-base, a teor da Súmula 444/STJ, constituem elementos aptos a revelar o efetivo risco de reiteração delitiva, justificando a decretação ou a manutenção da prisão preventiva [...]"

Por outro lado, o delito de bagatela foi reconhecido na hipótese em que a recuperação dos bens subtraídos (7 frascos de xampu), de reduzido valor econômico (R\$ 47,95), aliada à primariedade do denunciado, afastam a relevância penal da conduta e a repercussão social ou econômica do fato. Afirmou o Ministro, ao julgar o HC 330474/SP que trata-se, na realidade, de um princípio de política criminal, segundo o qual, para a incidência da norma incriminadora, não basta a mera adequação do fato ao tipo penal (tipicidade formal), impondo-se verificar, ainda, a relevância da conduta e do resultado para o Direito Penal, em face da significância da lesão produzida ao bem jurídico tutelado pelo Estado (tipicidade material).

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estabeleceram os seguintes requisitos para a aplicação do princípio da insignificância como causa suprallegal de exclusão da tipicidade: a) conduta minimamente ofensiva; b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) lesão jurídica inexpressiva, os quais devem estar presentes, concomitantemente, para a incidência do referido instituto.

No AgRg no REsp 1452591/PR, discutiu-se a aplicação do princípio da insignificância para o crime de descaminho. Consta que: [...] Em sede de crime de descaminho, em que o bem jurídico tutelado é a ordem tributária, a irrisória lesão ao Fisco conduz à própria atipicidade material da conduta. 2. Definindo o parâmetro de quantia irrisória para fins de aplicação do princípio da insignificância em sede de descaminho, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.112.748/TO, pacificou o entendimento no sentido de que o valor do tributo elidido a ser considerado é aquele de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) previsto no artigo 20 da Lei nº 10.522/02.

O mesmo raciocínio foi aplicado no AgRg no REsp 1468326/RS, ao tratar da apropriação indébita previdenciária. Valor inferior a R\$ 10.000,00, é considerado irrisório.

No julgamento do HC 294078/SP, por questões de política criminal, entendeu o STJ que o não recadastramento de arma de fogo, devidamente registrada não é causa para deflagração de ação penal, nesse sentido há o seguinte entendimento jurisprudencial:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM O REGISTRO VENCIDO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL. PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA QUE SE MOSTRA SUFICIENTE. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal. 2. O trancamento de ação penal na via estreita do writ configura medida de exceção, somente cabível nas hipóteses em que se demonstrar, à luz da evidência, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou outras situações comprováveis de plano, suficientes ao prematuro encerramento da persecução penal. Na espécie, o paciente foi denunciado pela suposta prática da conduta descrita no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, por possuir irregularmente um revólver marca Taurus, calibre 38, número QK 591720, além de dezoito cartuchos de munição do mesmo calibre. 3. Todavia, no caso, a questão não pode extrapolar a esfera administrativa, uma vez que ausente a imprescindível tipicidade material, pois, constatado que o paciente detinha o devido registro da arma de fogo de uso permitido encontrada em sua residência – de forma que o Poder Público tinha completo conhecimento da posse do artefato em questão, podendo rastreá-lo se necessário –, inexistente ofensividade na conduta. A mera inobservância da exigência de recadastramento periódico não pode conduzir à estigmatizadora e automática incriminação penal. Cabe ao Estado apreender a arma e aplicar a punição administrativa pertinente, não estando em consonância com o Direito Penal moderno deflagrar uma ação penal para a imposição de pena tão somente porque o indivíduo - devidamente autorizado a possuir a arma pelo Poder Público, diga-se de passagem - deixou de ir de tempos em tempos efetuar o recadastramento do artefato. Portanto, até mesmo por questões de **política criminal**, não há como submeter o paciente às agruras de uma condenação penal por uma conduta que não apresentou nenhuma lesividade relevante aos bens jurídicos tutelados pela Lei n. 10.826/2003, não incrementou o risco e pode ser resolvida na via

administrativa. 4. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para extinguir a Ação Penal n. 0008206-42.2013.8.26.0068 movida em desfavor do paciente, ante a evidente falta de justa causa. (grifos nossos)

A referida decisão reflete o entendimento majoritário a respeito do porte de arma de fogo a civis, ainda que haja fundamentação no sentido de garantir a segurança do cidadão frente aos altíssimos índices de violência urbana. Quem já possui porte de arma, o recadastramento não configuraria uma deflagração penal.

2.3. Princípios Da Política Criminal

Conforme nos leciona a melhor doutrina, princípios são tidos como orientações morais, que nos fazem avaliar as várias situações que vamos vivendo no dia a dia. Com o passar do tempo vamos definindo quais são os bons comportamentos, aqueles que seguiremos, e quais são os comportamentos ruins. Os princípios, portanto, servem orientação e método de percepção ao fim que se objetiva.

Assim sendo, durante a elaboração dos referidos estudos, devem ser observados princípios norteadores dos referidos estudos quanto a referida criminalidade, e, portanto, devem orientar caminho a ser efetivado pela referida medida de política criminal adotada.

Conforme defeso por muitos autores, os princípios que norteiam a Política Criminal moderna são aqueles de origem constitucional, relacionados com as garantias e com os direitos fundamentais, base do Direito Penal no Estado Social e Democrático de Direito.

Basicamente, quatro seriam os princípios reitores de uma moderna concepção Político Criminal.

O primeiro, denominado princípio da subsidiariedade, se traduz no fato de que a norma penal exerce uma função meramente suplementar da proteção jurídica em geral, só válida a imposição de suas sanções quando os demais ramos do Direito não mais se mostrem eficazes na defesa dos bens jurídicos.

Assim, o caráter subsidiário do Direito Penal não se limita a revelar uma mera nota, puramente formal, delimitadora de uma peculiar categoria conceptual desse setor do ordenamento punitivo. Antes bem, a subsidiariedade das disposições penais encerra um importante conteúdo dinâmico, de relevante sentido no processo da conformação.

Importante ainda mencionar que a subsidiariedade jurídica representa um fundamental limite ao poder punitivo do Estado, apreciado, não tanto frente ao Estado social intervencionista de nossos dias, em confrontação com o Estado liberal clássico, mas em termos acaso episódicos como tem sido ressaltado insistentemente pela doutrina, quanto a respeito a própria noção constitucional do Estado e a determinação dos limites do *ius puniendi* no sistema do Estado Social e Democrático de Direito.” (CARDOSO, 2007, p. 97)

Esse princípio trata mais de uma parte complementar do direito se tratando da proteção jurídica em geral, observando a ineficácia das outras normas e agindo quando necessário. Este ramo subsidiário possui um caráter fragmentário, apresentando uma natureza qualitativa na medida em que se realiza uma dupla seleção de comportamentos penalmente relevantes. É observado dois lados, aqueles comportamentos moralmente reprováveis ou de profundo caráter pejorativo ético e, de outro lado, todos os ilícitos que existem em uma ordem jurídica- histórica, o Direito penal somente poderia pretender criminalizar condutas antijurídicas consideradas graves ameaças à tutela dos bens jurídicos fundamentais. Neste sentido:

O segundo princípio a nortear uma moderna Política Criminal trata de centrar a mesma no objetivo final de respeito aos direitos humanos. Denomina-se, pois, princípio da humanidade. É o que Beristain denomina “La política criminal protectora y promotora de valores humanos”. O princípio da humanidade outorga uma dimensão axiológica à Política Criminal, sem a qual seria simplesmente puro pragmatismo. Concretamente, o princípio da humanidade introduz um calibre humano a todo o sistema penal: ao legislador, quem não pode estabelecer leis contra os direitos fundamentais (legalidade substancial); ao juiz, quem não pode aplicar medidas ou sanções desumanas; e ao executor da sanção, quem não pode fazer com que seja a mesma cumprida de maneira desumana. (CARDOSO, 2007, p. 98-99)

O princípio supracitado é aquele baseado em princípios fundamentais, visando mais o lado humano das pessoas (ao legislador, ao juiz e ao executor) para que as penas sejam dadas coerentemente com o ato praticado, sem que extrapole os lados humanos do autor, tirando assim de um pragmatismo e levando mais para um lado interpretativo da pena em si. Neste sentido:

O terceiro postulado consiste no que denominamos princípio de eficácia, no sentido de que se o objetivo de toda Política Criminal é diminuir a delinquência, somente a avaliação positiva de sua eficácia pode outorgar sentido as estratégias político-criminais. Para que não se possa visualizar a Política Criminal perder seu sentido e razão, tornando-se mera manifestação de um simbolismo penal, devera ser identificada uma efetividade concreta nas estratégias e nos objetivos de redução de controle do fenômeno da criminalidade. (CARDOSO, 2007, p. 98)

Passando para a análise do princípio da eficácia é de grande importância, este que demonstra a atuação da política criminal junto ao sistema, se ela está sendo realmente positiva para o ordenamento jurídico, sendo positiva e mostrando resultados de controle de delinquência. Com a diminuição do número de ocorrências ligadas a esses delinquentes é observada uma Política Criminal de boa eficácia.

Acontecendo o contrário fica evidente que a política implantada não está sendo efetuada de maneira correta. A frase estampada por ele, “simbolismo penal”, é uma verdadeira crítica feita a muitos dos sistemas falhos que apresentam somente propostas inovadoras mas que na prática não apresentam uma maneira eficaz de controlar as ocorrências. Assim, dispõe CARDOSO que:

Por fim, um último princípio deve reger a Política Criminal em um Estado de Direito. Nos referimos ao princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade implica um equilíbrio ideal ou valorativo entre o delito e a sanção, da maneira mais ampla possível, partindo do pressuposto de que impera entre nós o sistema romano germânico em uma ponderação ou medida fixada pelo legislador em uma lei (proporcionalidade abstrata) e na valoração que o juiz realiza na análise do caso concreto (proporcionalidade concreta). A natureza do princípio da proporcionalidade consiste na manifestação de critérios de justiça material, devendo ser destacado que sua origem pode ser encontrada na antiguidade, já mesmo nas leis de Platão. (CARDOSO, 2007, p. 98)

A intenção dos referidos princípios nada mais é que a tentativa de manter um equilíbrio no ordenamento jurídico. Delitos cometidos de pequena proporção devem ser julgados da mesma forma, a sanção deve ser branda e não rígida como em casos de maior impacto social, ou seja, em casos de delitos considerados de um maior escalão.

2.4. A Punição Do Excesso Na Legítima Defesa

Como já vimos para se configurar a legítima defesa são necessários alguns requisitos como: a reação a uma agressão atual ou iminente e injusta; a defesa de um direito próprio ou alheio; a moderação no emprego dos meios necessários à repulsa; e o elemento subjetivo.

Fica bem explícito que um desses requisitos consiste na moderação de meios necessários, ou seja, o indivíduo deve se proteger sim desde que não ultrapasse os limites necessários para tal ato. Quando essa defesa passa dos limites fica configurado o excesso descaracterizando a excludente, de acordo com o artigo 23 do Código Penal,

parágrafo único: “O agente, em qualquer hipótese desse artigo, respondera pelo excesso doloso ou culposo.”

A configuração do excesso é uma questão muito discutida entre os juristas, por exemplo, em uma questão em que em um determinado crime de homicídio a acusação alega que houve o excesso na legítima defesa desconfigurando a excludente de ilicitude, porque o agente efetuou seis disparos contra a vítima.

Analisando cautelosamente o caso concreto como é dito pelo próprio Rogerio Grecco, não são os disparos efetuados isoladamente que vai configurar o excesso. Nós só podemos falar em excesso quando após a agressão ser contida, e desnecessariamente o agente continua a agressão passando a condição de ataque.

Suponha-se a seguinte hipótese, em que o agressor inicial fosse um homem de porte físico avantajado portando uma barra de ferro, e o agredido que tentava se defender fosse um homem de pequena estatura portando um revólver calibre 22 que possui um menor impacto diante do corpo. Os disparos teriam que ser efetuados para que cessasse a agressão, ou seja, se a partir do sexto disparo o agressor parasse, a partir daí se mais um disparo fosse feito estaria configurado o excesso na legítima defesa, pois a intensificação seria desnecessária.

Com esse ponto de vista, é possível que uma pessoa, inicialmente em situação de legítima defesa, estado de necessidade e demais excludentes de ilicitude, exagere e, em razão disso, cometa um crime, culposo ou doloso, conforme a natureza do excesso.

De acordo com o que leciona DELMANTO (2016, p. 223):

Para que haja imposição de pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos a uma pessoa, é necessário que ela tenha praticado um fato típico (descrito por lei como crime) e ilícito (isto é, antijurídico, contrário à ordem jurídica como um todo) surgindo daí o chamado injusto penal. Todavia, para a imposição de pena, faz-se imperioso haver culpabilidade (isto é, juízo de reprovabilidade) da ação ou omissão típica praticada pelo agente.

Houve um caso intensamente discutido por nossos juristas, pois além de apresentar várias questões de direito penal é um caso público, foi o caso da apresentadora Ana Hickmann. O fato ocorreu em um hotel onde a apresentadora e seu cunhado estavam hospedados e foram surpreendidos por um “fã” da apresentadora que tentava praticar um atentado a Ana. O autor do fato foi surpreendido pelo cunhado da apresentadora e entraram em uma luta corporal efetuando dois disparos em direção da vítima, os quais acabaram acertando a sua assistente.

O grande questionamento da história veio após esse fato. O cunhado (Gustavo Correa) conseguiu imobilizar o agressor e segundo relatos disparou três tiros na nuca do mesmo. A assessora de Ana Hickmann era Mulher de Gustavo e se chamava Giovana Oliveira. O delegado Flávio Grossi tinha pedido arquivamento alegando legítima defesa, só que o promotor Francisco Santiago não entendeu assim, pois de acordo com ele o crime não se caracteriza como legítima defesa porque a vítima foi atingida na nuca. O pedido por homicídio doloso foi aceito pela juíza Amalin Aziz Sant'ana.

A perícia tinha constatado que desde o início a intenção do “fã” era de matar Ana Hickmann, pois o mesmo apresentava em seu celular mais de 10.480 fotos, a maioria referente a apresentadora, montagens de cunho amoroso e sexual. Foi periciado que o crime foi premeditado. Folhas escritas pelo autor foram encontradas descrevendo aquilo que ele planejava fazer, incluindo detalhes da ida ao hotel como pesquisas ao Google referente a possíveis detectores de metais no local. Se no hotel não desse certo ele iria a uma apresentação de moda que ela estaria presente e posteriormente até ao aeroporto, tudo planejado minuciosamente.

A luta entre os dois homens foi definida pelo delegado como “luta de vida ou morte”. No depoimento de Gustavo foi dito que ele tentou conte-lo com uma mordida muito forte, a qual ficou comprovada na necropsia. Os tiros foram disparados em intervalos de 3 segundos, sendo o primeiro ainda quando estavam em luta. Grossi detalhou que a luta durou até o último minuto e que em nenhum momento o fã se rendeu.

O depoimento do delegado foi o seguinte:

A legítima defesa é sedimentada por uma sequência de atos, não é uma prova. Para mim, o cerne da questão é o movimento no qual foi feito o disparo. Rodrigo, com a cabeça virada para o lado e com a mão voltada à esquerda. Ele tenta lutar pela arma, enquanto Gustavo também tenta lutar pela arma. Ele não ficou, em nenhum momento, submisso ao Gustavo. Não houve uma posição de submissão, de cabeça baixa, de desistência de luta. A mecânica, o laudo de local, deixa muito claro que a luta ocorreu e a luta foi até o último minuto. Não teve domínio de Gustavo sobre Rodrigo. (FERITAS, 2016)

No caso em questão, observa-se a conduta do agente, no caso o cunhado, diante eminente perigo. Ele poderia, após ter efetuado o disparo, ter cessado o seu ato de defesa entretanto, não o fez, e realizou mais dois disparos. O fato do Ministério Público ter oferecido denúncia contra o agente está correto, pois houve o excesso e o mesmo deve ser punido.

3. MODALIDADES DE EXCESSOS NA LEGÍTIMA DEFESA

O excesso na legítima defesa consiste na ação de revide que ultrapassa os limites após cessar a agressão sofrida. Segundo Grecco (2016, p. 461) “Se, mesmo depois de ter feito cessar a agressão que estava sendo praticada contra a sua pessoa, o agente não interrompe seus atos e continua com a repulsa, a partir desse momento já estará incorrendo em excesso”.

O excesso da legítima defesa pode ser classificado em cinco modalidades, quais sejam, excesso doloso, culposo, exculpante, intensivo e extensivo.

3.1. Excesso Doloso

O excesso doloso é aquele em que o agente tem total consciência de seu ato, ou seja, tem total consciência de que está praticando o excesso em sua ação. O agente possui conhecimento dos limites da eximente, mesmo assim ele escolhe por ultrapassar os limites de sua ação.

Neste diapasão Nucci (2016, p. 278) acrescenta que “o excesso doloso, uma vez reconhecido, elimina a possibilidade de se reconhecer a excludente de ilicitude, fazendo com que o autor da defesa exagerada responda pelo resultado típico que provocou no agressor”.

3.2. Excesso Culposo

A parte do excesso culposo acontece quando o agente acredita que ainda está ou poderá a vir a ser agredido e continua a agredir o autor do ato descontroladamente. Essa hipótese se enquadra no artigo 20, §1º, 2º parte, Código penal, essa segunda parte ocorre um erro quanto à gravidade ou modus da reação, há uma confusão para entender a maneira certa de se defender. Esse excesso é o culposo em sentido estrito. No excesso culposo o agente responde por tudo aquilo que ele ocasionar depois que ele já ter cessado a agressão. Nessa hipótese nós podemos levar em consideração a chamada discriminante putativa ou legítima defesa putativa como é referido neste caso. A questão é que a situação de agressão só existe na cabeça do agente sendo um erro contra a situação do fato, ele supõe que ainda vai ser agredido e por isso continua o ataque. Segundo Delmanto:

O sujeito, em legítima defesa, fere gravemente seu agressor e o derruba; mas, após estar este prostrado, excede-se, e ainda o fere levemente. Não haverá crime pela lesão corporal grave praticada em legítima defesa, mas o agente será responsabilizado pelo seu excesso, ou seja, a lesão leve posterior a defesa. (2016, p. 228)

Ainda nesse sentido DELMANTO (2016, p. 238) conclui que sobre o excesso culposo que “embora não o desejando, o agente, por não tomar cuidado objetivo devido, causa um resultado além daquele que era necessário. Respondera pelo excesso, a título de culpa, se o resultado excessivo for previsto como crime culposo.”

O excesso culposo em nosso ordenamento jurídico pode ser discutido de várias formas. De início poderíamos discutir se o excesso culposo partiria da premissa que poderia haver ou não culpa própria ou culpa impropria. Doutrinadores pensam que havendo culpa impropria não poderia se configurar o excesso podendo apenas responder o excesso culposo como uma culpa própria, aquela que o agente possui falta de cuidado objetivo para a escolha ou uso dos meios.

Deixando bem claro a culpa impropria caracteriza-se mais por um efeito de imaginação, como por exemplo: um homem passando na rua e na mesma rua vem de encontro seu inimigo que chegando perto coloca a mão no bolso. O homem assustado retira uma arma e dispara contra o seu inimigo que apenas iria tirar um aparelho celular do bolso. Tal ação desconfigura o excesso culposo.

Um julgado do TJES confirma aquilo que foi falado, dizendo que no excesso culposo ao reagir a uma injusta agressão, ninguém pode exigir que o agente controlasse a quantidade de golpes que vai desferir, pois nesse instante os sentimentos jorram desmedidamente:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PROTESTO POR NOVO JURI. EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA. MEIO DESNECESSÁRIO. IMODERAÇÃO. DECISÃO QUE SE NÃO SE COADUNA COM OS ELEMENTOS DE PROVA QUE INTEGRAM OS AUTOS. PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO. UNANIMIDADE. 1.Havendo a intensificação desnecessária de uma ação inicialmente justificada, ocorre o excesso. Presente o excesso, caem por terra os requisitos discriminantes, devendo o agente responder pelos seus atos. Na hipótese em comento, há, inequivocamente, excesso doloso, vez que, verifica-se que o apelante, ao se defender da suposta injusta agressão, utilizou meio que sabia ser desnecessário (faca peixeira) ou, mesmo tendo consciência de sua desproporcionalidade, atuou sem moderação ao desferir dez golpes na vítima. 2.A decisão vergastada não guarda verossimilhança com os elementos de prova que integram os autos. Os jurados, ao proferirem seu veredicto, decidiram de forma flagrantemente contrária a prova. 3.Recurso que se dar provimento. (TJPE – ACR 170883 PE 06000235 – 4ª CÂMARA

CRIMINAL – Relator: Gustavo Augusto Rodrigues De Lima – Julgado em: 25/05/2009). (PERNAMBUCO, 2009).

A modalidade culposa de excesso não se confunde com o excesso exculpante. No caso, o nosso ordenamento não prevê expressamente a existência do excesso exculpante. Entretanto, como demonstrado na jurisprudência acima, os tribunais têm reconhecido o excesso exculpante como excludente de culpabilidade.

3.3. Excesso Exculpante

Esse excesso busca eliminar a culpabilidade do agente, sendo o fato típico e antijurídico deixando porem de ser culpável, pois no caso concreto não pode ser exigido do agente outra conduta a não ser aquela que ele tomou. Na reforma de 1984 não houve uma previsão expressa desse excesso escusável tratado pela nossa doutrina e pela nossa jurisprudência como uma causa supra legal de exclusão da culpabilidade. Não pode ser confundido com o excesso culposo. Neste caso o pavor é tao grande, que não permite que ele avalie com a perfeição necessária. Quando há essa grande perturbação, pode levar os juristas em alguns casos a aplicar o excesso exculpante. Sempre que alguém tenta atacar outra pessoa, a um desequilíbrio normal, mas se esse desequilíbrio for julgado sem medida, o melhor a se fazer é caracteriza-lo como excesso exculpante.

Do mesmo entendimento compartilha o egrégio tribunal de justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. RECURSO MINISTERIAL DESEJANDO A CONDENAÇÃO DA RECORRIDA, ESTA ABSOLVIDA PELO RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA. Esta é mais uma da contenda que findou em ofensa à integridade física e que somente não culminou com resultado mais grave por puro golpe do acaso. Não há qualquer dúvida que o casal envolvido viveu junto por cerca de um ano e meio, nascendo da relação um filho. A recorrida é do lar e a apontada vítima é um pedreiro, ambos morando em localidade humilde e separados de fato. O elo existente entre eles, qual seja a criança, fazia com que os contatos fossem constantes, sendo certo que ela já acionou seu ex-companheiro, ora vítima, para obter pensão alimentícia, mas nada logrou receber diante do inadimplemento. Há registros de ocorrências por agressões e ameaça feitos pela recorrida contra a vítima. A lesão corporal praticada pelo ex-companheiro é anterior ao fato narrado na denúncia deste processo e o crime de ameaça possui data posterior. Consta também que o ex-companheiro, aqui vítima, já foi denunciado por furto tentado, aceitando a suspensão condicional do processo, estando extinta a punibilidade. Há notícia trazida pela recorrida e também pela tia desta informando que o ex-companheiro é pessoa agressiva, já tendo ofendido à integridade física da recorrida, sendo que tal ocorria com mais frequência quando ele bebia. Após este quadro da realidade do casal, surge o fato principal, onde a recorrida

narra que, como de costume e antes de agredi-la, o ex-companheiro foi até a sua casa após ter bebido. Pediu para ir ao banheiro, estando ela com uma panela com água no fogão para fazer macarrão. Pouco tempo depois ele deixou o banheiro com uma faca na mão, na altura do rosto. Vendo que seria atingida, para defender-se, segurou a faca e se feriu, tendo ele largado o instrumento ao solo. Nervosa, ficou fora de si, pegou a água que estava no fogo e jogou na vítima, tendo esta saído em seguida. A vítima, por sua vez, quando ouvida em juízo, disse que foi visitar o seu filho e sua ex-companheira lhe jogou água quente porque não queria assinar os recibos referentes a entrega dos mantimentos que ele estava levando. Ocorre que, posteriormente, outra vez ouvido em juízo, ele já forneceu um colorido diverso daquele prestado nas últimas declarações, acrescentando que estava com o seu filho no colo quando ela jogou a água e que só conseguiu afastar o seu filho antes de ser atingido. Diante das duas versões trazidas aos autos, estando a da vítima divergente em dois momentos, pois acrescentou dado importante e principal até então inexistente nos autos, não há como afirmar, peremptoriamente, não ter havido agressão injusta e atual por parte da apontada vítima em relação à recorrida. Esta dúvida sobre a existência ou não de uma causa de exclusão da antijuridicidade leva ao reconhecimento da mesma em favor da recorrida, até porque, hodiernamente, e após o advento da Lei nº 11.690/08, que imprimiu nova roupagem ao inciso VI, do art. 386, do CPP, adotando posicionamento já consagrado na doutrina, em havendo fundada dúvida sobre a existência de uma causa de exclusão do crime, deve tal interpretação da prova sofrer a aplicação do *in dubio pro reo*. Ocorre que neste processo situação peculiar existe, razão pela qual o exame não se esgota nesta análise. A própria vítima disse que, após defender-se da injusta agressão, a faca portada pelo ex-companheiro caiu ao solo, tendo ela ficado nervosa e fora si, o que a fez pegar a água que estava fervendo e jogar na vítima. Neste ponto devemos examinar a ocorrência do excesso de legítima defesa própria. A nossa legislação prevê a denominada legítima defesa justificante, qual seja, a que excluiu a antijuridicidade, conforme preceitua o art. 25, do Código Penal, punindo também os excessos praticados por dolo ou culpa, conforme art. 23, parágrafo único. No entanto, não há no ordenamento pátrio o denominado excesso exculpante, conforme reconhecido no direito penal alemão, português, espanhol, etc. Neste ponto surge a primeira indagação, qual seja, a da possibilidade de reconhecimento da referida causa, na modalidade de causa suprallegal de exclusão da culpabilidade. A questão da exculpação constitui tema não convergente, havendo respeitável corrente doutrinária sustentando não ser reconhecível, por não admitir-se a analogia *in bonam partem*. Porém, a mais atualizada doutrina já evoluiu no sentido de admitir a analogia em matéria penal em normas permissivas e explicativas ou complementares, desde que *in bonam partem*. O que não é possível, sob pena de violação do princípio da legalidade e da reserva legal, e a adoção da analogia em normas incriminadoras. Outro argumento a ser somado é o do necessário respeito que deve haver ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine culpa*. Caso contrário, e apenas pelo descuido do legislador, que deixou de regular determinada hipótese, estaríamos condenando alguém pela simples omissão legislativa, em total dissonância com o princípio da culpabilidade. E foi nessa rota de entendimento que o próprio STJ, através do voto do Ministro Assis Toledo (RT 660/358), decidiu que "não age culpavelmente - nem deve ser, portanto, penalmente responsabilizado pelo fato - aquele que, no momento da ação ou da omissão, não poderia, nas circunstâncias, ter agido de outro modo, porque, dentro do que nos é comumente revelado pela humana experiência, não lhe era exigível comportamento diverso". Alcançada esta conclusão, qual seja, a da possibilidade de reconhecimento de causa suprallegal exculpante, volvemos ao fato em julgamento. A hipótese é adequável ao denominado excesso exculpante. O Código Penal alemão, no § 33, e sobre o excesso de legítima defesa dispõe: "Ultrapassando o agente os limites da legítima defesa por perturbação, medo ou susto, não será ele punido". O art. 33º, item 2, do Código Português, é expresso: "O agente não é

punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis". No direito espanhol, o medo constitui causa de exclusão da culpabilidade (art. 20, 6º, do CP espanhol). Este é o denominado excesso intensivo, ou seja, aquele decorrente do fato de o agente haver aplicado intensidade superior a que seria necessária para o ato de defesa, fazendo-o, no entanto, em razão do susto, do medo ou perturbação de que estava tomado em razão da injusta agressão que sofria ou que estava prestes a sofrer. Não há que se falar em exclusão da ilicitude, por ausência da moderação exigida. No entanto, não se pode punir o agente, realizando um juízo de reprovabilidade, pelo excesso, exatamente por não ser exigível do agente que, nas circunstâncias, em frações de segundo domine as fortes reações psíquicas para, de pronto, diante da agressão que está sofrendo, cesse a resposta, ou seja, a repulsa da agressão, de forma milimétrica, de modo a não invadir o campo do excesso. Isto seria exigível de uma máquina, pois esta não possui sangue nas veias e é desprovida de emoções. No entanto, em um quadro onde duas pessoas humildes e sofridas, sendo ele um usuário do álcool, com passado de agressões e ameaça contra a recorrente, mais uma vez comparece na casa de sua ex-companheira e, com uma faca, inicia uma nova agressão, é absolutamente compreensível que o nervosismo e o fato de haver ficado fora de si, conforme palavras utilizadas pela mesma, se fizessem presentes, impedindo de aquilatar, por juízo próprio, em fração de segundos, até onde a repulsa à agressão sofrida poderia merecer resposta. O estado de perturbação mental e o medo não podem ser olvidados do direito penal, sob pena de adoção da responsabilidade objetiva, devendo ser trazidos para debate como forma de possibilitar o reconhecimento do excesso intensivo, excludente da culpabilidade do agente. Diga-se de passagem que a prova dos autos chega a permitir até a dúvida entre a existência de uma perturbação mental ou medo, ou ainda uma privação da inteligência ou dos sentidos. Isto porque, ambas são diversas. Aquela exclui a força exculpante da situação fática de defesa. A última atuaria como causa de exclusão da imputabilidade. Contudo, maiores digressões demandariam prova pericial, aqui inexistente. O certo é que, com o que há, não se pode afastar o reconhecimento da excludente atípica, diante da presença do estado astênico da recorrida que, diante das circunstâncias, aqui também considerado os antecedentes fáticos, teve a sua inteligência obscurecida e a sua vontade dominada, realizando um ato que, sem essa perturbação psíquica, deveria ser considerado como criminosa. Diante de tais argumentos, deve o referido excesso exculpante ser reconhecido como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, com a manutenção da absolvição, já agora por este fundamento. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJRJ - APL 00022230320068190036RIO DE JANEIRO – 8ª CÂMARA CRIMINAL – Relator(a): Gilmar Augusto Teixeira – Publicado em: 14/07/2009 – Julgado em: 18/06/2009). (RIO DE JANEIRO, 2009).

Essa forma de pensamento também é admitida no Código Penal Português, expresso no artigo 33, e diz: “O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis”.

Já na Alemanha eles colocam da seguinte forma: “Ultrapassando o agente os limites da legítima defesa por perturbação, medo ou susto, não será ele punido.” Assim vemos que não é somente nas doutrinas brasileiras que tal tema é discutido.

3.4. Excesso Intensivo e Extensivo

PUIG descreve duas modalidades de excesso nas quais o ofendido defende-se de maneira excessiva à agressão. Trata-se do excesso extensivo e intensivo. No primeiro, a vítima finda a agressão, porém, continua a revidar o ataque. No segundo tipo, o ofendido se utiliza de métodos excessivamente desproporcionais à agressão. Neste sentido:

O excesso extensivo se dá quando a defesa se prolonga durante mais tempo do que dura a atualidade da agressão. O excesso intensivo pressupõe, ao contrário, que a agressão seja atual mas que a defesa poderia e deveria adotar uma intensidade lesiva menor. O excesso extensivo é, pois, um excesso na duração da defesa, quanto que o excesso intensivo é um excesso em sua virtualidade lesiva. (PUIG. 2015. p. 434)

GRECCO exemplifica as duas espécies da seguinte maneira:

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 cessada a agressão para, posteriormente, decidir-se por continuar a repulsa, o excesso, aqui, será considerado intensivo. Agora, se alguém, após ter sido agredido injustamente por outrem, repele essa agressão e, mesmo depois de perceber que o agressor havia cessado o ataque porque a sua defesa fora eficaz, resolve prosseguir com os golpes, pelo fato de não mais existir agressão que permita qualquer repulsa, o excesso será denominado extensivo. (GRECCO. 2016. p. 465-466).

As modalidades citadas não se confundem com a legítima defesa putativa, já que esta é configurada por erro de percepção da vítima que, no momento dos fatos, acreditava, equivocadamente, estar na iminência de um ataque.

3.5. Legítima Defesa Putativa

Na legítima defesa em questão, o agente por erro, acreditando estar prestes a sofrer agressão, age em defesa própria (ou de outrem), a fim de tentar evitar a fictícia agressão, este erro também chamado de erro permissivo/erro de fato, livrará o agente de sanção.

Podemos citar um exemplo: Jota estava deitado na varanda de sua casa, e se assusta com um barulho que lhe parecia adentrar a sua residência, para proteger-se ele pega a sua arma e dispara em direção a um vulto que vinha em direção a ele, ao

iluminar o lugar, ele percebe que se tratava de seu irmão, e não de um suposto assaltante.

Nesse sentido, decidiu o tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Apelação. Disparo de arma de fogo. Sentença condenatória. Recurso da defesa sustentando legítima defesa putativa e, subsidiariamente, a redução da pena. Reforma que se impõe para absolver o acusado, haja vista a prova nos autos de que ele estava em legítima defesa putativa, quando, erroneamente, se julgou diante de uma agressão injusta, atual ou iminente, encontrando-se, portanto, legalmente autorizado a repeli-la. O apelante justifica a sua conduta alegando que é policial militar, atuante no combate ao tráfico de entorpecente e que, por isso, quando percebeu a presença de duas pessoas estranhas vindo na direção do seu carro efetuou os disparos para o alto. A prova oral e documental produzida demonstrou que o apelante no momento dos fatos estava em local ermo, à noite, num terreno baldio e com luminosidade precária, não se podendo exigir dele conduta diversa, sobretudo por ser um policial militar e se tratando da cidade do Rio de Janeiro onde a violência prepondera. Provimento do recurso. (TJRJ - APL 00008165120098190037 – 3ª CÂMARA CRIMINAL – Relatora: Des. Mônica Tolledo de Oliveira – Publicado em: 24/10/2012 – Julgado em: 31/07/2012). (RIO DE JANEIRO, 2012).

Apesar de se tratar de uma conduta dolosa, a legítima defesa putativa, em regra não pode ser penalizada, pois tem origem na imprudência do agente que, movido pelo medo e pela tensão, acredita estar na iminência de uma agressão, assim, para evitar a suposta ação lesiva, o agente atinge o suposto agressor primeiro. Trata-se de discriminante putativa, na qual ocorre um erro quanto a existência de uma justificante.

3.6. Fundamentos do Tribunal do Júri

A origem do tribunal do júri pode se dizer que possui certa divergência entre os doutrinadores. Mas, a partir de 1988 com a vigência da Carta Magna que tal instituto teve sua função destinada à proteção de crimes dolosos contra a vida. É de fato que a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é exclusiva do Tribunal do Júri.

Segundo TÁVORA:

No contexto mundial, a organização e competência do tribunal do júri variam em conformidade com o sistema adotado em cada país. A ideia do tribunal popular é a de que os casos importantes sejam julgados por pessoas que formam a comunidade a qual pertence o acusado, tal como o acusado seja parte desta, vale dizer, a noção que se tem do júri popular é a de que o julgamento se de pelos pares de réu.(TAVORA. 2016, p. 1216-1217)

A origem do tribunal do júri é visto também na Grécia e na Roma. No Brasil, o tribunal do Júri foi instituído por Lei, em 18 de Julho de 1822, com competência inicial de apenas julgar crimes contra a imprensa, e que com o passar do tempo e a solidificação da Constituição Imperial de 1824, o tribunal como órgão popular foi reafirmado como órgão com competência para julgar crimes que afetam determinados bens jurídicos, em especial, crimes contra a vida, passando a ter cede constitucional.

Após esse marco, a maior mudança referente ao tribunal do júri foi na Consolidação da Constituição Federal de 1988, sendo o tribunal do júri confirmado como direito e garantia fundamental.

Tais garantias foram para TAVORA:

Garantia de sujeição ao tribunal popular, nos crimes de sua competência, para atendimento ao devido processo legal. E direito, conferido de forma ampla, de participar da atividade do judiciário, na condição de jurado (juízes leigos). (TAVORA. 2016 p. 1217).

O artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal trás disposições sobre o júri: art.5º - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)” o inciso XXXVIII fala: é reconhecido a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento de crimes contra a vida; (BRASIL – CF, 1988)

Assim é possível notar um grande fortalecimento do tribunal do Júri após a Constituição de 88, sobretudo nas partes dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se no final deste trabalho que a legítima defesa apresenta dois fundamentos distintos, sendo o primeiro a necessidade de defender bens jurídicos perante a uma agressão e o segundo a defesa do ordenamento jurídico diante de uma agressão considerada injusta perante a lei e aos olhos de quem vê.

A legítima defesa é norteadada no nosso ordenamento jurídico pelo art. 25 do Código Penal.

A exclusão de ilicitude ocorre em situações que a lei permite, contudo, são admitidas as causas supra legais de exclusão, que são aquelas que não estão expressas dentro do nosso ordenamento jurídico, como o excesso exculpante, mas são aceitas por causa do cunho social. A legítima defesa é uma das causas de exclusão de ilicitude elencadas na lei, vistas no artigo 23, II e no artigo 25 do Código Penal. Ela é o direito que o indivíduo possui de repelir agressão injusta, atual ou iminente contra si ou contra outrem, mediante o uso moderado de meios necessários. Essa lei foi criada e imposta diante da sociedade, principalmente pelo fato de que o Estado não poderá estar presente em todos os lugares para resguardar os bens jurídicos e a integridade física das pessoas.

Desde a antiguidade o ser humano já mostrava que a autodefesa era um mecanismo importante para a proteção da vida, por isso essa lei veio para sancionar os meios necessários de repelir uma injusta agressão.

A diferença entre a legítima defesa e a configuração do seu excesso, está no *animus defendi*, onde no momento em que age para se defender ou na defesa de outrem o indivíduo tem que estar consciente do ato praticado, agindo somente para repelir a agressão, constituindo assim a legítima defesa. Caso contrário, se o indivíduo não tiver consciência e ultrapassar os meios corretos e necessários ele estará cometendo o excesso.

Para se configurar o excesso é necessário o agente já ter repelido a injusta agressão, e após conseguir cessar a agressão continuar a agredir o autor configurando-se assim o excesso. Sem os requisitos necessários para classificar como legítima defesa, o agente não pode alegar que agiu de modo legal. Caso, de início, ele repelir a injusta agressão não responderá por toda a ação, somente responderá pelo excesso, a agressão injusta continuará amparada por lei como excludente de ilicitude.

A legítima defesa tem como princípio a busca da vítima em fazer valer a proteção legal do bem jurídico que lhe pertence, sendo a autotutela apenas válida em

casos em que o Estado não estiver presente e usando dos meios necessários e moderados para cessar a injusta agressão. Assim o excesso fica configurado caso a vítima após cessar a agressão continuar a agredir o agente.

Enfim, conclui-se que a legítima defesa existe em várias espécies, que a lei prevê o seu excesso e impõe punições ao agente que o cometer, sendo por culpa ou dolo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Ciência Criminal**. São Paulo. Forense. 1998.

ARAGÃO, Ivo Rezende. **Movimento da Lei e Ordem: Sua Relação com a Lei dos Crimes Hediondos**. 2010. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2812>> Acesso em: jun. 2016

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Saraiva. 2011.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: mai. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei 8.072 de 25 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> Acesso em: jun. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei 10.792 de 1º de dezembro de 2003**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm> Acesso em: jun. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm> Acesso em: jun. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei 9.034 de 3 de maio de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm> Acesso em: jun. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei 10.217 de 11 de abril de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm> Acesso em: jun. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei 11.106 de 28 de março de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm> Acesso em: jun. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei 11.343 de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm> Acesso em: jun. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei 9.099 de 25 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em: jun. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei 8.072 de 25 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> Acesso em: jun. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei 8.072 de 25 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> Acesso em: jun. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 59.943/CE**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 09/08/2016.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 330.474/SP**. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 03/12/2015.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 294.078/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 26/08/2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: São Paulo. Saraiva. 2004.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva. 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense. 1993.

FERITAS, Raquel. **Polícia pede que inquérito de atentado a Ana Hickmann seja arquivado**. Globo G1. Publicado 17 de junho de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2016/06/delegado-conclui-inquerito-sobre-atentado-ana-hickmann-em-bh.html>>. Acesso em: 10 set. 2016.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2016.

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

JAIME, Silena. Breves reflexões sobre a política criminal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1155, 30 ago. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8860>>. Acesso em: 25 out. 2016.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 32º Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

MELO, Lydio Machado Bandeira de. **O Criminoso, o Crime e a Pena**. Belo Horizonte: Prisma. 1970.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: 21ª Ed. São Paulo: Atlas. 2004.

MOURA, Bruno. O Fundamento da Legítima Defesa. In: **Revista Brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v. 20, n. 98, p. 39–95, set./out., 2012. Disponível em: <<http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/20007/O%20fundamento%20da%20leg%EDtima%20defesa.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 abril 2016.

NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. Política criminal e eleição de bens jurídicos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 27, mar 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=%20revista_artigos_leitura&artigo_id=1026>. Acesso em out 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Breves Apontamentos Sobre a Política Criminal e o Pensamento Roxiniano. In: **Revista IOB de direito penal e processual penal**, São Paulo, v. 7, n. 42, p. 92–100, fev./mar., 2007. Disponível em: <<http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/10268/Breves%20Apontamentos%20sobre%20a%20Pol%C3%ADtica%20Criminal%20e%20o%20Pensamento.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

PORTUGAL. DL n.º 48/95, de 15 de Março. CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis> Acesso em: 28 jun. 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Multa penal**: 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal**: Parte General. Ed. 2015. Barcelona: Reppertor. 2015.

TAVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª Ed. Salvador. Jus Podium. 2016.