

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

CÁSSIO RAMOS PEREIRA

**A NECESSIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA CARACTERIZAÇÃO DA
LEGÍTIMA DEFESA: UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS DE
JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL E SANTA CATARINA NO PERÍODO DE
AGOSTO DE 2013 A AGOSTO DE 2017.**

CRICIÚMA/SC

2017

CÁSSIO RAMOS PEREIRA

**A NECESSIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA CARACTERIZAÇÃO DA
LEGÍTIMA DEFESA: UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS DE
JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL E SANTA CATARINA NO PERÍODO DE
AGOSTO DE 2013 A AGOSTO DE 2017.**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado
para obtenção do grau de Bacharel no Curso
de Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador(a): Prof. Alfredo Engelmann Filho

CRICIÚMA/SC

2017

CÁSSIO RAMOS PEREIRA

A NECESSIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA CARACTERIZAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA: UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL E SANTA CATARINA NO PERÍODO DE AGOSTO DE 2013 A AGOSTO DE 2017.

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Penal

Criciúma, 30 de Dezembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Alfredo Engelmann Filho- Especialista - UNESC - Orientador

Prof. Anamara de Souza- Mestre – UNESC Examinadora

Prof. Leandro Alfredo da Rosa- Especialista - UNESC - Examinador

**Aos meus pais e à Caroline:
Por todo carinho, dedicação e incentivo constantes.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por sempre me proteger, me dar a saúde necessária para continuar estudando, me guiar pelo melhor caminho, para que de forma honesta eu consiga alcançar todos os meus objetivos.

À minha mãe, pelo carinho, amor, por ter dedicado toda sua vida para me dar a melhor condição possível, por me educar, por me ensinar a ser uma pessoa honesta, me dar o alimento de cada dia, por ser minha base e minha inspiração.

Minha namorada Caroline, e toda sua família, pela compreensão, confiança, pelo apoio constante, por acreditar no meu potencial e me motivar em todos os momentos. Serei eternamente grato por todo o apoio que recebi, não só durante a realização deste trabalho, mas também ao longo destes anos de convívio.

À meu orientador, Professor Alfredo Engelmann Filho, por quem eu tenho profunda admiração, por aceitar este encargo, fornecendo todo o suporte necessário para a realização desta monografia, pela atenção prestada em todos os momentos em que foi requisitado, me ajudando a completar mais esta etapa.

Ainda, à professora Anamara de Souza, que durante o projeto deste trabalho também colaborou para o seu desenvolvimento, me dando atenção especial, que foi de grande importância para seguir com o tema do presente estudo.

Por fim, agradeço todos os professores que contribuíram com minha formação acadêmica durante esta meia década de curso, bem como todas as pessoas que de alguma forma fizeram parte deste momento da minha vida.

“Quem por direito não é senhor do seu dizer, não se pode dizer senhor de qualquer direito.”

Cármem Lúcia

RESUMO

O presente trabalho monográfico teve como objetivo, verificar se é necessário a presença do elemento subjetivo para a caracterização da legítima defesa. Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, verificando-se a posição de diversos autores sobre o tema. Ainda, para alcançar um resultado mais preciso, fez-se um levantamento jurisprudencial dos tribunais de justiça de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, no período entre Agosto de 2013 a Agosto de 2017, visando constatar através de casos concretos, se o requisito subjetivo é imprescindível para que seja configurada esta excludente de ilicitude. A problemática central do presente estudo é exigir um requisito que o Código Penal não fez referência a seu respeito. O resultado alcançado foi de que, a corrente doutrinária majoritária, bem como ambos os tribunais, exigem que o elemento subjetivo se faça presente na conduta do agente, para que a legítima defesa possa ser reconhecida. Para o presente estudo, empregou-se o método indutivo, através de uma pesquisa qualitativa. Ainda, verificou-se diversas jurisprudências extraídas dos sites do TJSC e TJRS. Por fim, concluiu-se que, estará protegido pela legítima defesa aquele que: utilizando-se moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro, tendo a ciência de que está agindo em legítima defesa e com ânimo exclusivamente defensivo.

Palavras-chave: Legítima defesa. Elemento subjetivo. Excludente de ilicitude. Direito Penal.

ABSTRACT

The present monographic work had as objective to verify if it is necessary the presence of the subjective element for the characterization of self-defense. For this, a bibliographic research was carried out, verifying the position of several authors on the subject. In order to reach a more precise result, a case-by-case study was carried out by the courts of Santa Catarina and Rio Grande do Sul, between August 2013 and August 2017, in order to verify, through concrete cases, whether the requirement subjective is essential for this exclusive setting of unlawfulness to be configured. The central problem of the present study is to require a requirement that the Criminal Code did not mention about its respect. The result has been that the majority doctrinal current, as well as both courts, require that the subjective element be present in the conduct of the agent, so that legitimate self-defense can be recognized. For the present study, the inductive method was used, through a qualitative research. In addition, several jurisprudence was extracted from the websites of the TJSC and TJRS. Finally, it was concluded that it will be protected by the self-defense that, using the necessary means moderately, it repels unjust aggression, current or imminent, in the proper law or of another, having the knowledge that it is acting in self-defense and with exclusively defensive spirit.

Keywords: Self-defense. Subjective element. Exclusion of unlawfulness. Criminal Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
C/C	Combinado com
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 NOÇÕES GERAIS E INTRODUTÓRIAS SOBRE DIREITO PENAL E A TEORIA DO CRIME	13
2.1 CONCEITO GERAL DE DIREITO PENAL	13
2.2 A TEORIA DO CRIME E SEUS ELEMENTOS JURÍDICOS.....	14
2.2.1 Concepção tripartida do crime	15
2.2.2 Concepção bipartida do crime	16
2.3 DO FATO TÍPICO.....	17
2.3.1 Conduta	19
2.3.2 Conceito de tipicidade	20
2.3.3 Do resultado	21
2.3.4 Nexo de causalidade	22
2.4 DA ILICITUDE DO FATO TÍPICO	23
2.5 DO CONCEITO DE CULPABILIDADE	25
3 CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE	26
3.1 CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO	26
3.2 DO ESTADO DE NECESSIDADE.....	27
3.3 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL E EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO.....	29
3.3.1 Exercício regular de direito	31
3.4 LEGÍTIMA DEFESA E SEUS ELEMENTOS OBJETIVOS	32
3.4.1 Injusta agressão	34
3.4.2 Atualidade ou iminência da agressão	35
3.4.3 Meios necessários à repulsa	36
3.4.4 Uso moderado dos meios	37
3.4.5 Direito próprio ou de terceiro	38
3.5 ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA.....	39
3.5.1 Legítima defesa putativa	39
3.5.2 Legítima defesa sucessiva	41
3.5.3 Legítima defesa recíproca	41
3.6 DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA.....	42

3.6.1 Modalidades de excesso na legítima defesa.....	44
4 O ELEMENTO SUBJETIVO COMO CRITÉRIO PARA RECONHECIMENTO JUDICIAL DA LEGÍTIMA DEFESA	45
4.1 O ELEMENTO SUBJETIVO NAS CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE.....	46
4.2 O ELEMENTO SUBJETIVO NA LEGÍTIMA DEFESA: ENFOQUE DOUTRINÁRIO	49
4.3 ESTUDO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL E SANTA CATARINA ANTE A NECESSIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA CARACTERIZAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA.....	52
5 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS.....	68

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objeto, analisar a necessidade do elemento subjetivo, para a caracterização da excludente de ilicitude da legítima defesa. Ainda, verificar a possibilidade de sua aplicação para o reconhecimento da legítima defesa em um caso concreto.

Entende-se por elemento subjetivo das causas excludentes de ilicitude, o fato do agente, no momento da ação ou omissão, ter o conhecimento de estar agindo em consonância com uma das causas justificantes. Na legítima defesa, trata-se do conhecimento do agente, em estar agindo de acordo com os elementos objetivos caracterizadores desta excludente de ilicitude, bem como, de boa-fé, ter a exclusiva finalidade defensiva.

O objetivo do presente estudo, é verificar, se é necessário a presença do elemento subjetivo para a configuração da legítima defesa, ante a análise de um caso concreto. Se é imprescindível, que o agente tenha conhecimento da situação justificante e, direcione sua conduta com o ânimo de defender um direito próprio ou alheio.

Neste contexto, a presente monografia, tem como problemática a exigência deste elemento subjetivo, uma vez que o próprio Código Penal, no dispositivo legal que define os requisitos da legítima defesa, nada tratou a respeito deste elemento, sendo expresso apenas os elementos objetivos deste tipo permissivo.

Outrossim, fez-se uma pesquisa bibliográfica, visando apresentar entendimentos doutrinários relativos ao elemento subjetivo da legítima defesa, sendo abordado conceitos, argumentos e divergências pertinentes ao tema. Ademais, aprofundando-se no assunto, realizou-se um levantamento jurisprudencial, em dois Tribunais de Justiça, complementando os posicionamentos estudados através dos julgados proferidos.

Para tanto, inaugura-se, no primeiro capítulo, um estudo acerca da teoria do delito em sua visão analítica, estudando-se cada um de seus elementos estruturais. Nesta finalidade, comparou-se a teoria bipartida do crime, que considera crime um fato típico e ilícito, com a teoria tripartida do delito, que além do fato típico e ilícito, exige que o fato seja culpável para a caracterização de um crime.

Em seguida, no segundo capítulo, apresenta-se as causas legais

excludentes de ilicitude, expressas no Código Penal, abordando-se o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular de um direito e a legítima defesa, dado o devido enfoque a esta, pontuando-se cada um dos seus elementos objetivos e suas principais espécies.

Por fim, no terceiro capítulo, conceitua-se o elemento subjetivo da legítima defesa, com enfoque nos diferentes posicionamentos doutrinários, através de uma pesquisa bibliográfica relativa ao tópico em questão. Ao final, faz-se uma análise jurisprudencial dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, no período entre Agosto de 2013 a Agosto de 2017, verificando-se a necessidade ou não da exigência do elemento subjetivo para a caracterização da legítima defesa.

Quanto ao método de pesquisa, empregou-se o método indutivo, através de uma pesquisa qualitativa, utilizando-se de material bibliográfico e legal. Ainda, para a análise da necessidade do elemento subjetivo da legítima defesa, verificou-se, através de um levantamento jurisprudencial, decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina.

2 NOÇÕES GERAIS E INTRODUTÓRIAS SOBRE DIREITO PENAL E A TEORIA DO CRIME

As relações pessoais entre membros inseridos em uma determinada sociedade são reguladas por um ordenamento jurídico, para que estas relações estejam limitadas de acordo com seus dispositivos e sejam desenvolvidas dentro daquilo que é considerado lícito e legal, em decorrência das práticas e costumes morais e éticos de uma sociedade. (BITENCOURT, 2012, p.56)

Para que um bem jurídico seja protegido, criam-se dispositivos específicos, visando inviolabilidade de direito alheio e a limitação da conduta dos jurisdicionados. Assim explica Bitencourt.

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens (2012, p. 57).

Para a proteção dos bens jurídicos relacionados a vida humana, tornou-se necessário a criação de leis que pudessem controlar e limitar condutas de maior grau de periculosidade e reprovabilidade social, portanto surge o direito penal, como um instrumento que visa a proteção de bens jurídicos mais importantes e essenciais para assegurar o próprio convívio social, não suficientemente protegidos por outro ramo do direito. (GRECO, 2009, p. 04).

2. 1 CONCEITO GERAL DE DIREITO PENAL

Visando a proteção de bens jurídicos fundamentais a vida humana, surge o Direito Penal, conferindo o poder de punir ao estado, para que através de sanções, possam controlar e limitar a conduta dos indivíduos. Assim lecionam Zaffaroni e Pierangeli.

Podemos dizer provisoriamente que o direito penal é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama “delito”, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. (2015, p. 84)

O direito penal, portanto, tipifica condutas que possam violar e atingir determinados bens jurídicos, consideradas ilícitas, e impõe sanções para o indivíduo que age em conformidade com aquilo que está tipificado e é antijurídico, para que além de receber a punição adequada à conduta praticada, se abstenha de praticar novamente uma conduta típica e ilícita, neste sentido preceitua Fernando Capez.

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação. (2011, p. 19)

O indivíduo agindo em consonância com a norma penal, ao praticar uma conduta típica e considerada antijurídica, estará cometendo um ilícito penal sendo caracterizada sua conduta como crime, sujeito a punição do estado através da intervenção de normas incriminadoras, com determinada sanção, denominada de pena (JESUS, 2011, p. 45).

Por consequência, pode-se dizer que crime é a conduta humana que viola ou expõe a perigo um bem jurídico necessário ao convívio social e protegido pela lei penal, sua essência portanto é a violação do bem jurídico e a ofensa ao bem comum, uma vez que a finalidade da lei penal é a tutela destes bens jurídicos valorizados pelo estado (NORONHA, 2004, p.97).

2.2 A TEORIA DO CRIME E SEUS ELEMENTOS JURÍDICOS.

Conforme exposto, violada uma norma incriminadora surge a pretensão punitiva do estado, porém, só é importante para o direito penal, a intervenção em condutas típicas e com efetivo potencial lesivo, do contrário, por não haver lesividade a bens jurídicos por ele tutelados, não há a necessidade de invocar a pretensão punitiva do estado. (CAPEZ, 2011, p. 137).

Assim, para prática de um crime é necessária uma conduta humana, além disso a conduta humana deve, de acordo com o princípio da reserva legal e do artigo 1º, do Código Penal, estar devidamente tipificada, ou seja, descrita pelo ordenamento jurídico penal. Explica Damásio de Jesus:

Para que haja crime é preciso, em primeiro lugar, uma conduta humana positiva ou negativa (ação ou omissão). Mas nem todo comportamento do homem constitui delito. Em face do princípio de reserva legal, somente os descritos pela lei penal podem assim ser considerados. Portanto, p. ex., a subtração de coisa com a simples intenção de usá-la (furto de uso) é fato irrelevante para a nossa legislação penal, pois não se subsume à norma penal incriminadora do art. 155. Falta-lhe o fim de assenhoreamento definitivo (o *animus rem sibi habendi*), contido na expressão “para si ou para outrem” do tipo. Sem ele o fato não se ajusta à norma. É atípico. Dessa forma, somente o fato típico, i. e., o fato que se amolda ao conjunto de elementos descritivos do crime contido na lei, é penalmente relevante. (2011, p. 195)

Considerando o fato típico como o primeiro elemento para a existência e prática de um ilícito penal, faz-se importante a análise dos demais elementos ante ao estudo da teoria analítica do crime, que gera grande divergência doutrinária em relação aos elementos que o compõem, resultando em duas concepções diferentes, a concepção bipartida e tripartida do crime.

2.2.1 Concepção tripartida do crime

Para parte da doutrina que adota a corrente da teoria tripartida do crime, o delito é composto por três elementos essenciais e dissociáveis, conforme exposto a seguir.

O conceito analítico de crime tem como objetivo pôr à mostra os aspectos essenciais e os elementos estruturais da definição de crime. Dentre algumas definições propostas por diversos penalistas a que se mostra mais completa é a que leva em consideração os três pilares fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica, ilícita e culpável (TOLEDO, 1994, p. 80).

Seguindo este entendimento, através de uma conduta típica, comissiva ou omissiva, poderá um determinado fato constituir-se crime, porém, para que exista um crime, de forma completa e passível de punição, devem ser analisados seus demais elementos, não apenas a figura da tipicidade, uma vez que o crime deve ser visto como um todo. O ordenamento jurídico Penal Brasileiro adotou o conceito analítico do delito, utilizando a teoria tripartida do crime. A concepção tripartida é composta de três elementos fundamentais, que definem o crime e o torna completo para uma possível aplicação de pena, sendo portando seus elementos: o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade (NUCCI, 2011, p. 173-174).

Neste mesmo diapasão lecionam Zaffaroni e Pierangeli, afirmando que somente a conduta típica e a antijuridicidade não constituem-se propriamente um crime e sim um “injusto penal”, sendo necessário para aquele, ser acrescido o elemento culpabilidade.

Na doutrina, chamamos a conduta típica e antijurídica de "injusto penal", reconhecendo que o injusto penal não é ainda delito, e sim que, para sê-lo, é necessário que seja também reprovável, isto é, que o autor tenha tido a possibilidade exigível de atuar de outra maneira, requisito que não se dá, por exemplo, na hipótese do "louco" (de quem, em razão de sua incapacidade psíquica, não se pode exigir outra conduta). Esta característica de reprovabilidade do injusto ao autor é o que denominamos culpabilidade e constitui a terceira característica específica do delito (2015, p. 342-343)

De mesma banda, Luiz Regis Prado conceitua o crime como fato típico, antijurídico e culpável, adotando posicionamento favorável a teoria tripartida do crime, a exemplo de Assis Toledo e Guilherme Nucci, conforme anteriormente citados.

A ação, como primeiro requisito do delito, só a pareceu em 1857, com Berner; a idéia de ilicitude, ou de antijuridicidade, hoje o segundo elemento do conceito analítico, foi desenvolvida por Ihering, em 1867, para o Direito Civil, e introduzida no Direito Penal apenas 1881, por Von Liszt e Beling; já a culpabilidade, de Merkel, desenvolveu-se pelos estudos de Binding em 1877; a idéia de tipicidade só surgiu em 1906, com Binding. Perceba, pois, que o conceito moderno de crime foi sendo construído aos poucos, ao longo dos anos (PRADO, 2011, p. 135).

Portanto, a visão analítica do crime tem como escopo a análise de todos os elementos e requisitos que compõem a infração penal, sem que para isso tenha que dividi-lo em fragmentos, considerando que o crime deve ser visto de forma unitária, não sendo possível identificar a existência ou não da infração penal sem uma análise estratificada do crime. Neste sentido, ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável) ou o fato por ele praticado será atípico, conseqüentemente um irrelevante penal (GRECO, 2009, p. 144-145)

Por fim, dentre os autores que adotam esta mesma concepção tripartida do crime pode-se citar: Aníbal Bruno, Cezar Bitencourt, Edgard Magalhães Noronha, Fernando Galvão, entre outros.

2.2.2 Concepção bipartida do crime

Em contraponto à teoria tripartida do crime, parte da doutrina define o crime como fato típico e antijurídico, sendo o elemento culpabilidade um pressuposto para a aplicação da pena, e não para a caracterização do delito, uma vez que a culpabilidade nada mais é que um juízo de valor sobre o autor de uma infração penal, portanto, inviável sua aplicabilidade como elemento inserido dentro do crime, e ao mesmo tempo como juízo externo, de reprovabilidade do agente. Trata-se da concepção bipartida do crime (CAPEZ, 2011, p.323).

Adotando o mesmo posicionamento, preceitua Damásio de Jesus, que mesmo não existindo o juízo de reprovação social ao autor do delito, ainda assim existirá o crime, ante a presença dos requisitos fato típico e antijurídico.

De observar, porém, que não basta seja o fato típico e antijurídico. Exige-se, ainda, que o agente seja culpável. Ex.: A atira em B, matando-o. Prova-se que A, por erro de proibição invencível, acreditava achar-se na iminência de uma agressão injusta. Ocorre uma causa de exclusão da culpabilidade, chamada erro de proibição (discriminante putativa versando sobre a ilicitude da agressão). Aplica-se o art. 21, *caput*, 2.^a parte, do CP. O fato é típico e antijurídico, mas não incide o juízo de reprovação social (culpabilidade). O crime existe, mas o sujeito não sofre pena, uma vez que está ausente a culpabilidade (2011, p. 196).

Portanto, para os seguidores da teoria bipartida, a presença da culpabilidade não é necessária para a existência de um crime, pois trata-se de requisito tão somente para aplicação da pena, destarte, existindo o fato típico e não estando este fato protegido por algum tipo permissivo, sendo portanto ilícito, já estará configurado um delito (MASSON, 2011, p. 152).

2.3 DO FATO TÍPICO

Conforme estabelece o artigo 1º, do Código Penal, ninguém pode ser punido por fato que não esteja tipificado em lei “art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 2017, ‘a’). Cabe a lei penal definir o que é crime, e não apenas proibir de forma genérica, é necessário uma definição específica e detalhada do que o ordenamento jurídico penal entende ser um fato criminoso (CAPEZ, 2011, p. 209).

Assim, para que haja crime e posterior punição, faz-se necessário a conduta do agente estar relacionada a algum dos elementos do tipo penal, sobre tipo penal leciona Bitencourt em seu tratado:

Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, tornando-os todos especiais, no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo-se a adequação de uma conduta que não lhes corresponda perfeitamente (2012, p. 737-738)

A criação de tipos penais incriminadores, tem como objetivo individualizar o que é realmente ilícito daquilo que é irrelevante para o direito penal. Porém, importante salientar, que o tipo não cria novas condutas, não inova, apenas estabelece um conjunto de valores, transformando a conduta praticada pelo agente em crime (NUCCI, 2011, p. 197).

O fato típico, como explanado anteriormente, é a adequação do fato praticado pelo agente, ao modelo descrito na lei penal, ou seja, é a prática de uma conduta positiva em um dispositivo penal sendo exteriorizada de forma concreta por um indivíduo. Observe-se o entendimento de Rogério Cunha:

Fato típico, portanto, pode ser conceituado como ação ou omissão humana, antissocial que, norteadas pelo princípio da intervenção mínima, consiste numa conduta produtora de um resultado que se submete ao modelo de conduta proibida pelo Direito Penal, seja crime ou contravenção penal. Do seu conceito extraímos seus elementos: conduta, nexos causal, resultado e tipicidade. (2016, p. 177).

Além do tipo incriminador, o ordenamento jurídico penal criou mecanismos para tipificar condutas que são permitidas e excluem o crime, mesmo que moldadas a um fato típico, a exemplo da legítima defesa, conforme leciona Capez.

Tipos permissivos ou justificadores: são tipos penais que não descrevem fatos criminosos, mas hipóteses em que estes podem ser praticados. Por essa razão, denominam-se permissivos. São tipos que permitem a prática de condutas descritas como criminosas. São os que descrevem as causas de exclusão da ilicitude (CP, art. 23), também conhecidas como causas de justificação, como é o caso da legítima defesa, que se encontra no art. 25 do Código Penal. (2011, p. 211).

Ainda, o fato típico pode ser dividido em quatro elementos: conduta, tipicidade, nexos causal e resultado. Portanto, faz-se necessário um estudo de cada um de seus elementos.

2.3.1 Conduta

A conduta pode ser definida como uma ação ou omissão, decorrente da vontade humana, visando uma finalidade específica. A ação descreve uma conduta positiva, um fazer, já a omissão se caracteriza por uma ação negativa, uma abstenção, um não fazer. Não obsta, porém, a mera exteriorização da conduta, é necessário que esta conduta seja emanada por vontade do agente, ou seja, considerando o livre arbítrio e a racionalidade do agente, capaz de saber que a escolha de determinada conduta pode evitar um efeito descrito na lei penal, não se abstenha, e voluntariamente acabe escolhendo a conduta que poderia evitar, é exatamente esta situação, por ser exigível do agente uma conduta diversa, que importa ao direito penal (CAPEZ, 2011, p. 136-137).

Acerca do elemento vontade, para doutrina finalista da ação, também é relevante para o direito penal a conduta emanada por culpa do agente, conforme explica Damásio de Jesus.

A doutrina finalista da ação não se preocupa apenas com o conteúdo da vontade, o dolo, que consiste na vontade de concretizar as características objetivas do tipo penal, mas também com a culpa. O Direito não deseja apenas que o homem não realize condutas dolosas, mas, também, que imprima em todas as suas atividades uma direção finalista capaz de impedir que produzam resultados lesivos. As ações que, produzindo um resultado causal, são devidas à inobservância do mínimo de direção finalista no sentido de impedir a produção de tal consequência, ingressam no rol dos delitos culposos. (2009, p. 275)

A conduta pode ser dolosa, quando há a intenção, a vontade em praticá-la e buscar o resultado pretendido, e a conduta dolosa, onde não existe a vontade do agente em sua prática, e sim por uma imperícia, imprudência ou negligência, o agente pratica um fato típico, que poderia ter evitado, e responderá, se o fato for antijurídico e previsto na modalidade culposa (NUCCI, 2011, p. 239).

A esse propósito, complementa e finaliza Fernando Capez, quanto ao conceito de conduta.

Por essa razão, refazendo, agora, o conceito de conduta, chega-se à seguinte conclusão: conduta penalmente relevante é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime. (2011, p. 138).

Por fim, a conduta faz estreita ligação com a tipicidade, uma vez que moldada ao tipo penal, e não alcançada por nenhum tipo permissivo, poderá resultar em um ilícito penal.

2.3.2 Conceito de tipicidade

A tipicidade decorre da conduta típica do agente, é a exteriorização de forma concreta, daquilo que o legislador definiu como crime. É o alcance da lei penal, a execução do verbo descrito na letra da lei. Assim descreve Bitencourt (2009, p. 275):

Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal. “Tipicidade é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora”. Um fato para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve subsumir-se na moldura descrita na lei.

Não é outro o entendimento de Damásio de Jesus (2011, p. 300) sobre tipicidade: “Tipicidade, num conceito preliminar, é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora”.

Ainda, importante é o contraponto feito por Capez (2011, p. 211) entre a conduta praticada na vida real pelo agente e a descrição de sua conduta, tipificada pela norma penal em abstrato.

Conceito de tipicidade: é a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal). Para que a conduta humana seja considerada crime, é necessário que se ajuste a um tipo legal. Temos, pois, de um lado, uma conduta da vida real e, de outro, o tipo legal de crime constante da lei penal. A tipicidade consiste na correspondência entre ambos.

Com efeito, tipicidade é a adequação da conduta do agente aos moldes tipificados na lei penal. Adequação esta, que não deve apenas ser semelhante ao tipo penal, mas sim, perfeito, a conduta deve guardar exatidão quanto a descrição do crime moldada pelo legislador penal. Não existindo perfeita simetria da conduta

do agente em relação à norma penal, não há de se falar em tipicidade, sendo o fato atípico, conseqüentemente, não punível pelo direito penal. (GRECO, 2009, p. 158)

Neste mesmo sentido bem preleciona E. Magalhães Noronha, conceituando tipicidade como a conduta humana feita pela lei e correspondente a determinado crime, exemplificando:

Para ser crime, é mister ser típica a ação, isto é, deve a atuação do sujeito ativo do delito ter tipicidade. Atuar tipicamente é agir de acordo com o tipo. Este é a descrição da conduta humana feita pela lei e correspondente ao crime. Na sua integralidade, compõe-se do núcleo, designado por um verbo {matar, subtrair, seduzir etc.}; de referências ao sujeito ativo, isto é, condições ou qualidades que se devem encontrar no agente (militar, funcionário público, pai, médico etc.), ao sujeito passivo (Estado, mãe, filho menor etc.), ao objeto material (coisa móvel, documento, selo etc.), que frequentemente se confunde com o sujeito passivo, v. g., no homicídio, em que o homem é sujeito passivo e objeto material; referências não raras encontramos, ainda, ao tempo, lugar, ocasião e meios empregados (2004, p.99).

Como se pode verificar, a ausência de tipicidade exclui o crime, por mais que o fato seja antijurídico e culpável, uma vez que inexistindo a tipicidade, o fato típico nem sequer existirá, não produzirá efeitos, não violará o ordenamento jurídico, conseqüentemente afastando-se do Direito punitivo (BRUNO, 2003, p. 220).

2.3.3 Do resultado

Em relação ao resultado são dois os critérios relevantes que devem ser analisados. O critério naturalístico é a modificação no mundo físico, gerado pelo efeito causado em decorrência de um fato típico, ou seja, é a materialização de um fato típico que causa mudanças concretas, que são capazes de ser sentidas, e não apenas o resultado em atingir a norma penal em abstrato, e o critério jurídico, sendo a modificação em abstrato no ordenamento jurídico, atingindo o conteúdo protegido pela norma penal. Neste prisma, violado uma norma jurídica, conseqüentemente causará um resultado, porém, este resultado não necessariamente causará uma mudança no mundo físico. Desta feita, o resultado deve ser materializado, sendo relevante para os crimes materiais, que são consumados com a realização do resultado naturalístico, como por exemplo, a subtração de bem móvel no crime de furto, sendo irrelevante o estudo do resultado nos crimes formais e de mera conduta, a exemplo do crime de ameaça (NUCCI, 2011, p. 210).

Neste passo, é o entendimento da maior parte da doutrina, ao conceituar o resultado sob o ponto de vista naturalístico, e o ponto de vista normativo, conforme ensina Fernando Galvão:

No sentido naturalístico, o resultado é a mudança ocorrida na realidade material, no mundo fenomênico, produzida pela conduta humana. Na perspectiva jurídica, por sua vez, o resultado é a violação aos bens e interesses protegidos pela norma jurídico-penal (2013, p. 232).

Entretanto, parte minoritária da doutrina considera relevante tanto o resultado naturalístico quanto o resultado jurídico, em atenção ao art. 13 do Código Penal “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.” Assim preceitua Rogério Greco ao dar relevância as duas espécies de resultado, em seu curso de direito penal:

O resultado mencionado pelo art. 13 do Código Penal deverá ser entendido como o jurídico, e não o meramente naturalístico. Na verdade, qualquer resultado, seja ele naturalístico (compreendido no sentido composto pelos delitos materiais, ou seja, como o do que ocorre com os crimes de homicídio e dano), ou o jurídico (significando a lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente protegido pelo tipo penal), poderá figurar ao raciocínio relativo à relação de causalidade, o que impedirá, por exemplo, que um agente garantidor seja responsabilizado por uma infração penal de perigo (2009, p.219).

Diante destas definições, é possível extrair certa divergência doutrinária quanto a configuração e seus critérios.

2.3.4 Nexo de causalidade

O nexos de causalidade, elementar à tipicidade, trata-se da relação entre a conduta praticada por um indivíduo e o resultado causado por esta conduta, pode ser definido ainda, como o liame subjetivo entre a conduta do agente e a modificação causada no mundo físico, através da produção de seu resultado naturalístico. Neste sentido, bem preceitua Capez:

O nexos causal consiste em mera constatação acerca da relação entre a conduta e resultado. A sua verificação atende apenas às leis da física, mais especificamente, da causa e efeito. Por essa razão, sua aferição independe de qualquer apreciação jurídica, como, por exemplo, da verificação da

existência de dolo ou culpa por parte do agente. Não se trata de questão opinativa, pois ou a conduta provocou o resultado ou não (2011, p. 178).

Para constatação da existência do nexu causal, deve haver uma relação entre a conduta do agente e o resultado causado por sua conduta, é necessário que sua conduta, tenha ligação de causa e efeito com o resultado. De mesmo modo, pode-se dizer que causa, é toda ação ou omissão, necessária para que haja um resultado no mundo físico. Portanto, para que o agente possa responder pelo resultado, imprescindível que a sua conduta, tenha lhe dado causa. (NUCCI, 2011, p. 211).

De mesmo modo, Rogério Greco diz ser imprescindível o elo de ligação entre conduta do agente e resultado causado, para a configuração de nexu de causalidade:

O nexu causal, ou relação de causalidade, é aquele elo necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ela produzido. Se não houver esse vínculo que liga o resultado à conduta levada a efeito pelo agente, não se pode falar em relação de causalidade e, assim, tal resultado não poderá ser atribuído ao agente, haja vista não ter sido ele o seu causador (2009, p. 207).

Nessa toada, nexu causal é o vínculo jurídico entre conduta e resultado, sendo importante sua análise, para que um fato típico seja imputado a determinada conduta do agente. Segundo a Teoria da equivalência dos antecedentes causais, adotada pelo ordenamento penal, considera-se todo fato sem o qual o resultado não teria ocorrido é causa (CUNHA, 2016, p. 232).

2.4 DA ILICITUDE DO FATO TÍPICO

Como tratado anteriormente, para que seja possível a existência de um crime, em sua visão analítica, não basta que o fato praticado seja típico, é necessário também, que o fato típico seja ilícito, portanto, se extrai um elemento fundamental do crime, a ilicitude. Consoante este entendimento, leciona Damásio:

Mas, não basta seja típico, necessita também ser contrário à ordem jurídica. E, no caso, concorre uma causa de exclusão da antijuridicidade, prevista nos arts. 23, II, e 251. Excluída a antijuridicidade, não há crime. É, pois, a antijuridicidade o segundo requisito do crime. Por meio do juízo de valor sobre ela é que se saberá se o fato é ou não contrário ao ordenamento

jurídico. Verificada a ilicitude do comportamento, teremos os dois requisitos do crime: fato típico e antijuridicidade (2011, p. 196).

A ilicitude é a contrariedade existente entre a conduta do agente e o comando legal previsto em lei. Conforme o ensinamento de Damásio de Jesus:

Antijuridicidade é a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. A conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica quando não for expressamente declarada lícita. Assim, o conceito de ilicitude de um fato típico é encontrado por exclusão: é antijurídico quando não declarado lícito por causas de exclusão da antijuridicidade (CP, art. 23, ou normas permissivas encontradas em sua parte especial ou em leis especiais) (2011, p. 197)

Assim, todo fato ilícito pode ser considerado fato típico, porém, nem todo fato típico pode ser considerado ilícito, consoante a existências de tipos permissivos no ordenamento jurídico (MASSON, 2011, p.365). Neste prisma, bem preceitua Capez sobre o conceito de ilicitude:

É a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, pela qual a ação ou omissão típicas tornam-se ilícitas. Em primeiro lugar, dentro da primeira fase de seu raciocínio, o intérprete verifica se o fato é típico ou não. Na hipótese de atipicidade, encerra-se, desde logo, qualquer indagação acerca da ilicitude. É que, se um fato não chega sequer a ser típico, pouco importa saber se é ou não ilícito, pois, pelo princípio da reserva legal, não estando descrito como crime, cuida-se de irrelevante penal (2011, p. 293).

A antijuridicidade é o encontro da conduta com o tipo penal em abstrato, além de tratar-se de uma norma incriminadora, contrária a ordem jurídica, também deve ser entendida como uma ordem normativa de tipos permissivos. Para que haja a constatação da ilicitude ante a um fato típico, deve-se ficar provado que a conduta típica não está sendo justificada por nenhum dos tipos permissivos, caso contrário, uma vez sendo permitida a conduta do agente, não há ilicitude, excluindo assim o crime (CUNHA, 2016, p. 253).

Importante ressaltar, que ilícito é a contrariedade da conduta diante da lei penal, não cabe fazer um juízo de valores, definir escalas de antijuridicidade como uma forma de mensurar graus de ilicitude. A ilicitude, portanto, estará presente no fato típico, desde que não permissivo, sem distinção entre crimes de maior grau de reprovabilidade social e de menor reprovabilidade (MASSON, 2011, p. 367).

A análise da antijuridicidade não está ligada as condições próprias do autor do delito, não se pode em momento algum ser confundida com culpabilidade, consoante ensina Noronha.

A antijuridicidade representa um juízo de valor em relação ao fato lesivo do bem jurídico. E sua apreciação é puramente objetiva, não dependendo de condições próprias do autor do fato: tanto é ilícito o homicídio cometido por um homem normal como por um alienado. Em ambos os casos há antijuridicidade; a diferença é que no último não existe *agente culpável* e, conseqüentemente, punição. Mas a consideração que se faz das condições psíquicas do autor do fato, para se aferir a *culpabilidade*, é estranha à *ilicitude* (2004, p 102).

Por fim, a ilicitude está relacionada ao aspecto formal da antijuridicidade, que é contrariedade da conduta com o ordenamento jurídico, assim como o aspecto material, sendo o resultado causado no mundo real, a violação de um bem jurídico tutelado (NUCCI, 2011, p. 255).

2.5 DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

A culpabilidade é um juízo de reprovabilidade de uma conduta típica e seu autor, ante a sociedade, devendo, porém, o autor do fato típico ser imputável, agir com potencial conhecimento da ilicitude do fato, e ainda for possível exigir que o agente possa atuar com uma conduta diversa, não ilícita (NUCCI, 2011, p. 300).

Neste passo, culpabilidade é um juízo de valores para que possa ser aplicada a culpa ao agente que pratica uma conduta típica e antijurídica, neste diapasão explica Fernando Capez:

Quando se diz que “Fulano” foi o grande culpado pelo fracasso de sua equipe ou de sua empresa, está atribuindo-se-lhe um conceito negativo de reprovação. A culpabilidade é exatamente isso, ou seja, a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito (2011, p. 323).

Igualmente, para que possa ser aplicado determinada pena ao autor de um crime, é necessário que o fato seja típico e ilícito, e ainda o agente ser culpável, não estando protegido por nenhuma das excludentes de culpabilidade, neste sentido ensina Damásio de Jesus:

Não é suficiente, porém, que o fato seja típico e ilícito. Suponha-se que o agente cometa um homicídio, não se encontrando acobertado por qualquer justificativa. Basta acrescentar que o agente é portador de doença mental, que lhe tenha retirado a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato no momento de sua prática. Nos termos do que dispõe o art. 26, *caput*, do CP, ele é isento de pena. Faltou-lhe a culpabilidade (2011, p. 503).

Por fim, como mencionado, existem circunstâncias que excluem a culpabilidade do agente, porém, o objetivo principal da presente monografia são as excludentes de ilicitude e, uma vez aplicadas, não há de se falar em culpabilidade, nos termos da concepção bipartida do delito, pois excluem o próprio crime.

3 CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

3.1 CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO

Diante da tipicidade de um fato, imediatamente pode-se constatar sua ilicitude, considerando que cada um dos tipos incriminadores descrevem com retidão uma ação considerada ilícita, assim reconhecida pelo Direito Penal. Destarte, a ação realizada em conformidade com a norma penal incriminadora, conseqüentemente terá a presunção de antijuridicidade em face do ordenamento penal. Entretanto, existem circunstâncias permissivas que, acobertando-se na situação particular em que se encontra o agente, possuem caráter lícito e jurídico, justificando e permitindo a conduta praticada, situações estas pontualmente descritas no Código Penal, são as chamadas causas excludentes de ilicitude (BRUNO, 2003, p. 229).

A justificativa para a criação das causas excludentes, está relacionada basicamente com uma espécie de comparação entre bens-interesses, ante a um conflito de direitos. Deve haver um exame de valores, um balanceamento, onde um bem jurídico deverá ser sacrificado em detrimento de outro, devendo, portanto, ser salvo o interesse preponderante (COSTA JÚNIOR, 2010, p.171).

É oportuno consignar que, quem pratica um fato típico acobertado por um dos tipos permissivos, estará defendendo, dando proteção, salvando um direito individual, seu ou de terceiros. Ainda, considerando o fato de que a sociedade notoriamente reprova as ações ilícitas que violam direitos, causando perigo ou lesão, estará protegendo também um interesse coletivo (DOTTI, 2013, p. 505).

O artigo 23, do Código Penal, expressa uma relação de causas excludentes de ilicitude, e com clareza frisa que não há crime quando o agente pratica um fato típico, porém estando em conformidade com alguma das situações permissivas, a saber: em estado de necessidade, em legítima defesa, no estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito. Discute-se, porém, que o rol de situações permissivas não é exaustivo, considerando que existem causas supralegais que afastam a ilicitude, como por exemplo, o consentimento do ofendido (DOTTI, 2013, p. 510).

Nesta esteira, entende-se que é possível a presença de excludentes de ilicitude até mesmo na parte especial do Código Penal, são os casos do aborto necessário e o aborto em caso de gravidez causada por estupro, conforme prescreve o artigo 128, inciso I e II do referido diploma legal (FRAGOSO, 2003, p. 200).

À vista do exposto, faz-se necessário uma análise de cada uma das causas legais de exclusão da ilicitude, dado maior enfoque à legítima defesa, objeto principal de estudo da presente monografia.

3.2 DO ESTADO DE NECESSIDADE

O estado de necessidade está disposto do artigo 23, I do Código Penal, sendo a circunstância excludente de ilicitude descrita com precisão no artigo 24, do mesmo diploma legal. Trata-se da situação particular do agente, onde está diante de perigo atual que não tenha lhe dado causa, em que sacrifica um bem-interesse de outrem, para salvar um direito próprio ou alheio, cujo na situação concreta não era possível exigir o sacrifício do bem jurídico ameaçado (DELMANTO, 2002, p. 47).

Neste passo, a necessidade do agente pode justificar um fato típico, se em face de uma colisão de valores, um bem jurídico é sacrificado em detrimento do outro, mesmo que tutelados pelo direito deverá ser analisado qual é preponderante. As causas geradoras destes conflitos de direitos e interesses são diversas, podendo tanto ser causadas por ato humano quanto através de forças naturais (BRUNO, 2003, p. 243).

Consoante este raciocínio, assevera E. Magalhães Noronha sobre o conflito de direitos existentes no estado de necessidade:

Existe no estado de necessidade um conflito de bens-interesses. A ordem jurídica, considerando a importância deles igual, aguarda a solução para proclamá-la como legítima. É óbvio que, na colisão de dois bens igualmente tutelados, o Estado não pode intervir, salvando um e sacrificando outro. Há de manter-se em expectativa, à espera que se resolva o conflito (2004, p. 188).

Existem exemplos clássicos de casos concretos onde a ilicitude de um fato típico é excluída por uma circunstância de estado de necessidade do agente, conforme bem menciona João José Leal:

São exemplos de estado de necessidade: 1) Sacrificar a vida de alguém, para salvar-se de um naufrágio (é o exemplo clássico da tábua de salvação); 2) causar danos materiais em residência alheia para socorrer vítima de agressão ou de incêndio; 3) subtrair alimentos para matar a própria fome ou a de terceiros (é o tradicional furto famélico); 4) atropelar ou pisotear alguém durante um incêndio; 4) atropelar ou pisotear alguém durante um incêndio ou desabamento em prédio de habitação coletiva; 5) causar a morte de ciclista, pedestre ou de outro motorista para evitar colisão com veículo maior, que trafega em sentido contrário e na contra-mão de direção (2004, p. 299).

Convém destacar, que para que seja caracterizado o estado de necessidade, é indispensável que estejam presentes todos os requisitos essenciais que o compõem, quais sejam: a situação de perigo atual e inevitável, ou seja, o perigo deverá ser presente, concreto, com presunção que irá causar um dano, que só poderá ser interrompido pela imediata intervenção do agente; a involuntariedade na produção do perigo, que jamais poderá ser causado por dolo do agente; e que na situação concreta não seja razoável exigir o sacrifício do bem ameaçado, considerando a proporcionalidade entre a gravidade do perigo atual e o dano causado pela conduta do agente para salvar o bem jurídico sujeito a violação. (BRUNO, 2003, p. 247-250)

Contudo, suponha-se a situação em que o agente capaz, para proteger sua integridade física em uma situação atual de perigo, que não lhe deu causa, atente contra a vida de outrem cometendo assim um homicídio, nessa situação, o legislador criou uma causa de diminuição de pena de um a dois terços, pois mesmo que seja razoável exigir o sacrifício da integridade física do agente, para salvar a vida de outrem, a pena possa ser reduzida. Insta frisar que, o fato será típico, não terá a ilicitude afastada, e terá a pena aplicada, porém podendo ser reduzida (GRECO, 2009, p. 330).

Ainda, prevê o artigo 24, § 1º do Código Penal, que o agente não poderá alegar estado de necessidade, se possuía no momento da ação ou omissão, dever legal de enfrentar o perigo. Para que seja efetivamente afastada a ilicitude do fato, portanto, não poderá existir dispositivo legal que determine que o agente deva correr o risco de sacrificar seu próprio bem-interesse. A esta regra, pode-se citar o Militar, que não poderá fugir de uma batalha alegando, para isso, risco à sua vida, bem como um bombeiro não poderá invocar o estado de necessidade em um incêndio, devido ao risco de queimaduras, para preservar sua integridade física, pois tem o dever legal de enfrentar o perigo (JESUS, 2011, p. 419).

Assim como nas demais causas excludentes de ilicitude, caso o agente ultrapasse os meios necessários para proteger o bem jurídico ameaçado, o excesso no estado de necessidade será punido, conforme bem leciona Aníbal Bruno:

O agente responderá pela lesão que constitui o excesso, a título de dolo ou culpa. O excesso não se confunde com a atuação criminosa que o agente venha a ter, já passada a situação necessária, como acontece ao prosseguir na lesão do bem alheio, quando esta já é evidentemente inútil para o fim da defesa do bem que estivera ameaçado. Vencido o perigo, a necessidade passou, e não será a coberto dela que se processará qualquer agressão ou prosseguimento de agressão posterior (2003, p. 251).

Por fim, é forçoso constatar, que ainda que presentes os elementos objetivos do estado de necessidade, para o seu reconhecimento faz-se necessário a existência de um elemento subjetivo, que será devidamente estudado no capítulo seguinte.

3.3 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL E EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

O estrito cumprimento do dever legal, como causa de excludente de ilicitude, está disposto no artigo 23, inciso III do Código Penal. Trata-se de uma conduta praticada no específico cumprimento de uma lei, em sentido lato, de um dever legal que é imposto ao agente, por mais que este comando legal sacrifique um bem jurídico de outrem. Destarte, agindo o agente restritamente dentro do cumprimento da lei, mesmo que cometendo um fato típico, terá a ilicitude excluída, não havendo crime algum (NUCCI, 2011, p. 284).

Neste sentido, a título exemplificativo, aquele que é preso em flagrante de delito, tendo sido observada todas as determinações legais, não poderá alegar ter sido vítima do crime de constrangimento ilegal, de sequestro ou cárcere privado, ou abuso de autoridade do agente, pois estes agentes tem o dever legal de realizar a prisão neste tipo de situação. Da mesma banda, o oficial de justiça que tem o dever de cumprir um determinado mandado judicial e, no estrito cumprimento do mandado, causar lesão a bem jurídico de outrem, não estará cometo um ilícito penal, bem como o carcereiro que tem de cumprir com o seu dever legal de manter preso aquele que tenha mandado de prisão preventiva contra si expedido (DOTTI, 2013, p. 517).

Evidente que não seria razoável uma lei determinar o cumprimento de determinada conduta pelo agente e, ao mesmo tempo, punir a ação por violar um bem jurídico de outrem, tal situação seria até mesmo contrário a lógica (CUNHA, 2016, p. 270).

Vale observar, que aquele que ultrapassar os limites impostos pela lei, não poderá ser acobertado pelo estrito cumprimento do dever legal, assim bem alude Rogério Greco:

Muito se discute, também, com relação à atitude de policiais que, visando evitar a fuga de detentos em um presídio, atiram em direção aos furtivos com a finalidade de matá-los. Como se percebe pela redação do inciso XLVII do art. 5º da Constituição da república, não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. Não pode, outrossim, o policial, sob o falso argumento de estar cumprindo o seu mister de evitar a fuga dos presos, atirar com a finalidade de matá-los. Eles não foram sentenciados à morte. Assim, aquele que, mesmo tendo a finalidade de evitar a fuga, pratica tal conduta, não poderá alegar em seu benefício, a excludente do estrito cumprimento de um dever legal, porque, como vimos, o cumprimento desse dever não se deu nos limites imposto pela Lei (2009, p. 370-371).

Em suma, há de se perceber, perfeitamente, que a conduta praticada pelo agente público, com a finalidade de evitar a resistência do indivíduo que é preso em flagrante, não se confunde com a legítima defesa, pois se caracteriza uma situação de estrito cumprimento de um dever legal. No entanto, caso este mesmo policial atente contra a vida ou a integridade física do indivíduo, para repelir injusta agressão, por ele praticada ao resistir a prisão, não se pode negar a existência das duas excludentes de ilicitude na mesma ocasião (NORONHA, 2004, p. 205).

3.3.1 Exercício regular de direito

A segunda parte do artigo 23, inciso III do Código Penal, prescreve ainda outra conduta justificante, excludente de ilicitude, trata-se do exercício regular de direito. Considerando que a antijuridicidade está presente em todos os ramos do direito, público ou privado, não sendo exclusiva do Direito Penal, e o ordenamento jurídico deve estar em sintonia, não poderá a legislação penal considerar ilícita uma conduta permitida por outro ramo de direito, em sentido lato. Este é o fundamento que justifica uma conduta no exercício regular de direito (DELMANTO, 2002, p. 45).

Nessa seara, não poderá haver contradição entre o crime e o direito, a propósito, sustenta Fernando Galvão:

A justificação com base na existência de um direito pressupõe avaliar a harmonia que o sistema de direitos deve preservar. Não se pode considerar um direito isoladamente, mas sim no contexto dos direitos que orientam as atividades individuais no ambiente social. A justificação da conduta somente pode se dar quando um direito, considerado preponderante entre os que são incidentes ao fato concreto, suportar a inobservância daquele que inspirou a elaboração da norma proibitiva do tipo incriminador (2013, p. 319).

O agente que atua no exercício regular do direito, por mais que sua conduta se amolde a um fato típico, não será considerada antijurídica. Neste raciocínio, enquadram-se direitos como a liberdade de imprensa, o direito de retenção permitido pelo Código Civil, o uso de meios corretivos dos genitores para educar seus filhos, a prisão em flagrante quando realizada por particular entre outros, todos dentro dos limites da lei (JESUS, 2011, p. 442).

Neste mesmo prisma, as intervenções cirúrgicas realizadas por médicos não podem ser consideradas um ilícito penal, situação clara de exercício regular de direito. Regular será a conduta que não ultrapassar os limites impostos pela própria lei, caso contrário o agente responderá pelo excesso cometido, praticando um abuso de direito, onde a ilicitude do fato não será afastada. Impende salientar, que a autotutela via de regra é vedada, ou seja, não cabe a ninguém fazer justiça pelas próprias mãos, exceto em casos previstos em lei (BITENCOURT, 2012, p. 930-931).

Em determinadas modalidades esportivas regulamentadas, como o boxe, futebol, judô, entre outras, há um maior contato físico, podendo causar lesões aos atletas, entretanto, desde que as condutas estejam dentro dos parâmetros

estabelecidos pelas normas que regulamentam o próprio esporte, estarão também justificadas excluindo assim a ilicitude do fato (DELMANTO, 2002, p. 45).

Por fim, cumpre salientar a existência de algumas divergências doutrinárias em relação ao exercício regular de direito, podendo causar certa confusão com outras excludentes de ilicitude. Esse é o caso dos ofendículos, instrumentos utilizados para proteger um bem jurídico, que poderá ser violado por outrem, como exemplo, a utilização de cercas elétricas, arames farpados ou pedaços de vidro em muros para evitar a violação do domicílio ou garantir a segurança da família. Para doutrinadores como Aníbal Bruno, Giuseppe Bettiol e Sebastián Soler, os ofendículos são espécie de exercício regular de direito, de outra banda, para José Frederico Marques, Magalhães Noronha e Costa Silva, tratam-se de legítima defesa preordenada (MASSON, 2014, p. 323).

3.4 LEGÍTIMA DEFESA E SEUS ELEMENTOS OBJETIVOS

A legítima defesa constitui-se em uma das causas excludentes de ilicitude mais antigas do ordenamento jurídico. Na antiguidade clássica, a legítima defesa era tratada como um direito sagrado pelos filósofos, atestavam que combater a violência pela violência era permitido por todas as leis, bem como juristas romanos, que admitiam sua aplicação para a proteção até mesmo de bens patrimoniais. Na idade média, porém, por influência do direito canônico, a legítima defesa era limitada à defesa da vida e da integridade física, no geral em casos de homicídio. A legislação moderna, no entanto, ampliou sua aplicação, permitindo ser invocada para defesa de qualquer bem tutelado pelo direito (BRUNO, 2003, p. 233).

A legítima defesa é justificada por dois princípios, o princípio da proteção individual e o princípio da afirmação do direito, conforme aduz Juarez Cirino dos Santos:

O princípio da *proteção individual* justifica ações típicas necessárias para defesa de bens jurídicos individuais contra agressões antijurídicas, atuais ou iminentes. O princípio da *afirmação do direito* justifica defesas necessárias para prevenir ou repelir o injusto e preservar a ordem jurídica, independentemente da existência de meios alternativos de proteção porque o direito não precisa ceder ao injusto, nem o agredido precisa fugir do agressor – excetuados casos de agressões não dolosas, de lesões insignificantes ou de ações de incapazes, próprias da legítima defesa com limitações ético-sociais (2012, p. 223).

O fundamento para que seja permitido ao agente a repulsa à agressão com suas próprias mãos, reside no fato do Estado não poder se fazer presente a todo instante e em todas as situações cotidianas, portanto, confere ao agente tal prerrogativa. Importante destacar, que na situação de legítima defesa, não existe um conflito de direitos, onde um deva ser sacrificado em benefício de outro, não há um contrapeso de valores, e sim um ato ilícito praticado contra quem tem o direito de se defender (CAPEZ, 2011, P. 305).

Entretanto esta permissão encontra limites na própria lei, o agente só poderá agir em legítima defesa se não houver nenhum outro meio de recorrer ao estado, posto que cabe a este garantir a segurança pública. Ainda, além de limitada tal conduta permissiva, não pode ser invocada como uma forma de vingança particular, no intuito de cometer um fato típico e ilícito, porém possa permanecer impune (GRECO, 2009, p. 340).

Ademais, seria de todo injusto negar o direito de defesa a quem está na iminência de sofrer ou sofrendo uma injusta agressão, sobre o tema bem ensina a lição de Damásio de Jesus:

Só o Estado tem o direito de castigar o autor de um delito. Nem sempre, porém, o Estado se encontra em condições de intervir direta ou indiretamente para resolver problemas que se apresentam na vida cotidiana. Se não permitisse a quem se vê injustamente agredido em determinado bem reagir contra o perigo de lesão, em vez de aguardar a providência da autoridade pública, estaria sancionando a obrigação de o sujeito sofrer passivamente a agressão e legitimando a injustiça (2011, p.426).

A exemplo do estado de necessidade, a excludente de ilicitude da legítima defesa está definida com precisão pela própria redação contida no artigo 25, do Código Penal, *in verbis*: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (BRASIL, 2017, ‘a’). Cumpre ressaltar que, faz-se necessário a presença de todos os elementos presentes no tipo, para que seja caracterizada a legítima defesa (GALVÃO, 2013, p.310).

Neste sentido, para que não existam dúvidas sobre a exclusão da ilicitude de um fato típico ante à análise de um caso concreto, é imperioso estudar-se cada um dos elementos presentes no conceito de legítima defesa, quais sejam: injusta agressão, atualidade ou iminência da agressão, meios necessários à repulsa, uso moderado dos meios, direito próprio ou de terceiro (DOTTI, 2013, p. 517).

3.4.1 Injusta agressão

O primeiro fato gerador da legítima defesa é a agressão, é o comando que provoca a repulsa, ao colocar em risco o bem jurídico a ser protegido. Agressão é todo e qualquer ato tendente a causar lesão a um bem tutelado pelo direito, independente da maneira com que se reproduza, não necessariamente precisa se expor através de violência, mas até mesmo por omissão, se esta conduta for capaz de causar lesão a um direito e o omitente teria a obrigação de agir para evitar (BRUNO, 2003, p. 235).

Contudo, deve ser frisado que a agressão precisa emanar de um ato humano, pois só poderá ser discutido o justo e o injusto em relação ao homem. A agressão cometida por animais, por exemplo, poderá ser contida e repelida pelo homem, porém em um contexto de estado de necessidade, e não de legítima defesa. Todavia, se um animal é utilizado como meio de agressão por um ser humano, presente os demais elementos, a repulsa será justificável, caracterizando assim legítima defesa, pois a conduta de utilizar o animal como instrumento de agressão partiu do homem (NUCCI, 2011, p. 267).

Pode-se afirmar que a agressão deve constituir-se em um ato ilícito, porém não necessita obrigatoriamente ser um ilícito penal, posto que a antijuridicidade existe em todos os ramos do direito, com já mencionado. Ademais, a letra da lei não faz menção a injusta agressão como um crime, basta que seja ilícita, considerando que não existirá legítima defesa contra agressão lícita, como reagir ao cumprimento de um mandado de prisão. Somente após constatado a existência de uma agressão injusta, é que será analisado os demais elementos que autorizam a repulsa (BITENCOURT, 2012, p. 915).

Na mesma esteira, preleciona Magalhães Noronha sobre a necessidade de a agressão ser injusta, contrário ao que é permitido:

Deve também a agressão ser injusta, contra o direito, contra o que é lícito ou permitido. Opondo-se ao que é ilícito, o defendente atua consoante o direito. É certo praticar um ato típico. Assim, quem mata em legítima defesa executa a conduta descrita no art. 121, porém não comete crime, porque seu gesto não é ilícito; conta a seu favor com uma causa que exclui a antijuridicidade do fato. Por isso é que se diz ser a tipicidade elemento indiciário desta (2004, p. 196).

Neste sentido, se o proprietário de um veículo que está sendo furtado, para que seja transportado um terceiro gravemente ferido, reagir disparando arma de fogo, não estará configurado a justificante, pois a agressão ao seu patrimônio não era injusta. Nem mesmo estaria configurado o estado de necessidade, pois o bem vida posto em perigo, era preponderante ao bem furtado (COSTA JÚNIOR, 2010, p. 176).

3.4.2 Atualidade ou iminência da agressão

A agressão atual é aquela que está em curso no desenvolvimento da legítima defesa do ofendido, a agressão é presente, está ofendendo um bem jurídico, assim a repulsa deve ser no exato momento em que a agressão está sendo consumada. No entanto, em crimes permanentes, onde a consumação se prolonga ao longo do tempo, como no sequestro, a legítima defesa é permitida a qualquer momento em que perdurar o sequestro, visto que a agressão é renovada no decurso do tempo, atingindo sempre o status de atual (CAPEZ, 2011, p. 309).

Iminente é a agressão que acontecerá em um futuro próximo, assim a reação será para impedir que a ofensa inicia-se. Imagine-se que a repulsa à injusta agressão só pudesse ser exercida após ocorrida a lesão de um bem jurídico, não seria plausível o homem de bem ter de suportar o injusto, não seria razoável ter que primeiro aceitar a agressão para só depois agir. Neste âmbito, a agressão que está prestes a acontecer, ou seja, na iminência de causar uma lesão, poderá também ser repelida (MASSON, 2014, p. 344).

A iminência deve ser analisada com certa flexibilidade por parte do julgador, pois é uma situação que não pode ser definida de forma exata, neste mesmo prisma aduz Fernando Galvão:

A iminência da agressão é algo que não se pode definir precisamente no tempo, mas a finalidade protetiva da norma permissiva indica que a justificação é condicionada pela necessidade de defesa. Embora a agressão não tenha se iniciado, a proximidade temporal com o início dela é tão relevante que já se faz necessária ação que impeça a realização da agressão (GALVÃO, 2013, p. 312).

Insta salientar, que é incabível a repulsa contra violência passada, ou seja, que já provocou lesão e cessou, nesse caso seria um ato de vingança do

agente, comportamento que não pode ser aceito pelo ordenamento jurídico. Da mesma forma, não poderá ser invocada a legítima defesa contra violência em um futuro distante, pois para tal agressão o agente ainda poderá socorrer-se ao estado para tentar impedi-la, evitando a consumação (JESUS, 2011, p. 431).

Destarte, não age em legítima defesa aquele que se arma para ir ao encontro de determinada pessoa, com a finalidade de revidar uma agressão sofrida. Nem mesmo quem tenha sido ameaçado de morte, pois trata-se de uma agressão remota, uma situação futura e incerta, não podendo ser aceita a agressão em legítima defesa contra o autor da ameaça (LEAL, 2004, p. 311).

Por derradeiro, nem sempre é fácil diferenciar a agressão atual ou iminente, da agressão pretérita ou longínqua, o que deve preponderar é a certeza do acontecimento da lesão, a necessidade de defender-se e a impossibilidade de recorrer-se as vias do estado no momento da agressão (GRECO, 2009, p. 352).

3.4.3 Meios necessários à repulsa

Os meios necessários à repulsa são os instrumentos de menor potencial lesivo, a disposição do ofendido no momento em que necessite repelir injusta agressão, e capazes de conter a agressão sofrida. A ação de quem repele o injusto deve ser defensiva, e não agressiva, a conduta deve ter a finalidade protetora. A análise dos meios necessários que caracterizam a legítima defesa, deve ser feita através de uma comparação aos meios utilizados para a agressão. Por exemplo, não seria necessário atirar no agressor caso apenas empurrá-lo fosse suficiente (SANTOS, 2012, p. 229).

Também poderá ser considerado como necessário o único meio de defesa disponível, caso não existam outros meios, mesmo que seja mais lesivo em face dos meios utilizados pelo agressor, porém neste caso a análise para o reconhecimento da legítima defesa deverá ser realizada de forma mais criteriosa, de acordo com as particularidades do caso concreto (BITENCOURT, 2012, p. 920).

Neste sentido, mesmo que o agressor esteja desarmado, poderá a defesa utilizar-se de arma de fogo para repelir a agressão, se este for o único meio disponível na situação concreta. Ademais, não há como exigir uma proporção perfeita entre os meios do agressor e da defesa, o que deve preponderar são as

circunstâncias particulares do fato e os meios disponíveis necessários à defesa (NUCCI, 2011, p. 274).

Em relação a adequação entre o ataque e a defesa, assevera Damásio de Jesus sobre a desnecessidade da exata simetria dos meios empregados:

Não se pode exigir uma perfeita adequação entre o ataque e a defesa, desde que o *necessário* meio tenha de acarretar, por si mesmo, inevitavelmente, o rompimento da referida equação. Um meio que, à primeira vista, parece desnecessário, não será tal se as circunstâncias demonstrarem sua *necessidade in concreto* (JESUS, 2011, p. 432).

Contudo, aquele que abrir mão de utilizar os meios necessários, e revidar a agressão de forma muito mais lesiva do que o agressor, causando danos excessivos, não estará protegido pela legítima defesa, e sim cometerá uma conduta abusiva, respondendo pelo excesso praticado (GALVÃO, 2013, p. 314).

3.4.4 Uso moderado dos meios

A legítima defesa, embora possa ser exercida de uma forma ampla, não pode extrapolar os limites impostos pela própria lei, a finalidade da defesa deve apenas visar a proteção do bem posto em perigo. Desta forma, feita a escolha dos meios necessários à repulsa, o emprego destes meios deve se dar com a devida moderação e razoabilidade. Ainda, deve existir uma relação de proporcionalidade entre a maneira com que o meio é empregado e o bem jurídico a ser defendido (BRUNO, 2003, p. 238).

Portanto, não é suficiente que a defesa seja necessária, mas também deve ser moderada, a respeito da moderação exigida pelo Código Penal bem lecionam Zaffaroni e Pierangeli:

A defesa não pode ser condicionada de modo que afete mais a coexistência do que a agressão em si. Não pode haver uma desproporção muito grande entre a conduta defensiva e a do agressor, de maneira que a primeira cause um mal imensamente superior ao que teria produzido a agressão. Há um certo limite, isto é, um corretivo, que exclui a moderação, e portanto, a defesa (2009, p. 503).

O legislador deve transportar-se para o momento em que o contra-ataque é realizado, considerando as circunstâncias geradoras da agressão e os danos possivelmente causados caso não contida. Na euforia do combate, o agredido não

possui uma forma de calcular precisamente a força do revide, cabendo ao julgador a façanha de identificar o elemento moderação na conduta praticada (COSTA JÚNIOR, 2010, p. 176)

Neste contexto, salienta Magalhães Noronha acerca da proporcionalidade entre os meios agressivos e defensivos:

Deve atentar-se para a situação em que se viu o defensor, pesar e medir as circunstâncias que o rodeavam, a fim de se concluir se os meios foram os devidos. A proporcionalidade que deve existir entre os meios agressivos e os defensivos é relativa, não pode ser exigida com rigor absoluto. Se um homem é atacado pelo campeão mundial de boxe, luta livre ou judô e defendesse com um revólver, não há negar-lhe a legítima defesa. Estranho seria que lhe fôssemos exigir troca de golpes com ele (2004, p. 200).

A moderação em um contra-ataque com emprego de arma de fogo por exemplo, poderá ser calculada através do número de disparos que atingirem o agressor em relação a quantos seriam suficientes para cessar a agressão. Já em uma briga de facas entre presos, ambiente que na maioria dos casos os conflitos são resolvidos entre a vida e a morte, torna-se mais difícil calcular a proporcionalidade, portanto, mais cauteloso deve ser a análise do magistrado para identificar a moderação, evitando assim cometer injustiças. Portanto, a moderação no emprego dos meios necessário não possui um caráter rígido e sim flexível, ante as especificidades de cada caso (NUCCI, 2011, p. 275).

3.4.5 Direito próprio ou de terceiro

O direito próprio ou alheio, que se refere o comando legal, deve ser entendido como direito em sentido lato, abrangendo todos os bens jurídicos tutelados pelo direito, e não apenas como uma regra social. Direitos como a vida, a segurança, a liberdade, a integridade física, o patrimônio e até mesmo a honra, são passíveis de defesa através da conduta humana (DOTTI, 2013, p 511-512).

Outrossim, além da legítima defesa própria, é permitido a legítima defesa de terceiro, caracterizando-se pela defesa de um bem jurídico pertencente a outrem. Destarte, A poderá defender B se este estiver sofrendo ou na iminência de sofrer uma injusta agressão cometida por C. Ainda, se o bem for indisponível, poderá defendê-lo até mesmo sem sua autorização, por exemplo, em defesa da vida (LEAL, 2004, p. 313).

Segundo Masson, é possível até mesmo a legítima defesa em face de bens de pessoa jurídica, da mesma forma, admite a defesa do feto, conforme bem aduz em sua lição:

É possível o emprego da excludente para a tutela de bens pertencentes às pessoas jurídicas, inclusive do Estado, pois atuam por meio de seus representantes e não podem defender-se sozinhas. Veja-se o exemplo da pessoa que, percebendo uma empresa ser furtada, luta com o ladrão e o imobiliza até a chegada da força policial. Admite-se, também, a legítima defesa do feto. Deveras, o art. 2º do CC resguarda os direitos do nascituro, que podem ser defendidos por terceiros. É o caso do agente que, percebendo estar a gestante na iminência de praticar um autoaborto, a impede, internando-a posteriormente em um hospital para que o parto transcorra normalmente (2014, p.345).

Ademais, na legítima defesa não seria justo que o direito diferenciase bens jurídicos entre mais valiosos e menos valiosos, permitindo que alguns bens fossem protegidos pela defesa humana e outros devessem sofrer a violação, sem que pudesse ser repelida com o revide necessário. Neste rumo, não há uma escala de valores entre os bens em risco no combate, o que deve ser observado é a proporcionalidade com que os meios necessários são utilizados para a defesa (BRUNO, 2003, p. 236).

Por fim, além dos elementos objetivos estudados, parte da doutrina entende que deve estar presente um elemento de ordem subjetiva para que seja reconhecida a legítima defesa. A necessidade ou não do seu reconhecimento será analisada especificamente no capítulo seguinte

3.5 ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA

Para que seja possível uma melhor compreensão da legítima defesa e sua identificação em um caso concreto, foram criadas diferentes modalidades, cada uma com suas peculiaridades e requisitos próprios. Entre algumas das principais classificações da legítima defesa pode-se citar: legítima defesa putativa, legítima defesa sucessiva e legítima defesa recíproca (ESTEFAN, 2010, p. 255).

3.5.1 Legítima defesa putativa

A legítima defesa putativa ocorre quando o agente coloca-se em uma situação de falsa percepção da realidade, ou seja, direciona sua conduta acreditando estar acobertado pelos elementos da defesa legítima. O ponto controverso na legítima defesa putativa é quais serão as consequências para o agente diante desta espécie de erro (GALVÃO, 2013, p. 325).

Cita-se o exemplo de Cleber Masson, para melhor compreensão da situação em que o agente presume estar em legítima defesa:

Legítima defesa putativa ou imaginária, e aquela em que o agente, por erro, acredita existir uma agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Exemplo: “A” foi jurado de morte por “B”, Em determinada noite, em uma rua escura, encontram-se. “B” coloca a mão no bolso, e “A”, acreditando que ele iria pegar uma arma, mata-o. Descobre-se, posteriormente, que “B” tinha a intenção de oferecer-lhe um charuto para selar a paz. (2014, p. 204).

Pode-se dizer, que a legítima defesa putativa é uma falsa causa de exclusão de ilicitude, relaciona-se com a antijuridicidade do fato e com a culpabilidade do agente, caracterizando uma das formas de erro de proibição ou erro de tipo. O agente imagina uma situação, que se realmente existisse, mesmo que sua conduta praticada fosse típica, teria a ilicitude excluída pela legítima defesa (LEAL, 2004, p. 338).

Neste âmbito, o agente que, erroneamente, acredita estar diante de uma situação de legítima defesa, pratica uma conduta ilícita, em conformidade com os elementos exigidos para exclusão da ilicitude, e o erro cometido for escusável, será afastado o dolo, restando o fato impune por não haver culpabilidade. Todavia, sendo inescusável o erro, o agente responderá de forma culposa pela agressão cometida, se previsto em lei (BRUNO, 2003, p.240).

Como um desdobramento do erro de tipo, disposto no artigo 20, *caput* do Código Penal, criou-se o erro de tipo permissivo, onde o agente incorre em erro sobre os elementos do tipo permissivo e não sobre o tipo de um crime específico. Na legítima defesa putativa, o erro incide sobre os elementos caracterizadores da legítima defesa, e não no erro do tipo incriminador da conduta praticada para defender-se (GALVÃO, 2013, p 326).

Pode ocorrer da mesma forma, o erro quanto a execução dos meios necessários para repelir injusta agressão, o chamado “*aberratio ictus*”. Se por exemplo, Tício com a finalidade de defender-se da agressão praticada por Mévio,

desfere tiros em direção ao agressor, porém por erro na execução acaba atingindo Caio, terceiro inocente. Nesse caso, conforme prevê o artigo 73 do Código Penal, a legítima defesa será reconhecida, presentes os demais elementos, pois Tício responderá pelo fato como se tivesse atingido Mévio (CAPEZ, 2011, p. 314).

3.5.2 Legítima defesa sucessiva

Durante a repulsa à injusta agressão, pode ocorrer um excesso por parte do agredido, quanto ao emprego dos meios necessários à defesa, é o chamado excesso de legítima defesa. Justamente contra este excesso, ou seja, contra os atos mais lesivos que ultrapassam os limites e a moderação para a defesa, é que o agressor pode, em uma inversão de condutas, agir em legítima defesa, para se defender do excesso causado pelo agredido, configurando assim a legítima defesa sucessiva (JESUS, 2011, p. 438).

Verifica-se, pois, que na legítima defesa sucessiva, o agredido passa a ser o agressor injusto, pelo excesso praticado, justificando a conduta do agressor inicial que estará em legítima defesa, neste prisma explica Bitencourt:

Imagine-se, por exemplo, que para defender-se das agressões verbais proferidas por José, Maria pega a faca de cozinha que tinha ao alcance da mão com a intenção de feri-lo, momento em que José agarra violentamente Maria pelo braço, causando-lhe escoriações, logrando dessa forma retirar a faca de cozinha que esta empunhava. As escoriações estarão justificadas porque se trata de defesa exercida legitimamente pelo agressor inicial frente a uma reação desproporcionada daquela que foi inicialmente agredida (2012, p. 923).

Portanto, em virtude do seu excesso, na legítima defesa sucessiva, o agredido que embora possa inicialmente agir em legítima defesa contra o agressor, passa a cometer uma injusta agressão, como consequência, poderá o agressor originário defender-se, e presente os demais elementos do tipo permissivo, alegar a legítima defesa em seu favor (GRECO, 2009, p. 367).

3.5.3 Legítima defesa recíproca

Embora semelhantes, não se pode confundir a legítima defesa sucessiva com legítima defesa recíproca. Na legítima defesa recíproca o agente é ao mesmo tempo agredido e agressor. Há, a todo o momento, um que agride e um que se

defende, embora, na maioria das vezes, não se possa provar quem agiu em defesa legítima por último e, na prática, o crime é negado a ambos litigantes. Portanto, não se admite a figura da legítima defesa recíproca pelo ordenamento jurídico (BRUNO, 2003, p. 240).

Para que seja possível alegar injusta defesa, é imperioso que exista uma injusta agressão, este é o elemento inicial para invocar a justificante, destarte, é contra a lógica que esta agressão possa ser ao mesmo tempo justa e injusta. A agressão não pode ser ilícita para que possa ser caracterizada a legítima defesa de um dos agentes, e da mesma forma lícita para permitir a situação justificativa para o outro (NORONHA, 2004, p. 202).

Neste passo, assevera Cesar Roberto Bitencourt:

Com efeito, se a agressão injusta constitui o pressuposto da legítima defesa, não é possível admitir uma defesa lícita em relação a ambos os contendores, como é o caso típico do duelo, no qual ambos são agressores recíprocos. (2012, p. 922).

Outrossim, imagina-se a situação em que dois náufragos, que para salvarem suas vidas, lutam por um único pedaço de madeira que restou do barco, até que por fim, um deles consegue alcançar a madeira para si, e por consequência cometendo o afogamento do outro agente. Seria este um caso de admissibilidade de legítima defesa recíproca? Não, neste caso ambos agentes estariam agindo em estado de necessidade, e não legítima defesa (JESUS, 2011, p. 429).

Entretanto, insta salientar, que existe a possibilidade de uma legítima defesa recíproca putativa, ocasião onde dois ou mais agentes erroneamente acreditam estar em uma situação de legítima defesa. Por exemplo, se Mévio e Caio, grandes inimigos, se encontram em um bar, e ambos colocam a mão no bolso, por conta disto, supondo a iminência de uma injusta agressão, um começa a agredir o outro simultaneamente, acreditando agir de forma justificada. Posteriormente, descobre-se que Mévio iria oferecer um cigarro para conversar e Caio iria entregar um pedido de desculpas (MASSON, 2011, p. 410).

3.6 DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

Para repelir injusta agressão atual ou iminente, e ter a conduta justificada, é mister que a utilização dos meios necessários à defesa, sejam utilizados de forma

proporcional à agressão sofrida. Caso o agente, ao defender-se, reagir de forma desproporcional, os atos que ultrapassarem o que seria necessário para cessar a agressão, serão considerado excesso na legítima defesa. O excesso pode ocorrer também quando o meio utilizado para defesa era desnecessário à dimensão da agressão sofrida, como por exemplo, repelir uma agressão verbal com uma facada mortal (LEAL, 2004, p. 316).

Nessa vereda, caso a reação praticada pelo agredido não seja proporcional à ameaça ao bem jurídico defendido, a reação defensiva será considerada ilícita, por ser excessiva, conferindo direito ao agressor inicial repelir o excesso de defesa legitimamente (PRADO, 2011, p. 370).

Contudo, a verificação do excesso de legítima defesa deve ser analisada de forma flexível, observada as circunstâncias particulares de cada caso, para que não haja uma injusta punição ao agredido. A violência ou a surpresa do ataque, muitas vezes, afetarão o ânimo do agredido, fazendo com que não consiga calcular precisamente a proporção necessária para repelir a injusta agressão sofrida. Faz-se necessário uma análise dos meios disponíveis, do grau do ataque e do bem jurídico defendido no momento da repulsa (BRUNO, 2003, p. 240).

Assim, importa dizer que existem limites em relação ao excesso punível, pois é necessário examinar tanto o meio quanto a sua utilização, assim explica Celso Delmanto:

Assinala-se que só a desnecessidade dos meios não basta para afirmar o excesso punível, desde que eles hajam sido usados moderadamente. O exemplo facilitará a compreensão: se, ao se ver ameaçado e tendo à mão uma bengala e uma pistola, o agente usa desta e alveja o braço de quem o ameaça, pode-se dizer que se valeu de meio desnecessário, mas usado moderadamente; ao contrário, se emprega a bengala (meio necessário), mas mata o agressor com bengaladas na cabeça, o uso do meio necessário é que poderá ter sido imoderado (2002, p. 50).

Cumprе ressaltar, que o excesso não pode ser confundido com a falta de algum dos elementos necessários para o reconhecimento da legítima defesa, pois o excesso significa ultrapassar os limites destes elementos, e para que seja possível ultrapassar estes limites, primeiro é necessário estar presente todos eles (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2009, p. 513).

3.6.1 Modalidades de excesso na legítima defesa

A legítima defesa objetiva justificar uma conduta típica, dolosa ou culposa, porém, quando ocorre o excesso, a ilicitude não é afastada, pela inadequação entre a conduta praticada e os elementos do tipo permissivo. Já quanto a tipicidade da conduta que causou a lesão ao agressor, dependerá do elemento subjetivo do excesso, ou seja, do dolo ou culpa do agente (GALVÃO, 2013, p. 324).

Conforme o artigo 23, parágrafo único do Código Penal, o excesso nas causas excludentes de ilicitude pode se dar de diversas formas, na legítima defesa as duas principais são: de forma dolosa ou intencional, que ocorre quando o agente conscientemente prossegue reagindo mesmo sabendo que a injusta agressão já cessou, o chamado excesso doloso. E de forma culposa ou não intencional, quando o sujeito por erro na situação de fato, pressupõe que a agressão não cessou, destarte, continua reagindo sem se dar conta do excesso em sua conduta (ESTEFAM, 2010, p. 254).

No excesso doloso o agente está determinado a ultrapassar os limites impostos para repelir a injusta agressão, agindo voluntariamente, consoante este entendimento exemplifica Rogério Sanches Cunha:

Suponhamos que o sujeito seja atacado por um seu desafeto desarmado e inicie atuação legítima para repelir a injusta agressão. Enquanto se defende, diante da oportunidade criada pelas circunstâncias, decide matar seu inimigo e se apodera de um revólver, alvejando mortalmente aquele indivíduo. Não obstante a ação inicial estivesse acobertada, houve excesso proposital, que ensejará a imputação do resultado na forma de dolo (2016, p. 277).

Cita-se, ainda, como exemplo, a situação em que o sujeito para repelir injusta agressão causada por um tapa, mata o agressor com arma de fogo, ou então, posteriormente ao primeiro tiro que já seria suficiente para imobilizar o agressor, o agredido atira até que o agressor venha a óbito. Nessas hipóteses, o agredido, agindo por motivos alheios à legítima defesa, como raiva, ódio, vingança, aproveita-se da circunstância para causar lesão mais grave do que a necessária ao agressor. Destarte, caracterizado o excesso doloso, o agente responderá pelo resultado ilícito que causou de forma dolosa (CAPEZ, 2011, p. 312).

O excesso doloso, uma vez constatado, afasta a possibilidade de reconhecimento da legítima defesa, fazendo com que o agente responda a título de

dolo pela conduta praticada. Poderá, no entanto, se beneficiar, conforme o caso, de uma atenuante ou uma causa de diminuição da pena (NUCCI, 2011, p. 296).

De outra banda, para Magalhães Noronha, o excesso doloso não exclui a legítima defesa por inteiro, assim, assevera:

O excesso doloso exclui a legítima defesa somente a partir do instante em que o agente pratica a conduta representativa e constitutiva do próprio excesso. Há um exemplo clássico e sempre repetido: numa primeira fase, presentes os requisitos do meio usado e da moderação, o defendente pratica lesões graves no ofensor; depois, já dominado o atacante, continua agredindo, resultando lesões leves. Na primeira (lesões graves) estará Acobertado pela legítima defesa; na segunda, responderá pelo excesso, isto é, pelas lesões leves (2004, p. 210).

Já o excesso culposos, ocorre pela falsa percepção da realidade por parte do agredido, uma vez que acredita estar ainda em situação de legítima defesa, e ao invés de interromper a conduta necessária para defender-se, continua a execução após já encerrada a agressão injusta por parte do agressor, respondendo assim pela conduta ilícita que praticar a título de culpa (GRECO, 2009, P. 362).

Deste modo, por uma falta de dever de cuidado que deveria ter o agente diante do caso concreto, acaba praticando involuntariamente uma conduta ilícita, conforme exemplifica Cunha:

Imaginemos que um indivíduo seja atacado por alguém desarmado e, licitamente, ponha-se a repelir a agressão injusta. Exibindo o agressor compleição física avantajada, o agredido se apossa de um pedaço de madeira para rechaçar os socos que receberia. Por falta de cuidado, no entanto, acaba atingindo a cabeça do agressor, que falece em virtude dos ferimentos. Neste caso, o agredido seria responsabilizado por homicídio culposos (2016, p. 277).

É o que a doutrina chama de culpa imprópria, onde a conduta de defender-se de uma injusta agressão é praticada voluntariamente, o resultado é previsto e desejado, porém, o excesso não é querido pelo agente. Como se pode verificar, o excesso não pretendido é culposos e o resultado é doloso. Se escusável o erro, o agente será isento de pena, já se for inescusável responderá pelas penas correspondentes na forma culposa (JESUS, 2011, p. 436).

4 O ELEMENTO SUBJETIVO COMO CRITÉRIO PARA RECONHECIMENTO JUDICIAL DA LEGÍTIMA DEFESA

Para o reconhecimento de uma causa excludente de ilicitude, faz-se necessário a presença de todos os elementos que compõem o seu tipo permissivo. Os elementos objetivos estão inseridos de forma expressa pelo próprio Código Penal, já estudados no capítulo anterior. Entretanto, discute-se na doutrina e na jurisprudência a existência de elementos de ordem subjetiva, uma vez que o legislador penal foi omissivo em relação a este elemento na redação das situações justificantes (CRECO, 2009, p.318).

4.1 O ELEMENTO SUBJETIVO NAS CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Os elementos objetivos das causas excludentes de ilicitude estão diretamente relacionados aos aspectos exteriores de um fato, e são legalmente previstos pelo Código Penal. Porém, além destes elementos objetivos, buscaram-se para a caracterização das causas justificantes, elementos relacionados à situação psíquica do agente em cada caso concreto. Assim, pode-se dizer que, o elemento subjetivo é o conhecimento do agente em estar agindo de acordo com uma das causas excludentes de ilicitude, é a consciência daquele que age acobertado por uma das normas permissivas, e compreende que está diante de uma situação justificante (MASSON, 2011, p. 372).

Todavia, existem divergências doutrinárias a respeito da necessidade do elemento subjetivo para a caracterização de uma excludente de ilicitude. Seria possível, por exemplo, alguém que não tenha a ciência de estar agindo em estado de necessidade, invadir um domicílio clandestinamente, na iminência de ser atacado por um animal em fúria e, ser beneficiado pela excludente? Do mesmo sentido, aquele que pretende matar seu desafeto, o encontra, e dispara um tiro fatal em sua direção, porém, sem saber que a vítima também queria a sua morte, poderá ser beneficiado pela legítima defesa? (NUCCI, 2011, p.257).

As situações citadas podem resolver-se de duas maneiras, a depender da posição a ser adotada. Se não for necessário que o agente conheça a situação justificante, ou seja, for suficiente a existência apenas de elementos objetivos, teria o agente em ambos casos agido de forma lícita, em conformidade com as excludentes de estado de necessidade e legítima defesa. Caso o posicionamento seja contrário, e o elemento subjetivo seja indispensável para o reconhecimento das causas

excludentes, o agente responderia no primeiro caso por invasão de domicílio e, no segundo caso, por homicídio doloso, pois não tinha o conhecimento das situações justificantes (NUCCI, 2011, p. 257-258).

Cumprido ressaltar que, a exigência de que haja vontade por parte do agente, em atingir as finalidades protetivas das causas justificantes, que não foram expressas no Código Penal, não é pacífica na doutrina. Alguns autores entendem que é suficiente a presença dos elementos objetivos do tipo permissivo para justificar a conduta, sendo a vontade do agente irrelevante, pois o próprio tipo permissivo não faz menção ao elemento subjetivo, entendimento contrário estaria violando o princípio da legalidade (GALVÃO, 2013, p. 296-297).

Colaborando com este entendimento, Magalhães Noronha entende ser suficiente apenas a existência dos elementos objetivos para a caracterização de uma excludente de ilicitude:

É causa objetiva excludente da antijuridicidade. “Objetiva” porque se reduz à apreciação “do fato”, qualquer que seja o estado subjetivo do agente, qualquer que seja sua convicção. O que está no psiquismo do agente não pode mudar o que se encontra na realidade do acontecido. A convicção errônea de praticar um delito não impede, fatal e necessariamente, a tutela de fato de um direito (2004, p 196).

Nessa mesma trilha, que dispensa o elemento subjetivo para a justificação de uma conduta ilícita, estão autores como José Frederico Marques e Enrique Cury Urzua, este citado por Cleber Masson (2011, p. 372).

À lei só interessa que a finalidade atual do agente seja conforme a norma jurídica. A formação da vontade, com sua rica gama de afetos, tendências, sentimentos, convicções etc., permanece a margem da valoração. O Direito aspira unicamente a que o agente se comporte conforme as suas prescrições: não lhe interessa por que o faz. Por isso, para que atue uma causa de justificação, basta que o agente tenha conhecido e querido a situação de fato em que esta consiste; os motivos que acompanhavam a vontade de concreção adequada a norma permanecem irrelevantes (1982, p. 315-316)

Filiando-se a este entendimento, Celso Delmanto manifesta-se em relação a dificuldade de não ser reconhecida uma causa excludente de ilicitude, pela simples falta de um elemento que não é exigido expressamente pelo Código Penal, neste prisma aduz:

Embora se possa declarar atípica uma conduta ou mesmo discriminá-la por falta de um requisito subjetivo “implícito” na lei, parece-nos problemático negar a ocorrência de uma causa excludente de ilicitude, a pretexto de que lhe faltaria um requisito subjetivo não expresso na lei, mas reclamado agora por uma doutrina moderna. A nosso ver, o princípio da reserva legal atua como óbice intransponível à exigência de requisito subjetivo nas discriminantes dos artigos 23, II e III, e 25 do CP (2002, p. 45).

De outra banda, a doutrina moderna adota posição favorável em relação a necessidade do elemento subjetivo nas causas excludentes de ilicitude, sendo este o posicionamento majoritário. Consoante, assevera Damásio de Jesus:

As causas de exclusão da ilicitude possuem um elemento subjetivo (teoria dos elementos subjetivos de justificação): é necessário que o sujeito conheça a situação do fato justificante. Caso contrário, inexistente esse elemento subjetivo, não incide a causa discriminante, subsistindo a ilicitude e, em consequência, o crime (2011, p. 404).

Destarte, por exemplo, para que seja reconhecido o estado de necessidade, é imperioso que o agente tenha consciência de estar em uma situação de perigo atual, e tenha a finalidade de salvar um bem jurídico. Da mesma forma, o médico que realiza um exame ginecológico, tem que ter a finalidade de prestar atendimento médico conforme os preceitos éticos de sua profissão, se sua intenção for de aproveitar-se da situação para a prática de um ato libidinoso, não estará em exercício regular de direito, não sendo afastada a ilicitude do fato (LEAL, 2004, p. 293-294).

Neste mesmo prisma, o médico que realiza um aborto com a finalidade exclusiva de receber determinada quantia em dinheiro, e somente após o procedimento constata-se a existência de um risco à vida da gestante, não poder ter a ilicitude afastada, considerando a ausência do elemento subjetivo, qual seja, o conhecimento do risco à vida da gestante, que seria imprescindível para justificar a sua conduta (ESTEFAM, 2010, p 248).

Cumprido consignar que, o elemento subjetivo, mesmo que implícito, integra a própria normatividade permissiva. As causas excludentes de ilicitude possuem valores positivos que devem superar os valores negativos, isto posto, para que uma conduta seja justificada, deve haver no agente a vontade de proteger o interesse preponderante. Destarte, requer-se também, o ânimo do agente em agir conforme uma das normas permissivas (PRADO, 2011 p. 360).

Por fim, ausente a tipicidade subjetiva implícita no tipo permissivo, não será justificada a conduta, por mais que estejam presentes todos os elementos objetivos das excludentes de ilicitude. Imperioso salientar que, deve haver uma congruência entre os elementos objetivos e o elemento subjetivo, posto que na presença apenas do elemento de ordem subjetiva, será ilícita a conduta (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2009, p.496).

4.2 O ELEMENTO SUBJETIVO NA LEGÍTIMA DEFESA: ENFOQUE DOUTRINÁRIO

O elemento subjetivo na legítima defesa, ao contrário dos elementos objetivos, está intrínseco ao pensamento do agente, no momento em que se pressupõe estar agindo em legítima defesa. Não definido pelo Código Penal, coube o seu conceito à doutrina, sendo caracterizado pela ciência do agente em estar diante de uma injusta agressão, atual ou iminente, e atuar com a vontade exclusiva de defender direito próprio ou de terceiros (PRADO, 2011, p. 372).

Para E. Magalhães Noronha, não é necessário a presença do elemento subjetivo para o reconhecimento da legítima defesa, para este autor, o fim específico da ação sobrepõe-se a vontade do agente:

Não comungamos dessa opinião. A legítima defesa é causa objetiva excludente da antijuridicidade. Situa-se no terreno físico ou material do fato, prescindindo de elementos subjetivos. O que conta é o fim objetivo da ação, e não o fim subjetivo do autor. Como acentua Mezger, “não pertence à defesa o conhecimento do ataque, nem a intenção de defender-se ou defender outro” Se um criminoso se dirige à noite para sua casa, divisando entre arbustos um vulto que julga ser um policial que o veio prender e, para escapar à prisão, atira contra ele, abatendo-o, mas verifica-se a seguir que se tratava de um assaltante que, naquele momento, de revólver em punho, ia atacá-lo, age em legítima defesa, porque de legítima defesa era a situação. O que se passa na mente da pessoa não pode ter o dom de alterar o que se acha na realidade do fato externo (2004, p. 201).

Neste mesmo passo, aduz René Ariel Dotti, sobre a desnecessidade do elemento subjetivo, uma vez que não consta expresso no rol de elementos exigidos para a configuração da legítima defesa, expostos no art. 25 do Código Penal:

Parece-me, no entanto, que não importa a natureza e a direção da vontade para que se reconheçam as causas de justificação, que não exigem o requisito da vontade coincidente com o propósito de exercer o direito, como ocorre, por exemplo, com a legítima defesa. Em favor do reconhecimento da legítima defesa independentemente do elemento subjetivo, surge a

evocação do princípio da legalidade constitucionalmente declarado a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país (CF, art. 5.º, II). Assim, se a caracterização legal do estado de necessidade exige a vontade do sujeito dirigida a superar a situação de perigo atual, por ele não provocado (CP, art. 24), o mesmo já não sucede com a legítima defesa, cuja fórmula legal não indica tal direção de vontade (art. 25). Acredito que na situação concreta da legítima defesa, a melhor orientação está na dispensa da averiguação do elemento subjetivo (2013, p.508-509).

Assim, diante de um processo criminal de homicídio ou lesões corporais, por exemplo, em que a tese da defesa seja que o réu atuou em legítima defesa, caberia ao réu tão somente comprovar que estava diante de uma injusta agressão, atual ou iminente, e agiu em conformidade com todos os elementos objetivos da legítima defesa, conforme determina o Código Penal, não sendo necessário provar que tinha a ciência da injusta agressão e a vontade de se defender. Já ao MP, caberia somente a comprovação da materialidade de um fato ilícito, não justificado por nenhuma das excludentes de ilicitude (DOTTI, 2013, p.209).

Adotando posicionamento semelhante, leciona Celso Delmanto, não reconhecendo o elemento subjetivo na legítima defesa, considerando que o próprio Código Penal no art. 25 não o exige:

Para a doutrina finalista, inspiradora da reforma de 84, a legítima defesa não prescinde da vontade de defender-se. Todavia, ao contrário do que se dá no art. 24, esse requisito subjetivo não vem expresso nas demais discriminantes. Assim, parece-nos que o princípio da legalidade impede a rejeição da discriminante, a pretexto da falta de um elemento subjetivo não pedido, expressamente, pela lei (2002, p. 49).

De outra banda, para autores como Damásio de Jesus, Fernando Capez, Costa Júnior, Rogério Greco, Aníbal Bruno, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Régis Prado, Guilherme Nucci, entre outros, o elemento subjetivo é necessário para o reconhecimento da legítima defesa.

O ato que constitui a conduta do agente deve ser de defesa, uma reação legítima contra uma conduta ilícita, e este ato deve ser conduzido pelo estado psíquico do agente, objetivando defender-se, não podendo valer-se da situação permissiva para justificar a prática de um ato ilícito e não ser punido. Nota-se, portanto, que não é suficiente a presença somente dos elementos objetivos para caracterizar a legítima defesa (BRUNO, 2003, p. 238-239).

Imperioso constatar que, a discussão em torno do elemento subjetivo traz consequências de extrema importância, a depender da teoria adotada. Seguindo a teoria em que exige o elemento subjetivo, bem preceitua Rogério Greco:

Para nós, o elemento subjetivo do agente é indispensável à caracterização das excludentes de ilicitude. Quando, pelo finalismo de Welzel, o elemento subjetivo foi transportado da culpabilidade para o fato típico, mais precisamente para a conduta do agente, na verdade foi para o próprio injusto penal. Sim, porque a antijuridicidade é um predicado da conduta típica. O dolo do agente pode ter simplesmente uma finalidade ilícita (matar alguém por motivo fútil), ou uma finalidade amparada pelo ordenamento jurídico (matar alguém para se defender de uma agressão injusta que estava sendo praticada contra a sua pessoa). Essa finalidade jamais poderá ser desprezada, sob pena de regredirmos a conceitos ultrapassados da teoria causal (2009, p. 319).

Segundo André Estefam, o agente necessita ter total conhecimento da situação justificante e, ainda, desejar a defesa. Veja-se a seguinte situação hipotética: A visando matar seu desafeto B o encontra atrás de um muro, conseguindo avistar somente sua cabeça, o suficiente para, armado, atingi-lo com um tiro letal, o levando a óbito. Posteriormente, descobre-se que A estava prestes a matar C, que estava agachado e rendido atrás do muro. Questiona-se, A agiu em legítima defesa de um direito alheio? Não, ante a ausência do elemento subjetivo, pois A não tinha a ciência de estar diante de uma injusta agressão a terceiro, nem mesmo tinha vontade de defender C (ESTEFAM, 2010, p. 252).

Neste sentido, oportuna é a transcrição de Damásio de Jesus, exigindo o elemento subjetivo para a caracterização da legítima defesa:

A par dos requisitos de ordem objetiva, previstos no art. 25 do CP, a legítima defesa exige requisitos de ordem subjetiva: é preciso que o sujeito tenha conhecimento da situação de agressão injusta e da necessidade da repulsa. Assim, a repulsa legítima deve ser objetivamente necessária e subjetivamente conduzida pela vontade de se defender (2009, p. 434).

Contudo, nem sempre será possível identificar a presença do elemento subjetivo na conduta do agente, mas este fato não torna inválida a exigência deste elemento. Mesmo em situação objetiva de legítima defesa, só poderá o agente beneficiar-se pela excludente, se estiver com ânimo de defesa, sendo trazido pela doutrina e pela jurisprudência como *animus defendendi*. Portanto, o elemento subjetivo é um elemento estrutural da legítima defesa, mesmo que omissivo pelo legislador penal (LEAL, 2004, p. 316).

Outrossim, a legítima defesa deve ser conduzida pelo *animus defendendi*, desta sorte, para Cezar Roberto Bitencourt o elemento subjetivo impõe um valor positivo a uma conduta considerada negativa pelo ordenamento jurídico:

A reação legítima autorizada pelo Direito somente se distingue da ação criminosa pelo seu elemento subjetivo: o propósito de defender-se. Com efeito, o *animus defendendi* atribui um significado positivo a uma conduta objetivamente desvaliosa. Contrapõe-se assim o valor da ação na legítima defesa ao desvalor da ação na conduta criminosa. Aliás, o valor ou desvalor de qualquer ação será avaliado segundo a orientação de ânimo que comandar a sua execução (2012, p. 921).

Insta ressaltar, que o resultado pretendido com a legítima defesa não necessariamente precisa ser atingido, ou seja, mesmo que o agente não consiga defender-se, estará acobertado pela legítima defesa. Todavia, mesmo que o resultado não seja alcançado, será exigido o conhecimento e a finalidade de se defender, não podendo valer-se da excludente para prática de um crime (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2009, p. 504).

Por fim, cabe aclarar, que a exigência do elemento subjetivo está relacionada ao conhecimento da situação de injusta agressão, e não da ciência da ilicitude do fato. Destarte, poderá o inimputável praticar uma conduta acobertado pela legítima defesa, desde que tenha ânimo de defesa e conhecimento da injusta agressão, para que sua conduta seja justificada (NUCCI, 201, p. 283).

4.3 ESTUDO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL E SANTA CATARINA ANTE A NECESSIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA CARACTERIZAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA

Conforme explanou-se anteriormente, através de um levantamento bibliográfico, a legítima defesa é composta de elementos objetivos descritos pela própria lei penal e, ainda, de um elemento subjetivo, sendo este implícito à norma, porém extraído pela doutrina, sendo incluso no tipo permissivo por maioria dos autores.

Com o objetivo de aprofundar-se no tema em questão, faz-se necessário uma pesquisa jurisprudencial, para que seja verificado se o elemento subjetivo da legítima defesa é exigido pelos Tribunais de Justiça, ou seja, se as decisões judiciais

corroboram com o posicionamento que entende ser necessário a presença do elemento subjetivo para o reconhecimento da legítima defesa.

Destarte, realizou-se uma análise jurisprudencial dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, no período entre Agosto de 2013 a Agosto de 2017, sem esgotar-se o tema, porém aprofundando-se na aplicação do elemento subjetivo em casos concretos, objeto do presente estudo. Para a pesquisa foram utilizadas as seguintes palavras-chave: legítima defesa, elemento subjetivo da legítima defesa, *animus defendendi*, art. 25 do Código Penal.

A decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, abaixo colacionada, caminha pelo entendimento da existência do elemento subjetivo na legítima defesa, sendo que uma vez presente este elemento, em conformidade com os demais requisitos objetivos, a excludente de ilicitude poderá ser reconhecida, por consequência, excluindo-se o crime.

EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 14, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/03. EXCLUDENTE DE ILICITUDE DA LEGÍTIMA DEFESA. AVALIAÇÃO ERRÔNEA, MAS QUE PERMITE A APLICAÇÃO DA DISCRIMINANTE NA SUA FORMA PUTATIVA. SE NÃO RESTOU PLENAMENTE COMPROVADO QUE O RÉU ESTAVA NA IMINÊNCIA DE SOFRER UM ATAQUE, PODE-SE CONCLUIR DAS PROVAS QUE ESSE TINHA RAZÕES PARA ACREDITAR QUE ESTAVA EM PERIGO. PROCLAMADA A ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO DEFENSIVA PROVIDA. POR MAIORIA.

O direito era próprio e alheio (o acusado temia por sua segurança e de sua família); usou os meios necessários de forma moderada (registrou ocorrência policial horas antes, todavia na madrugada, no dia das eleições e em cidade pequena, a sua segurança efetivamente não estava garantida). Agiu movido pelo elemento subjetivo do *animus defendendi*, restando afastado o desvalor da ação.

Ainda que o registro da arma estivesse vencido, é de se reconhecer que ele agiu movido pelo elemento subjetivo do *animus defendendi* (Apelação Crime Nº 70060361524, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 21/08/2014).

Este julgado trata de apelação criminal, interposta contra decisão de primeira instância, que condenou o réu à pena de dois anos de reclusão em regime aberto e multa de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo, previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003.

O réu, na época candidato a prefeito de seu município, recebia diversas ameaças de morte durante sua campanha eleitoral, na iminência de sofrer uma injusta agressão, registrou ocorrência policial as ameaças sofridas. No dia seguinte

ao registro da ocorrência, em abordagem realizada em blitz policial, foi encontrado consigo um revólver calibre 38, com o registro vencido, sendo o réu preso em flagrante pelos policiais, pois também não possuía o porte de arma.

Oferecida a denúncia, em sua defesa, alegou portar a arma no intuito de defender-se, pois estava na iminência de sofrer injusta agressão, tese confirmada pelas demais testemunhas que estavam presentes, pleiteando assim sua absolvição, sob o pálio da excludente de ilicitude da legítima defesa. Todavia, restou condenado pelo juízo *a quo*, não sendo reconhecida a excludente.

Em sede de apelação, a defesa postulou pela absolvição, sustentando a ocorrência de legítima defesa para justificar a conduta. Nas contrarrazões o Ministério Público requereu a manutenção da sentença condenatória.

Por fim, em decisão proferida pela maioria dos desembargadores, o tribunal absolveu o réu, em conformidade com o art. 386, inciso VI do Código Penal, tendo a excludente de legítima defesa caracterizada e a conduta considerada lícita.

O entendimento predominante dos julgadores foi de que o réu agiu em legítima defesa, na modalidade putativa, pois acreditava estar na iminência de sofrer injusta agressão, atuando ainda em direito próprio e alheio, pois visava proteger também sua família, bem como se utilizou do meio necessário a coibir o risco de morte que sofria.

Restou reconhecido, ainda, a presença do elemento subjetivo da legítima defesa, constatando-se, de acordo com as provas apresentadas, que o réu tinha a ciência da situação justificante, bem como portava arma de fogo com o ânimo exclusivo de defender-se, diante das ameaças de morte notórias que havia sofrendo, justificando assim sua conduta.

Seguindo o mesmo posicionamento, tem-se o seguinte julgado.

EMENTA: LEI 10.826/03. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ARTIGO 15. DISPARO DE ARMA DE FOGO EM VIA PÚBLICA. ARTIGO 163. DANO. EXISTÊNCIA DOS FATOS E AUTORIA. Réu foi agredido inesperadamente em uma praça por duas pessoas, acompanhadas por mais duas e, no ânimo de defender-se, efetuou disparos com arma de fogo. *Animus defendendi* demonstrado, ausência de dolo de lesar a ordem pública. Parecer da Procuradora de Justiça pelo improvimento. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPROVIDO. UNÂNIME.

A comprovação da legítima defesa é evidente, pois o acusado foi agredido por pelo menos duas pessoas, e utilizou o meio necessário para se defender, não merecendo ajustamento na sentença.

No entanto, o caso concreto revelou que os disparos foram efetuados no intuito único de defesa, contra agressões aparentemente gratuitas e inesperadas. Aliás, o elemento subjetivo do réu foi o *animus defendendi* (Apelação Crime Nº 70065405524, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 17/09/2015)

O tema da ementa acima citada refere-se ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sobre recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público, onde pugnou-se pela condenação do réu, absolvido pelo juízo *a quo*, dos crimes previstos no art. 15 da Lei 10.826/03 e art. 163 do Código Penal.

Narra a denúncia, que o réu efetuou disparos com arma de fogo em praça pública, contra seu desafeto, este acompanhado de mais três indivíduos, ainda, atingiu um veículo que ali estava estacionado. Na ocasião mencionada, o réu teve um desentendimento anterior com a vítima, alvo dos disparados, na presença de mais três testemunhas que presenciaram os fatos alegados.

Em resposta à acusação, a defesa do réu impugnou todos os pedidos, alegando que os disparos foram sim efetuados, porém para cima, com a finalidade exclusiva de defender-se, pois a vítima, desafeto incontestado do réu, dirigiu-se em sua direção o agredindo repentinamente com joelhadas na cabeça. Requereu-se absolvição pela conduta ter sido praticado no âmbito da legítima defesa, sendo preenchidos os elementos necessários para afastar a ilicitude do fato típico.

Proferida a sentença, julgou-se parcialmente procedente a demanda, condenando o réu pela prática do crime de dano, e absolvendo-o pela prática do crime de disparo de arma de fogo em via pública, sendo reconhecida a legítima defesa através do material probatório apresentado, bem como pela confirmação extraída dos depoimentos das três testemunhas que confirmaram os fatos.

Inconformado, em sede de apelação, o Ministério Público requereu a condenação do réu por ambos os crimes, disparo de arma de fogo e crime de dano, alegando que a legítima defesa não foi comprovada, considerando que os disparos efetuados colocaram em risco os circundantes e a vida da vítima, que poderia ter sido atingida de forma fatal. A defesa ratificou o pedido de absolvição, sob a tese de que o réu estava acobertado pela legítima defesa, não existindo crime algum na situação ocorrida.

Em decisão unânime, os desembargadores negaram provimento ao apelo ministerial, com fundamento no art. 25 do Código Penal, entendendo-se que o réu

agiu estritamente nos moldes do tipo permissivo da legítima defesa, uma vez que, os disparos realizados para o alto, objetivaram repelir injusta agressão praticada pela vítima, quando desferiu joelhadas violando a integridade física do réu. Constatou-se também, o emprego dos meios necessários de forma moderada, pois o réu poderia facilmente ter atingido a vítima, porém, cientemente atirou para o alto, no intuito de cessar a injusta agressão sofrida.

Ainda, insta trazer à baila, o reconhecimento do elemento subjetivo da legítima defesa no caso verificado, uma vez que o réu dirigiu sua conduta com o ânimo de defender-se, não era outra sua intenção. Possuía ainda, a ciência de estar agindo em legítima defesa de sua integridade física, elemento psíquico necessário à caracterização da referida excludente de ilicitude.

Nota-se, portanto, que a decisão analisada corrobora com o entendimento da doutrina majoritária, dando destaque ao elemento subjetivo para a existência da situação justificante da legítima defesa, não observando-se somente os elementos objetivos expressos na lei, favorecendo assim aquele que age de boa-fé.

Neste mesmo prisma, veja-se o julgado seguinte:

APELÇÃO CRIME. PROCEDIMENTO DO JURI. DESCLASSIFICAÇÃO. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. CONDENAÇÃO. INCONFORMIDADE DA DEFESA. LEGÍTIMA DEFESA NÃO CONFIGURADA. Não se está diante de uma conduta que vise, tão somente, repelir uma injusta agressão, de modo que o elemento subjetivo presente no caso em tela afasta-se, sensivelmente, daquele detectado na aludida excludente. DOSIMETRIA PENAL. A dosimetria da pena não pode ser compreendida como um simples cálculo aritmético, na medida em que deve atender ao princípio da individualização da pena e da suficiência da sanção, guardando proporção com o crime praticado. Quantum estabelecido na decisão singular que não comporta redução. APELO IMPROVIDO.

Dito isso, e retornando ao caso em tela, penso que a situação narrada nos autos não preenche os requisitos elementares exigidos para o reconhecimento da excludente.

Primeiro, porque o fato de o acusado ter sido provocado pela vítima, ou até mesmo agredido, não autoriza ao agente a investir contra aquela de posse de uma motosserra para agredi-la. O perigo, a agressão injusta, a meu ver sequer existiu.

Segundo, porque a conduta de Eduardo não pode ser lida como moderada. Os inúmeros golpes sofridos pela vítima, em diversas regiões do corpo e pelas costas, afastam qualquer razoabilidade e adequação do ato.

E, terceiro, porque não se está diante de uma conduta que vise, tão somente, repelir uma injusta agressão, de modo que o elemento subjetivo presente no caso em tela afasta-se, sensivelmente, daquele detectado na legítima defesa (Apelação Crime Nº 70068092873, Terceira Câmara

Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandro Luz Portal, Julgado em 05/04/2017).

O caso acima exposto trata-se de decisão em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apreciou recurso de apelação interposto pela defesa, diante da inconformidade com a condenação do réu, pela prática do crime de lesões corporais graves, previsto no art. 129, parágrafo 2º, inciso III do Código Penal, impondo ao réu pena de dois anos e seis meses de reclusão em regime aberto.

Insta esclarecer que, inicialmente, o réu havia sido condenado por tentativa de homicídio, por motivo fútil, utilizando meio cruel, e ainda dificultando a defesa da vítima, incurso nas sanções previstas no art. 121, parágrafo 2º, incisos III e IV, c/c o artigo 14, inciso II ambos do Código Penal. Porém, em sede de recurso em sentido estrito, interposto pela defesa, reformou-se a sentença pelo tribunal, desclassificando a conduta definida pelo juízo *a quo* como crime doloso contra a vida, para o fato delituoso de lesões corporais gravíssimas, qualificada pela perda de um membro da vítima.

Relata a denúncia, que o réu desentendeu-se com a vítima por um simples problema de trabalho, posteriormente ao encontrá-la na rua, objetivando atentar contra sua vida, utilizou-se de um motosserra, desferindo inúmeros golpes à vítima, causando-lhe a amputação de um braço. A vítima foi prontamente socorrida, após o réu fugir do local, sendo que somente não veio a óbito por circunstâncias alheias à vontade do réu.

Em resposta à acusação, a defesa alegou que a ação praticada pelo réu, deu-se em legítima defesa, visando defender-se das ameaças que havia sofrido pela vítima em seu local de trabalho, alegou ainda, que a vítima possuía uma ripa de madeira consigo, para atacar o réu, postulando assim sua absolvição. O ministério público pugnou pela condenação nos termos da denúncia.

Depois de proferida a sentença, condenando o réu à prática de crime doloso contra a vida, sendo posteriormente desclassificada a conduta, e sobrevir nova condenação, a defesa irresignada interpôs apelação, requerendo absolvição, ratificando que o réu agiu sob o manto da excludente de ilicitude da legítima defesa. Em contrarrazões, o ministério público postulou pela manutenção da condenação do réu.

Em decisão unânime, os eméritos julgadores negaram provimento ao apelo, fundamentando que a alegação de que o réu estaria abrigado pela legítima

defesa, não restou comprovada, uma vez não preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 25 do Código Penal.

Salienta a decisão, que os meios escolhidos pelo réu não eram os necessários à ocasião dos fatos, bem como foram empregados de forma imoderada, excedendo os limites permitidos pela excludente. Ainda, mencionou-se que a injusta agressão não pôde ser comprovada, não autorizando o réu a praticar a conduta agressiva que resultou em lesões gravíssimas à vítima. Inexistindo assim, a presença dos elementos objetivos para a caracterização do tipo permissivo.

Ainda, nesse julgado, citou-se de forma expressa a necessidade do elemento subjetivo para que seja possível reconhecer a excludente de ilicitude alegada, ressaltando-se que o réu não agiu com a finalidade de defender-se, destarte, ausente o ânimo de defesa, não se afastando a ilicitude do fato praticado.

Por fim, veja-se que, o Tribunal de Justiça dividiu a legítima defesa em elementos objetivos e elementos subjetivos, para aplicá-la ao caso concreto, tratando os elementos subjetivos como complementares à caracterização da aludida causa excludente de ilicitude. Neste prisma, fortalece o entendimento de que o elemento subjetivo, mesmo que não expresso no Código Penal, deve ser analisado para a identificação da legítima defesa.

Nesta toada, verifica-se o julgado abaixo citado:

EMENTA: PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A VIDA. LESÕES CORPORAIS NO ÂMBITO DOMÉSTICO (CP, ART. 129, § 9º). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ALEGADA EXCLUDENTE DE ILICITUDE. RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA. NAMORADA QUE AGRIDE A INTEGRIDADE FÍSICA DO NAMORADO BATENDO TRÊS VEZES EM SUA CABEÇA COM UMA CHALEIRA. AGENTE QUE SEGURA A VÍTIMA PELO BRAÇO E A EMPURRA PARA TRÁS. UTILIZAÇÃO DE MEIOS MODERADAMENTE NECESSÁRIOS. CONFIGURADO ANIMUS DEFENDENDI. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. - A legítima defesa configura-se quando o agente repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. - A legítima defesa incide quando o namorado segura a namorada pelo braço e a empurra para que ela pare de lhe dar chaleiradas na cabeça. Parecer da PGJ pelo conhecimento e provimento do recurso. Recurso conhecido e provido. (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.034264-7, de Rio do Sul, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 06-08-2013).

Este acórdão, do TJSC, diz respeito a julgamento de recurso de apelação criminal, interposto pela defesa, após o juízo de primeiro grau condenar o réu à pena

de três meses de detenção, pela prática do crime de lesões corporais no âmbito doméstico, art. 129, §9º do Código Penal.

Narra a peça acusatória, que o réu e a vítima tiveram uma relação estável por cerca de seis meses, diante de uma discussão com sua ex-companheira, dentro da residência do casal, o réu passou a agredi-la com empurrões e chutes, causando assim lesões no braço da vítima, conforme comprovado através de laudo pericial.

De outro lado, a defesa alegou que o réu agiu em legítima defesa, tendo vontade exclusiva de defender-se, e conhecimento de que estava agindo diante de uma causa excludente de ilicitude, pois a vítima estava lhe agredindo com uma chaleira, assim, passou a empurrá-la com a finalidade de repelir a injusta agressão sofrida. Alega ainda, que as lesões no braço da vítima foram causadas de forma involuntária, pois não visava agredi-la, mas tão somente controlar e cessar a agressão praticada pela vítima.

Todavia, não foi este o entendimento do juízo *a quo*, não acolhendo a alegação de legítima defesa, pois ante a materialidade do fato comprovada, a legítima defesa não restou configurada, tendo em vista que o réu empregou de modo excessivo os meios para repelir injusta agressão, sendo condenado pela prática do crime de lesões graves contra sua companheira.

Insatisfeita, a defesa interpôs recurso de apelação, frisando que o réu agiu em legítima defesa, pois o seu objetivo era se defender da vítima, que usava uma chaleira para lhe agredir. Em contrarrazões o Ministério Público postulou pela manutenção da sentença e improvimento do apelo.

Em decisão unânime, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina deu provimento ao recurso de apelação, absolvendo o réu da conduta praticada, acolhendo a tese da defesa, pois considerou que o réu agiu em legítima defesa para repelir injusta agressão.

No mérito, ponderou-se que o réu estava diante de uma injusta agressão, no momento em que a vítima lhe atingia com uma chaleira na região da cabeça, destarte, o réu na intenção de defender-se das agressões, segurou nos braços da vítima e a empurrou, sendo empregado de forma moderada o meio necessário para cessar a contenda.

Ainda, analisou-se especificamente a presença do elemento subjetivo na ação do réu, sendo citado expressamente o *animus defendendi* pelo tribunal. Com efeito, destacou-se que o réu tinha como finalidade defender-se, além do

conhecimento da situação justificante, posto que as lesões causadas à vítima se deram em decorrência da ação defensiva, de forma involuntária, sem a intenção de lhe causar algum dano, somente fazendo com que a agressão cessasse para não lhe causar maiores lesões.

Portanto, o TJSC também se filia ao entendimento de que é necessário o elemento subjetivo para a caracterização da legítima defesa, privilegiando aquele que de boa-fé, tem como finalidade defender-se, entendendo que é imprescindível que o agente tenha ciência de que está agindo sob o manto da excludente de ilicitude, afastado o desvalor de sua conduta e tornando-a lícita.

Outro caso relativo ao tópico em questão:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. ART. 129, §2º, INC. IV, DO CP. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO, EM RAZÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. DEPOIMENTOS DA VÍTIMA E DAS TESTEMUNHAS, INCLUSIVE DE PESSOAS PRESENTES NO DIA DOS FATOS, QUE ATESTAM A AUTORIA DO ACUSADO PELA LESÃO OCASIONADA NA VÍTIMA (FRATURA EXPOSTA NA PERNA DIREITA). RÉU QUE ADUZIU NÃO SE RECORDAR DE TER ATROPELADO A VÍTIMA COM SEU VEÍCULO. VERSÃO QUE NÃO SE COADUNA COM AS DEMAIS PROVAS COLIGIDAS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. PEDIDO PELA DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA O DE LESÃO GRAVE (ART. 129, §1º, DO CP). MÉDICO LEGISTA QUE ATESTOU A OCORRÊNCIA DE CICATRIZ NA PERNA DIREITA DA VÍTIMA. DEFORMIDADE PERMANENTE QUE SE VISLUMBRA. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO. ALEGAÇÃO, TAMBÉM, DE QUE AGIU EM LEGÍTIMA DEFESA. ELEMENTO SUBJETIVO NÃO CARACTERIZADO. RÉU QUE REPELIU EVENTUAL AGRESSÃO COM MEIOS INADEQUADOS (ATROPELAMENTO). AFASTAMENTO. DOSIMETRIA. REQUERIDA A EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DO MOTIVO FÚTIL. NÃO ACOLHIMENTO. LESÃO QUE TERIA DECORRIDO DE DISCUSSÕES E BRIGAS ENTRE VIZINHO E PROPRIETÁRIO DE POSTO DE COMBUSTÍVEL POR CONTA DE EVENTUAL SOM ALTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0011356-12.2012.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencour Schaefer, j. 21-01-2016).

Neste julgado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina negou provimento ao recurso interposto pela defesa, não acolhendo a tese de legítima defesa, por não estar presente os pressupostos necessários para a configuração da causa excludente de ilicitude, incluindo-se o elemento subjetivo.

Relata a exordial acusatória, que o réu e a vítima tiveram uma discussão nas dependências de um posto de combustível, motivados por barulho de som alto causado por alguns clientes do local. No decorrer do desentendimento, o réu utilizando-se de um veículo, visando atingir a integridade física da vítima, lhe

atropelou, passando por cima de sua perna com uma das rodas do automóvel, causando-lhe assim lesões gravíssimas.

Em resposta à acusação, o réu alegou ter agido acobertado pela excludente de ilicitude da legítima defesa, pois a vítima estava danificando seu veículo com uma raquete, assim, no intuito de repelir a agressão, em defesa de seu patrimônio, utilizou-se do veículo como instrumento.

Proferida a sentença, o juízo de primeira instância condenou o réu à pena de dois anos e quatro meses de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 129, §2º, inciso IV, combinado com o art. 61, inciso II, alínea “a” ambos do Código Penal. Rejeitando a excludente de ilicitude da legítima defesa, uma vez ausentes os elementos que à configuram.

Irresignada a defesa interpôs apelação, ratificando a tese de que o réu agiu em legítima defesa, com a finalidade de proteger seu patrimônio, não havendo outro meio que pudesse ser utilizado para repelir a injusta agressão naquela ocasião. O Ministério Público postulou pela manutenção da sentença, e o não provimento do recurso.

O tribunal de Justiça de Santa Catarina, em análise aos pressupostos que autorizam o reconhecimento da legítima defesa, negou provimento ao recurso, mantendo a condenação nos termos da sentença. Entenderam os julgadores, que o réu excedeu-se no emprego dos meios necessário para repelir injusta agressão, quando utilizou seu veículo para atropelar a vítima.

Da análise do referido caso, concluiu-se também que o réu não agiu com ânimo de defesa, sua finalidade não foi defender seu patrimônio, e sim atingir a integridade física da vítima. Com efeito, não restou configurado o elemento subjetivo no presente caso, pois a direção da vontade do réu não foi voltada à defesa, impossibilitando assim o reconhecimento da causa justificante, não afastando o desvalor da ação, por consequência, não excluindo o crime.

Ainda:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL GRAVE E LESÃO CORPORAL LEVE EM CONCURSO MATERIAL (ART. 129, CAPUT, C/C ART. 129, § 1º, III, C/C ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. SUSCITADA NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. MERO ERRO MATERIAL NA INDICAÇÃO DA AGRAVANTE APLICADA. CORREÇÃO REALIZADA DE OFÍCIO. PREFACIAL RECHAÇADA. TESE DEFENSIVA NO SENTIDO DE QUE OS RÉUS TERIAM AGIDO SOB EXCLUDENTE DE ILICITUDE

(UM DELES EM LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA E OS QUATRO OUTROS EM LEGÍTIMA DEFESA DE TERCEIRO). CONTROVÉRSIAS ACERCA DOS RESPONSÁVEIS POR INCITAR E INICIAR AS AGRESSÕES. IRRELEVÂNCIA PARA A AFERIÇÃO DA ANTIJURIDICIDADE DOS CRIMES DESCRITOS. AGENTES QUE CONFESSARAM A AUTORIA DAS LESÕES INFLIGIDAS ÀS VÍTIMAS. AUSÊNCIA DE MODERAÇÃO NOS MEIOS NECESSÁRIOS. INEXISTÊNCIA DE ÂNIMO MERAMENTE DEFENSIVO. VÍDEO DE CÂMERA DE MONITORAMENTO A COMPROVAR QUE AS VÍTIMAS DESEJAVAM DEIXAR O LOCAL QUANDO FORAM ALCANÇADAS PELOS RÉUS E VIOLENTAMENTE ATACADOS (INVESTIDAS ESTAS QUE PERDURARAM ENQUANTO ALGUNS OFENDIDOS JÁ ESTAVAM CAÍDOS AO CHÃO E RESTARAM DESACORDADOS). CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

São, portanto, requisitos da legítima defesa: a) agressão injusta, atual ou iminente; b) para salvaguarda de direito próprio ou alheio; c) mediante o uso de meios necessários, moderados; d) o *animus defendendi* (atuação defensiva).

Logo, se por um lado subsiste a controvérsia afeta aos momentos iniciais das rugas entre os desafetos, por outro, de todo modo, a prova reunida dá conta de que as condutas dos réus não ficaram adstritas à utilização de meios necessários e moderados para repelir uma injusta agressão (se é que existira) atual ou iminente, tampouco estivera pautada pelo ânimo defensivo (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.083343-3, da Capital, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 11-06-2015).

Neste outro caso relatado, tratando-se de recurso de apelação, interposto pela defesa de quatro réus, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina posicionou-se pelo não reconhecimento da legítima defesa, pois não vislumbrou a presença dos elementos do tipo permissivo, que permitem a aplicação da excludente de ilicitude, julgando parcialmente procedente o recurso, para reduzir a pena imposta aos réus.

Aduz a peça acusatória, que os réus violentaram em via pública, um grupo de três amigos, utilizando-se de socos e chutes para causar lesões graves e atingir a integridade física das vítimas, ainda, após as agressões fugiram do local. Em resposta à acusação, alegaram agir em legítima defesa, uma vez que foram provocados e agredidos pelas vítimas, usando moderadamente dos meios necessários para repelir a injusta agressão naquela ocasião.

Proferida a sentença pelo magistrado, os réus foram condenados pela prática do crime de lesões corporais, irresignados com a decisão, postularam pela absolvição em recurso de apelação, alegando que a conduta praticada visava apenas defender-se, pois estavam diante de uma injusta agressão cometida pelas vítimas.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, dando provimento parcial ao recurso, reduziu a pena de cada um dos réus, porém, não acolheu a tese de legítima

defesa para absolvê-los, sob o fundamento de que além de ser duvidosa a injusta agressão supostamente praticada pelas vítimas, houve excesso no emprego dos meios utilizados, e ainda, não agiram os réus com ânimo defensivo, pois a intenção não era repelir suposta injusta agressão, e sim o cometimento tem um delito.

Importante salientar, que no presente julgado, o Tribunal de Justiça filiou-se ao posicionamento de que é necessário o elemento subjetivo para afastar a ilicitude do fato típico, quando cita expressamente os elementos necessários para a caracterização da legítima defesa, inclui o *animus defendendi* como parte integrante da atuação defensiva.

Destarte, exigia-se dos réu, que as suas condutas visassem alcançar as finalidades protetivas da excludente, bem como o conhecimento da situação justificante, como a conduta, no caso concreto, não se ajustou aos requisitos necessários para a exclusão do crime, negou-se o pedido de absolvição.

Na sequência:

EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. DISPARO DE ARMA DE FOGO EM LOCAL HABITADO OU EM SUAS ADJACÊNCIAS. EXCLUDENTE DE LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA RECONHECIDA. Se não restou plenamente comprovado que o réu estava na iminência de sofrer um ataque, pode-se concluir das provas que esse tinha razões para acreditar que estava em perigo. Além disso, utilizou de forma moderada os meios que dispunha, dado que os disparos foram efetivados apenas como alerta, não restando ninguém ferido, presente o *animus defendendi*. APELO IMPROVIDO.

Desta forma, se não restou plenamente comprovado que o réu estava na iminência de sofrer um ataque, pode-se concluir das provas que esse tinha razões para acreditar que estava em perigo. Além disso, ele utilizou de forma moderada os meios que dispunha, dado que os disparos foram dados apenas como alerta, não restando ninguém ferido, tendo presente em si o elemento subjetivo do instituto em questão, ou seja, o *animus defendendi*, pois tinha o notório propósito de se defender (Apelação Crime Nº 70055744627, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 26/09/2013).

Neste caso, julgou-se recurso de apelação criminal, interposto pelo Ministério Público, inconformado com a sentença absolutória proferida pelo magistrado *a quo*. O recurso foi recebido e conhecido pelo TJRS, o qual por unanimidade julgou improcedente o apelo, mantendo a decisão proferida em primeira instância.

O réu foi denunciado com incurso nas sanções do art. 15 da Lei 10.826/2003, por ter efetuado disparos com arma de fogo em local público, na ocasião, o réu, policial militar que não estava em serviço, disparou seu revólver

quando assistia uma corrida de cavalos, após presenciar uma discussão entre terceiros, colocando em risco a vida dos demais presentes no local.

Alega a defesa, em resposta à acusação, que o réu, após presenciar uma discussão entre duas pessoas, e percebendo que uma delas possuía uma faca, enquanto a outra segurava uma garrafa de cerveja, não hesitou em utilizar sua arma, com a intenção de defender direito alheio, pois acreditava estar na iminência de uma injusta agressão a terceiros. Afirma ainda, que os tiros foram disparados para o chão, claramente com ânimo defensivo.

Diante dos fatos, após análise das provas, o réu foi absolvido em primeiro grau. Irresignado, o representante ministerial interpôs recurso de apelação, postulando pela condenação do réu, alegando ser inadmissível conhecer a tese de legítima defesa, uma vez que a conduta do réu colocou em risco a vida de todos os demais ali presentes. Por seu turno, a defesa reiterou o pedido de absolvição, sob a tese de que o réu agiu acobertado pela legítima defesa.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul analisou cada elemento caracterizador da excludente de ilicitude em questão, utilizando-se do art. 25 do Código Penal e da doutrina, para verificar se a conduta do réu amolda-se nos requisitos exigidos para o reconhecimento do tipo permissivo. Constatou-se que o réu, acreditando estar na iminência de uma injusta agressão, pois haviam duas pessoas em conflito, utilizou-se de forma moderada dos meios disponíveis no momento, pois os tiros se deram exclusivamente para o chão, sem a intenção de atingir os circundantes.

Ainda, extraiu-se das provas apresentadas, que o réu agiu com ânimo estritamente defensivo, presente consigo o elemento subjetivo da legítima defesa, sua finalidade era defender-se, agindo de boa-fé, e não na intenção de praticar um delito, para impune sob a alegação de uma causa excludente de ilicitude. O réu, ao atirar para o chão em meio a uma contenda, direcionou sua conduta diante da ciência de estar em situação de legítima defesa, presente o *animus defendendi*, conseqüentemente, sendo absolvido, pois não cometeu crime algum.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça negou provimento ao apelo, principalmente pela constatação da presença do elemento subjetivo na conduta do réu. É forçoso constar, portanto, que de igual forma das demais decisões, é necessário que o elemento subjetivo do tipo permissivo se faça presente para que seja caracterizada a legítima defesa.

À vista do exposto, nota-se, que o caso ora em estudo corrobora com o posicionamento majoritário da doutrina, incluindo o elemento subjetivo entre um dos requisitos essenciais para a configuração da legítima defesa, não somente exigindo-se os requisitos objetivos de forma isolada, mas sim, em congruência com o requisito de ordem subjetiva.

Ao analisar os julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conclui-se que é pacífico o entendimento de que é necessária a constatação do elemento subjetivo para a caracterização da excludente de ilicitude da legítima defesa. Pondera-se, que ambos tribunais, ao verificar a existência ou não do elemento subjetivo nas teses de legítima defesa, buscam privilegiar aquele que age de boa-fé, em detrimento daquele que tem como finalidade a prática de um delito, e alega agir sob o manto de uma causa excludente de ilicitude.

Por fim, assim como a corrente majoritária da doutrina, os julgados estudados manifestam-se pela existência de um elemento de ordem subjetiva, mesmo que não tratado pelo Código Penal.

5 CONCLUSÃO

Buscou-se com o presente estudo, verificar a necessidade do elemento subjetivo para a caracterização da excludente de ilicitude da legítima defesa, utilizando-se de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para alcançar o objetivo visado.

Para tanto, no primeiro capítulo, explanou-se sobre a teoria do crime, levantando apontamentos a respeito da corrente bipartida e da corrente tripartida do delito. A primeira corrente doutrinária entende que crime é um fato típico e ilícito, a exemplo de Fernando Capez e Damásio de Jesus, concluiu-se por esta corrente que a culpabilidade é pressuposto para a aplicação da pena, de outra banda, a segunda corrente, aduz que crime é um fato típico, ilícito e culpável, citando-se autores como Guilherme Nucci, Rogério Greco, entre outros.

Em sequência, no segundo capítulo, tratou-se especificamente das causas excludentes de ilicitude, existentes no ordenamento penal brasileiro, com enfoque na legítima defesa, onde verificou-se cada um de seus elementos objetivos, extraídos do art. 25 do Código Penal. Além dos elementos objetivos, estudou-se as principais espécies de legítima defesa, bem como o excesso causado pela falta de moderação nos meios empregados para se defender.

No terceiro capítulo, voltado especificamente para o elemento subjetivo da legítima defesa, a princípio, a pesquisa realizada trouxe à baila divergências doutrinárias envolvendo o tema. Constatou-se que, autores como, José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Celso Delmanto e Rene Ariel Dotti, entendem ser desnecessário a presença do elemento subjetivo na legítima defesa, ou seja, alegam não ser imprescindível que o agente tenha o conhecimento da situação justificante, nem mesmo tenha o ânimo defensivo, bastando a existência dos elementos objetivos para que a legítima defesa seja reconhecida.

Forçoso constatar, que existe um grande risco, caso seja adotado este entendimento, pois diante de um caso concreto, estaria sendo privilegiada a má-fé, em prejuízo daquele que tem a intenção de se defender. Com efeito, caso não fosse necessário ter o ânimo defensivo, a legítima defesa seria utilizada para a prática de uma conduta ilícita, sem qualquer tipo de sanção.

De outra banda, estudou-se a corrente contrária e, majoritária, que entende ser necessário que o agente tenha o conhecimento de estar agindo em

legítima defesa, direcionando a sua conduta com o ânimo de defender um direito próprio ou alheio, fazendo-se necessário a presença do elemento subjetivo na legítima defesa. Filiando-se a esta conduta, citou-se autores como Damásio de Jesus, Fernando Capez, Costa Júnior, Rogério Greco, Aníbal Bruno, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Régis Prado, Guilherme Nucci, entre outros.

Ao final, ainda no terceiro capítulo, realizou-se um levantamento jurisprudencial dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, no período entre Agosto de 2013 a Agosto de 2017, com o objetivo de verificar se os referidos tribunais seguiam o posicionamento majoritário da doutrina.

O que pode-se concluir com a análise dos julgados, é que ambos tribunais, corretamente, de forma unânime nos casos estudados, exigem que a legítima defesa seja praticada com o conhecimento da situação justificante e com *animus defendendi*, em congruência com os elementos objetivos, para que desta forma, a legítima defesa possa ser configurada.

Com efeito, verificou-se, julgados em que a legítima defesa não foi reconhecida, pela falta do elemento subjetivo, ou seja, por faltar na conduta do agente a intenção exclusiva de defender-se. No mesmo sentido, foram analisados casos em que, a legítima defesa foi caracterizada, pela presença não só dos elementos objetivos, mas também do elemento subjetivo, mesmo que o código penal não o tenha exigido na letra da lei.

Desta forma, a vontade de defender um direito próprio ou alheio, em conjunto com a ciência de estar agindo em legítima defesa, compõem de forma implícita, os elementos do tipo permissivo elencados no art. 25 do CP. Ademais, o legislador penal deveria ter citado de forma expressa a exigência deste elemento, porém não o fez, cabendo à doutrina e a jurisprudência tal encargo.

Por fim, conclui-se com o presente estudo que, estará protegido pela legítima defesa, aquele que: utilizando-se moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro, tendo a ciência de que está agindo em legítima defesa e com ânimo exclusivamente defensivo.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 de Maio de 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 23/03/2017.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 5.ed., rev. Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal parte geral**. 15 ed. Vol.01. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de direito penal/** Paulo José da Costa Jr., Fernando José da Costa. 12. Ed. rev. E atual São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 6. Ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FLORIANÓPOLIS. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 2013.034264-7**. Rel. Des. Carlos Alberto Civinski. Primeira Câmara Criminal. Data 06/08/2013. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=010000V6P0000&nuSeqProcessoMv=24&tipoDocumento=D&nuDocumento=5933167>> Acesso em: 03/10/2017.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 2014.083343-3**. Rel. Des. Rodrigo Collaço. Quarta Câmara Criminal. Data 11/06/2015. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000TABF0010&nuSeqProcessoMv=13&tipoDocumento=D&nuDocumento=8458761>> Acesso em: 03/10/2017.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0011356-12.2012.8.24.0039**. Rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencour Schaefer. Quarta Câmara Criminal. Data 21/01/2016. Disponível em: <https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nu>

Processo=001135612.2012.8.24.0039&cdProcesso=P0000BPUD0000&cdForo=900 &tpOrigem=2&fOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=EGMKdBuG fUQI5HAxr7Gxu44iQBjWG7nFbAYjT%2Fd1rTxNrVzxw2C62CW%2B9ccemwn1Uge CBHq8n%2BhBFeuMVaGC4vHYsbwy7onWJp5uMZVnBFsmYu%2BYzhKqx7SwQh Mi7j3nd3IWubK28%2BTd4O%2BvlyiBZ%2BkFMJgutzSBloV2jTR%2B3eVZFijHML54 Hod9Vyo2tc9drbYm4CxEs9IqBYL30DTqa3E7DqqHkJJuUbe4jY2zvII%3D> Acesso em: 03/10/2017.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo : Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. v. 1. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEAL, João José. **Direito penal geral: propedêutica penal, teoria da norma penal, teoria do crime, teoria da pena, questões jurídicopenais complementares**. 3. ed. rev. e atual. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, volume 1**. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal n. 70055744627**. Rel. Des. Rogerio Gesta Leal. Quarta Câmara Criminal. Data 26/09/2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70055744627&code=6830&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%204.%20CAMARA%20CRIMINAL> Acesso em: 07/10/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal n. 70060361524**. Rel. Des. Rogerio Gesta Leal. Quarta Câmara Criminal. Data 21/08/2014. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70060361524&code=6830&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%204.%20CAMARA%20CRIMINAL> Acesso em: 06/10/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal n. 70065405524**. Rel. Des. Ivan Leomar Bruxel. Quarta Câmara Criminal. Data 17/09/2015. Disponível em:
<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70065405524&code=6830&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%204.%20CAMARA%20CRIMINAL>
Acesso em: 06/10/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal n. 70068092873**. Rel. Des. Sandro Luz Portal. Terceira Câmara Criminal. Data 05/04/2017. Disponível em:
<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70068092873&code=6830&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%203.%20CAMARA%20CRIMINAL%20-%20REGIME%20DE%20EXCECAO> Acesso em: 06/10/2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral** / Juarez Cirino dos Santos. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 796 p.