

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO – UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS – CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO – FND

ESPECIFICIDADES DOS EXCESSOS NAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE.

BERNARDO LOWEN ZORDAN

Rio de Janeiro

2020/2

BERNARDO LOWEN ZORDAN

ESPECIFICIDADES DOS EXCESSOS NAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú.

Rio de Janeiro

2020/2

CIP - Catalogação na Publicação

ZZ88e Zordan, Bernardo Lowen
Especificidades do Excessos nas Excludentes de
Ilicitude / Bernardo Lowen Zordan. -- Rio de
Janeiro, 2020.
62 f.

Orientador: Carlos Eduardo Adriano Japiassú.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Excludentes de Ilicitude. 2. Excesso Punível.
3. Excesso Exculpante. 4. Teoria do Crime. 5.
Direito Penal. I. Japiassú, Carlos Eduardo Adriano,
orient. II. Título.

BERNARDO LOWEN ZORDAN

ESPECIFICIDADES DOS EXCESSOS NAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú.

Data da Aprovação: 04/06/2021.

Banca Examinadora:

Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Orientador

Dra. Ana Lúcia Tavares Ferreira

Membro da Banca

Dra. Flávia Sanna

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2020/2

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais, sem a qual eu jamais teria tido as oportunidades que tive e o apoio necessário para chegar até aqui. Agradeço também à minha família como um todo, mais especificamente ao meu avô e a minha tia Marcia, que me ensinaram a amar a leitura e o conhecimento. Agradeço ao Dr. Isaias por despertar em mim o amor pelo Direito.

Agradeço à minha parceira e companheira, Marina, por todo o suporte e cumplicidade em toda a trajetória, por todos os incentivos a projetos acadêmicos e ao intercâmbio que, sem dúvida, eu não teria realizado sem ela.

Agradeço aos meus professores da Faculdade Nacional de Direito, mais especificamente ao Professor Carlos Eduardo Japiassú, que me mostrou a incrível dogmática do Direito, ao Professor Carlos Bolonha, que me deu certeza que eu estava no curso certo e ao Professor Paulo Emílio, que ministrou as aulas mais incríveis de Direito Internacional Público que eu poderia ter tido.

Agradeço a todos os meus colegas e amigos, pelo suporte durante toda a graduação. Sem eles, com certeza a trajetória teria sido infinitamente mais difícil. Agradeço em especial aos amigos Pedro, Nicole, Emily, Felipe, Danielle, Breno, Isabelle e Victoria.

Muito obrigado!

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar as especificidades dos excessos nas excludentes de ilicitude, de forma a verificar a possibilidade de delimitar critérios concretos e objetivos para a constituição do excesso punível no Direito Brasileiro. Nessa ótica, inicia-se o trabalho conceituando os institutos essenciais presentes na legislação vigente, bem como isolando os critérios legais da extrapolação dos limites de cada discriminante, determinando objetivamente a constituição do excesso nos termos da lei. Posteriormente, busca-se tratar do elemento de razoabilidade trazido pela doutrina, visando aplicá-lo como elemento de culpabilidade ou tipicidade do excesso constituído na forma dos dispositivos legais. Por fim, passa-se à análise da jurisprudência com o objetivo de verificar até que ponto as delimitações estudadas e teorizadas são aplicadas na operação cotidiana do Direito. Após o exame da jurisprudência, conclui-se que não só existem critérios determinados para a constituição do excesso, como estão presentes de forma dominante nos julgados analisados. Quanto aos institutos estudados não presentes expressamente em lei, pelo que pôde-se examinar, esses são reconhecidos e aplicados pelos magistrados, garantindo a delimitação da aplicação do excesso punível no Direito Brasileiro.

Palavras-chave: Excludentes de Ilicitude. Excesso Punível. Excesso Exculpante. Teoria do Crime. Direito Penal.

ABSTRACT

This research study intends to analyze specific characteristics of excessive exclusions of criminal responsibility with the purpose of defining concrete and objective criteria, relating to what constitutes a punishable excessive act under Brazilian Law. In that regard, this study starts by conceptualizing essential legal institutions present in current legislation, as well as objectively identifying what effectively constitutes an excess under the law. Subsequently, this thesis addresses the reasonability aspect of the theme as conveyed by the legal doctrine on the matter, in order to employ it as an element of culpability or typicality applied to the already constituted excessive act as the law dictates. Lastly, this study examines specific case law related to the subject, so as to verify if the institutions and criteria analyzed previously are essentially applied by the judiciary branch. After careful examination of the jurisprudence on the matter, this essay concludes that not only is it possible to determine objective criteria to establish an excessive exclusion of criminal responsibility, but also that said criteria are extensively enforced in case law by the competent magistrates. In regard to the specific institutions that are not explicitly expressed in the law, they are recognized and employed by Criminal Courts, enforcing the delineation and strict application of the punishable excessive act under Brazilian Law.

Keywords: Exclusion and Justification of Criminal Responsibility Causes. Punishable Excessive Acts. Exculpating Excessive Acts. Crime Theory. Criminal Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 ANTIJURIDICIDADE, CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO E SEUS LIMITES.....	13
1.1 ELEMENTOS DO CRIME E ANTIJURIDICIDADE.....	13
1.1.1 Conceito Analítico de Crime e Seus Elementos.....	13
1.1.2 Tipicidade e Culpabilidade no Direito Brasileiro.....	14
1.1.3 Antijuridicidade da Conduta Típica e Culpável.....	17
1.2 LIMITES DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO.....	18
1.2.1 Excludentes de Ilicitude e Equilíbrio da Ordem Jurídica.....	18
1.2.2 Desproporcionalidade e Excesso, Sinônimos ou Conceitos Distintos?.....	20
1.2.3 Definição Objetiva de Excesso nas Modalidades de Exclusão da Ilicitude do Código Penal Brasileiro.....	22
1.2.3.1 Legítima defesa.....	24
1.2.3.2 Estado de necessidade.....	25
1.2.3.3 Estrito cumprimento do dever legal.....	26
1.2.3.4 Exercício regular de direito.....	26
2 ÓBICES LEGAIS NO DIREITO BRASILEIRO À PUNIBILIDADE DO EXCESSO NA EXCLUDENTE DE ILICITUDE.....	28
2.1 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE NO EXCESSO DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO.....	28
2.1.1 Excesso Exculpante – Inexigibilidade de Conduta Diversa.....	29
2.1.2 Erro de Proibição.....	34
2.1.3 Erro de Tipo – Discriminante Putativa.....	37
2.2 EXCESSO NO DIREITO PENAL MILITAR.....	38
2.2.1 Modalidades de Excesso no Código Penal Militar.....	42
2.2.2 Erro no Direito Penal Militar.....	44

3 APLICAÇÃO PRÁTICA E CRITÉRIOS OBJETIVOS.....	47
3.1 CRITÉRIOS OBJETIVOS DO EXCESSO NA JURISPRUDÊNCIA.....	47
3.1.1 Legítima Defesa.....	47
3.1.2 Demais Excludentes de Ilicitude.....	50
3.1.3 Excesso Exculpante.....	53
3.1.4 Erro de Proibição Indireto.....	56
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

No estudo do Direito Penal Brasileiro, o conteúdo mais elementar, sem o qual é impossível aplicar qualquer outro, é sem dúvida a teoria do delito. Com efeito, não há o que se falar em pena sem condenação por crime, o que depende da compreensão da definição de crime enquanto conduta punível à luz do Direito Penal e da Constituição Federal. Pelo mesmo raciocínio, ponderações acerca das especificidades de determinado tipo penal também são impossíveis sem que se possa aplicar à conduta os devidos exames de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Ademais, entende-se a teoria do crime não somente enquanto base fundamental do direito penal, mas como meio de regulação social (ROXIN, 2000, p. 15), uma vez que se trata da categorização dos conflitos sociais que ultrapassam a esfera cível, potencialmente ofensivos a bens jurídicos tutelados pelo poder estatal, que são essencialmente humanos, com o fim de equilibrar a ordem social, limitar injustos e definir, a contrário sensu, o que é justo dentro desse contexto.

Além da questão teórica, é importante destacar que o Direito Penal legitima o Estado a aplicar a mais dura restrição de direito fundamental presente no ordenamento jurídico brasileiro em tempos de paz, a pena privativa de liberdade. Desta forma, os conceitos e princípios de direito penal geral carregam o encargo difícil, porém essencial, de um dos pilares da garantia do Estado Democrático de Direito.

Por consequência, as normas relacionadas à função supramencionada devem ser claras e certas, sob o risco de violar direito constitucionalmente garantido ou possibilitar a valoração social do agente, incorrendo no Direito Penal do Autor, que é absolutamente vedado pela ordem jurídico-constitucional. Diante disso, o Direito Penal, assim como o Direito como um todo, está em constante aperfeiçoamento, buscando evitar injustos e garantir a ordem social.

No entanto, no estudo da teoria do crime, à primeira vista, existe um instituto que parece carecer de delimitação dogmática certa, previsto no artigo 23, parágrafo único do Código Penal (BRASIL, 1940), o excesso nas excludentes de ilicitude.

Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. (BRASIL, 1940)

Com efeito, conforme será apresentado no decorrer da produção do presente trabalho, por vezes a configuração do excesso é tratada de forma nebulosa pela doutrina, uma vez que a razoabilidade do que configura uma reação escusável no caso concreto entende-se como algo de difícil delimitação, com alguns doutrinadores chegando a afirmar que seria impossível determinar de forma certa o que constitui o limite de atuação de uma causa de justificação.

Pelo exposto anteriormente sobre a função primordial do Direito Penal geral, mais especificamente da teoria do crime, a existência de uma conduta punível pelo ordenamento que carece de uma definição concreta é vedada pela ordem jurídico penal, pelo princípio da taxatividade. Japiassú e Souza (2015, p. 91) elucidam a proibição de incriminações vagas e indeterminadas:

Cuida-se do *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*: a só existência de lei prévia não basta, pois nela devem ser reunidos certos caracteres, quais sejam, **a concreta definição de uma conduta, a delimitação de qual conduta é compreendida e a delimitação de qual não é compreendida**. Dessa maneira, uma incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, **a identificação do fato punível ao arbítrio do intérprete ou do aplicador**. É também conhecido como princípio da taxatividade. (JAPIASSÚ; SOUZA, 2015, p. 91) (grifo meu)

Nesse sentido, o presente trabalho buscará o estudo do excesso nas causas de justificação e seus critérios e fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais, pretendendo verificar a existência de uma delimitação precisa quanto a constituição do excesso punível no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tal, buscar-se-á primeiramente o isolamento e conceituação dos critérios objetivos legais quanto à existência do excesso na conduta, de forma a determinar o que configuraria a extrapolação da discriminante por conceitos dogmáticos. Posteriormente, serão estudadas as ponderações de razoabilidade trazidas pela doutrina, visando verificar se as mesmas podem ser reduzidas a conceitos certos em direito penal. Por fim, será feita a análise de julgados referentes ao tema pesquisado, de forma a relacionar o estudado à prática da operação do direito penal.

CAPÍTULO 1: ANTIJURIDICIDADE, CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO E SEUS LIMITES

1.1. ELEMENTOS DO CRIME E ANTIJURIDICIDADE

1.1.1. Conceito analítico de crime e seus elementos

Através dos anos houve diversas construções teóricas a respeito da teoria do crime, seus elementos e quais fatores devem ser analisados para classificar uma conduta criminosa punível. A teoria do delito, por se tratar de matéria de suma importância para a sociedade moderna, bem como para o Estado Democrático de Direito, foi sempre matéria de extenso estudo e produção de conteúdo acadêmico e filosófico, uma vez que busca uma classificação de conduta que, em última instância, acarretará na privação de direitos fundamentais de um cidadão para que se mantenha o equilíbrio da ordem jurídica e social.

No entanto, como elucidam Japiassú e Souza (2015, p. 190), a partir da década de 1970, a discussão no direito penal e, por consequência, da teoria do delito, já se encontrava saturada pelo excesso de abstração e discussões filosóficas pouco objetivas e sem funcionalidade prática, levando ao início das correntes funcionalistas da teoria do crime. O conceito formal de crime que se tem hoje no Direito Penal Brasileiro, o conceito analítico, é influência direta das correntes funcionalistas supramencionadas.

A função de tal conceito seria, portanto, desenvolver critérios objetivos de identificação e classificação da conduta delitiva, de forma a normatizar a concepção de crime e, por consequência, facilitar e homogeneizar a operação do Direito na esfera criminal. A utilização de critérios objetivos, em detrimento de definições sociológicas e filosóficas, na prática jurídica, atua diretamente no princípio da igualdade jurisdicional, afastando o Direito Penal do Autor e consequentemente garantindo o Devido Processo Legal no Estado Democrático de Direito.

O conceito analítico de crime vai focar em elementos específicos da conduta, sendo crime uma ação ou omissão inserida como conduta proibida no ordenamento (tipicidade), contrária ao direito (ilicitude) (NUCCI, 2019a, p. 284) e que o agente possua liberdade e “capacidade para se determinar no sentido da norma jurídica” (JAPIASSÚ; SOUZA, 2015, p. 280) (culpabilidade).

Baseado no conceito analítico e na supramencionada corrente tripartida do crime que constitui a teoria do delito que domina atualmente a operação do Direito Penal no Brasil (conforme adiante se demonstrará), para que se afaste a conduta criminosa é necessário afastar um ou mais dos referidos elementos do crime, uma vez que a conduta deve ser concorrentemente típica, ilícita e culpável para que se configure um delito.

1.1.2. Tipicidade e Culpabilidade no Direito Brasileiro

O presente trabalho, como pode-se notar pelo título, pretende esclarecer e procurar questões relativas a especificidades dentro dos excessos nas causas de justificação da antijuridicidade. Desta forma, fica evidente que o elemento do crime mais relevante a ser tratado será, justamente, a ilicitude da conduta. Não obstante, é impossível tratar do conceito de ilicitude sem compreender os demais dois elementos do crime, visto que estes estão intimamente ligados a toda a noção de conduta punível, o que terá suma importância na análise da punibilidade do excesso eventualmente praticado.

No Direito Penal Brasileiro, a tipicidade está positivada no princípio da legalidade criminal e anterioridade na Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 5º, inciso XXXIX: “**não há crime sem lei anterior que o defina**, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988, grifo meu). Texto esse que também integra, com praticamente a mesma redação, o Artigo 1º do Código Penal (BRASIL, 1940). Ou seja, para que determinada conduta seja considerada como crime, ela tem que estar prevista no ordenamento.

O fato típico, portanto, será aquele que, dentro de suas particularidades, se enquadrar em ação ou omissão estipulada na lei penal de forma abstrata, não bastando a conduta ser ilícita *latu senso* ou mesmo manifestamente uma conduta imoral. Mesmo que a ação ou omissão praticada claramente fira um bem jurídico tutelado pelo Direito, ela apenas será crime se houver uma conduta típica em abstrato na legislação penal que possa ser imputada a ela no caso concreto.

Um caso que teve grande repercussão na mídia foi o de Evandro Quessada da Silva, que foi preso em flagrante após ejacular em uma passageira em um ônibus e indiciado por violência sexual mediante fraude. Após a audiência de custódia o magistrado relaxou a prisão tendo em vista a atipicidade da conduta, ressaltando que o fato praticado se trata de mera contravenção penal, não havendo o que se falar em prisão (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2017). Nota-se que apesar da manifesta imoralidade e mesmo da aparência criminosa da conduta, não havia crime tipificado no ordenamento que pudesse ser imputado a conduta do Réu. A decisão causou revolta na mídia e redes sociais, tendo em vista a repugnância do fato praticado, culminando na aprovação da Lei nº 13.718 pelo Congresso Nacional, que criou o tipo penal de importunação sexual, crime punível com até 5 anos de reclusão (BRASIL, 2018).

Tratando da culpabilidade, para analisar de forma precisa sua positivação no ordenamento, faz-se mister o anterior exame de seus requisitos, visto que na legislação estes estão contemplados separadamente e de forma individual. São eles (i) a Imputabilidade, definida por Japiassú e Souza (2015, p. 288) como “a capacidade de livre autodeterminação”; (ii) a Exigibilidade de conduta diversa, tratando-se da vedação do direito de exigir do agente conduta excepcional ou heroica (NUCCI, 2019a, p. 542); e (iii) o Potencial conhecimento da ilicitude, que é o exame da capacidade do agente de conhecer a ilicitude do fato praticado.

A imputabilidade, vista a sua relevância em se tratando de características intrínsecas ao agente ao tempo da conduta, possui seu próprio Título na parte geral do Código Penal, tratando, em três artigos, de todas as hipóteses de inimputabilidade:

TÍTULO III DA IMPUTABILIDADE PENAL

Inimputáveis

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Menores de dezoito anos

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Emoção e paixão

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

Embriaguez

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940).

A exigibilidade de conduta diversa levanta duas modalidades de exclusão da culpabilidade, ambas elencadas no Artigo 22 do Código Penal (Brasil, 1940), a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, sendo a primeira um conceito subjetivo em abstrato, que engloba qualquer fato praticado em que não seja exigível do autor comportamento dissemelhante, na medida da irresistibilidade da coação.

Por fim, o potencial conhecimento da ilicitude se materializa no ordenamento pela positivação do erro de proibição, no Artigo 21 do Código Penal (BRASIL, 1940) que divide erro sobre a ilicitude do fato em inevitável, quando o agente não possuía os meios, nas circunstâncias, de ter conhecimento da ilicitude; e evitável, quando “o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência” (BRASIL, 1940).

1.1.3. Antijuridicidade da conduta típica e culpável

Superada a conceituação e fundamentação legal dos demais dois elementos do crime, passamos ao elemento central da pesquisa, a ilicitude.

Bitencourt (2021, p.412-413) faz uma distinção entre os conceitos de antijuridicidade formal e material. A ilicitude formal seria a violação da lei, desrespeitando dever legal comissivo ou omissivo previsto no ordenamento. Já a ilicitude material seria materializada pela ofensa de um bem jurídico protegido. Por mais que tal teoria busque conceituar a ilicitude, a dificuldade na definição positiva do elemento persiste. O primeiro elemento de consideração é a tipicidade da conduta, sem a qual não existe sequer a necessidade de qualquer posterior análise. Evidentemente, se a conduta for típica, ou seja, proibida especificamente no ordenamento, ela viola a lei. Paralelamente, se a conduta foi proibida em lei e posteriormente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, ela fere bem jurídico tutelado, pelo próprio princípio da ofensividade.

Desta forma, o conceito e fundamentação legal da ilicitude são particulares e mais complexos. Ao contrário dos demais elementos, o conceito de antijuridicidade não encontra definição objetiva e positiva. Com efeito, em parte majoritária da doutrina em direito penal o conceito de ilicitude é apresentado como uma forma de interpretação contrário sensu. A lógica seria que, se o fato for típico, e não houver qualquer óbice legal que defina a licitude daquela conduta no caso concreto, ele será antijurídico.

Japiassú e Souza (2015, p. 258) propõem uma relação de dependência dicotômica entre o que definem como proibições e permissões, sendo as primeiras os tipos penais e as segundas as causas de justificação, legais e supralegais. Essa definição das causas de justificação enquanto permissões, por vezes supralegais, demonstram exatamente a complexidade de definir o antijurídico.

Embora as causas de justificação, que serão tratadas mais especificamente posteriormente, estejam majoritariamente especificadas em lei, o elemento subjetivo presente em cada uma delas está em constante metamorfose de acordo com a ordem jurídica. Como aponta Roxin (2000, p.51-52), cada alteração em normas legais a respeito da polícia, da ordem político-criminal, mesmo de políticas públicas de saúde ou até direitos fundamentais de manifestação altera significativamente as hipóteses nas quais pessoas ou agentes públicos poderão praticar condutas proibidas na lei, porém de forma lícita.

A antijuridicidade, portanto, é um fenômeno político social que, por sua própria natureza, está em mudança constante. Vista essa particularidade, a determinação da mesma depende inevitavelmente da confirmação da tipicidade concorrentemente com a averiguação da inexistência de causas que tornariam tal conduta proibida em conformidade com o Direito, ou seja, lícita.

A conclusão do exposto leva a averiguação de que os critérios objetivos a serem observados no exame da ilicitude de uma conduta típica e culpável não são os critérios da ilicitude em si, mas sim os critérios, objetivos ou não, das causas de justificação.

1.2. LIMITES DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

1.2.1. Excludentes de Ilicitude e Equilíbrio da Ordem Jurídica

As excludentes de ilicitude no Direito Penal são circunstâncias, legais ou não, nas quais uma conduta típica praticada não será considerada ilícita. Considerando o fato de que carecendo a ilicitude da conduta, não há crime, é seguro afirmar que aquele que age - ou deixa de agir - amparado por uma excludente de ilicitude, não comete delito.

Em que pese o fato da maioria das causas de justificação estarem positivadas na lei penal, existe na doutrina uma causa supralegal de justificação da antijuridicidade, caracterizada

pelo consentimento do ofendido. Para fins do presente trabalho, que pretende se aprofundar sobre os excessos nas causas de justificação, o instituto do consentimento do ofendido não é fundamentalmente relevante. Desta feita, a presente pesquisa será baseada nas causas legais de justificação.

Japiassú e Souza (2015, p. 263-264) dividem as causas legais de justificação em dois grupos. O primeiro grupo são as causas geradas por circunstâncias de necessidade, ou seja, em que a conduta é praticada na defesa ou preservação de um bem jurídico ameaçado. O segundo grupo, por sua vez, se trata das causas geradas pelo cumprimento da lei, seja no exercício regular de um direito, ou no estrito cumprimento de um dever legal.

As causas de justificação do segundo grupo têm uma finalidade clara e intuitiva, pretendendo garantir o cumprimento da lei. Não haveria coerência na ilicitude de uma conduta determinada por lei, tampouco no exercício regular de um direito garantido no ordenamento. Malgrado a lógica intuitiva, a previsão legal do segundo grupo enquanto excludente de ilicitude é relativamente contemporânea ao Direito Brasileiro. Historicamente, nos códigos penais anteriores ao atual, a lei penal brasileira previa tão somente as excludentes de defesa própria ou de direito próprio, defesa de terceiro ou para evitar mal maior (BRASIL, 1830; 1890). As referidas disposições parecem ter um forte paralelo com a legítima defesa e o estado de necessidade, do direito alemão, positivadas na lei penal brasileira com essa denominação a partir de 1940 (BRASIL, 1940).

Tais excludentes, causadas por situação de necessidade, apesar de terem definições e atribuições distintas, têm uma finalidade jurídico-social similar: a proteção de um direito ameaçado e a conseqüente defesa da ordem jurídica. A diferença fundamental entre os dois é a causa ameaçadora do direito. Na legítima defesa, a causa é uma injusta agressão atual ou iminente; no estado de necessidade, é o perigo atual, inevitável e involuntário. Nessa perspectiva, um fato típico praticado tanto em legítima defesa, quanto em estado de necessidade, implica na lesão ou sacrifício de um bem jurídico com objetivo de preservar outro.

Roxin (2000, p. 30) entende as causas de justificação enquanto uma solução social de conflitos, em que se chocam interesses e bens jurídicos individuais distintos, ou mesmo interesses individuais com interesses gerais. Assim, as excludentes de ilicitude teriam como objetivo equilibrar e defender a ordem jurídica, determinando as hipóteses em que se justifica a lesão ou sacrifício de direito alheio de forma legítima, como função de prevenção geral. Desta forma, existiria um princípio de ponderação de bens no exercício das causas de justificação (ROXIN, 2000, p. 54), que estaria intimamente ligado a noção de proporcionalidade.

1.2.2. Desproporcionalidade e Excesso, Sinônimos ou Conceitos Distintos?

O questionamento de eventual diferença entre desproporcionalidade e excesso é consequência natural das reflexões relativas à ponderação de bens jurídicos, presente nas causas de justificação pela defesa da ordem jurídica supramencionada. Com efeito, tem-se a conclusão evidente, por todo o exposto, de que a exclusão da ilicitude só pode ocorrer mediante a valoração da proporcionalidade entre o bem sacrificado – ou direito infringido – e o direito ameaçado. À primeira vista, parece intuitivo, portanto, dizer que os excessos nas excludentes de ilicitude são justamente a ausência dessa proporcionalidade. Seria então o excesso uma desproporção no exercício das causas de justificação?

Para responder tal questionamento, é necessário um exame mais cuidadoso dos dispositivos legais. Embora existam excludentes de ilicitude no ordenamento fora do Código Penal, abrangidos pelo exercício regular de um direito ou o estrito cumprimento do dever legal, a previsão das causas de justificação, bem como a previsão legal dos requisitos da legítima defesa e do estado de necessidade, que são as mais relevantes para o presente trabalho, encontra-se nos artigos 23, 24 e 25 do Código Penal:

Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

Estado de necessidade

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Legítima defesa

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (BRASIL, 1940)

Pelo que se nota no dispositivo legal transcrito, a própria definição das excludentes traz consigo os requisitos de proporcionalidade. O exercício **regular** de um direito e o **estrito** cumprimento do dever legal trazem sua condição de proporcionalidade na própria denominação. O exercício de um direito de forma desproporcional seria **irregular**, constituindo, portanto, abuso de direito, não havendo o que se falar em excludente, muito menos em excesso. De forma similar, o cumprimento de um dever legal de forma manifestamente desproporcional não configura o cumprimento **estrito** desse dever, mas abuso de autoridade ou de prerrogativa.

No caso da legítima defesa ou do estado de necessidade, se os requisitos legais presentes na lei não estiverem presentes, eles não estarão configurados. Desta forma, se houver desproporção, não haverá causa de justificação e, conseqüentemente, não haverá o que se falar em excesso.

Nesse sentido, Paulo Queiroz (2008, p. 265) diz que a desnecessidade ou desproporção dos meios descaracterizam a excludente, não se considerando, portanto, o excesso, mas a própria inexistência da discriminante no caso concreto. Queiroz exemplifica o exposto com a hipótese de alguém que mata uma criança que furta frutas, uma conduta manifestamente

desproporcional. Um exemplo aplicável ao estado de necessidade, seria alguém, que para impedir que um cachorro de pequeno porte morda suas roupas, mata o animal a tiros.

Desta feita, conclui-se que desproporcionalidade e excesso não se confundem, fazendo-se necessária, portanto, a devida definição do excesso. Enquanto a desproporcionalidade descaracteriza a discriminante, o excesso será uma continuação injusta dele. Japiassú e Souza (2015, p. 268) definem a situação do excesso como aquela em que, “inicialmente, acobertado por uma justificante, o agente extrapola a autorização legal, lesando desarrazoadamente bem jurídico alheio”. Assim, para que se entenda o excesso, deve haver inicialmente a conduta lícita caracterizada pela excludente de ilicitude, seguida de um excesso injusto, estando todos os resultados do primeiro momento amparados pela discriminante.

Alguns doutrinadores chamam a desproporção de “excesso extensivo” e o excesso de fato de “excesso intensivo”, trazendo na definição a mesma conclusão. Bitencourt (2021, p. 429) diz que o excesso extensivo, por assim dizer, “caracteriza-se nos caso em que a reação excessiva deve-se ao não cumprimento dos requisitos essenciais da causa de justificação, o que significa que **a conduta não está sequer amparada pela excludente de antijuridicidade**” (grifo meu).

Superada a conceituação doutrinária e legal, bem como a fundamentação político social do excesso, passamos efetivamente a busca de critérios objetivos da caracterização das causas de justificação em cada modalidade de excludente do artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940).

1.2.3. Definição Objetiva de Excesso nas Modalidades de Exclusão da Ilicitude do Código Penal Brasileiro

Escamoteado no exame da doutrina, é possível averiguar dois elementos principais da caracterização do que constituiria excesso em cada modalidade de discriminante: (i) **o exame objetivo dos critérios legais** e (ii) **o critério de razoabilidade no caso concreto**. Embora

todos os autores façam uma síntese dos dois elementos, nota-se que autores diferentes atribuem pesos distintos para cada um deles.

Para exemplificar o exposto, a primeira causa de justificação a ser analisada quanto ao excesso será a **legítima defesa**. A legítima defesa, historicamente, é a modalidade de discriminante mais relevante ao se tratar do excesso, visto que antes da reforma da parte de geral do Código Penal de 1984, era a única excludente de ilicitude em que se discutia o excesso punível.

No próprio dispositivo legal, no artigo 25, *caput*, do Código Penal, os critérios que definem o excesso parecem estar claros:

Legítima defesa

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, **usando moderadamente dos meios necessários**, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (BRASIL, 1940). (grifo meu)

Desta feita, o exame do diploma legal já parece trazer o **elemento objetivo dos critérios legais**, estando o excesso “na falta do emprego dos meios necessários para evitar a agressão ou no uso desses meios, embora de maneira imoderada” (NUCCI, 2019a, p. 512). Tais critérios objetivos, que constituem o primeiro elemento anteriormente citado, parecem consenso na doutrina. A divergência reside mais especificamente na síntese de tais critérios com o **critério de razoabilidade**, que se exterioriza na forma que irá se determinar a necessidade dos meios e o uso moderado dos mesmos.

Exemplificativamente, Japiassú e Souza (2015, p. 274) traçam elementos objetivos, sendo os meios necessários aqueles disponíveis, suficientes e indispensáveis e o uso moderado aquele menos danoso ao agressor, levando-se em conta a não exigibilidade de uma proporcionalidade perfeita, por se tratar de uma agressão majoritariamente inusitada. Já Nucci (2019a, p. 476), quanto aos meios necessários, irá dizer que “não há cálculo preciso no uso dos meios necessários, sendo indiscutivelmente fora do propósito construir uma relação perfeita

entre ataque e defesa” e, quanto a moderação da reação, afirma que deve-se admitir uma considerável margem de aceitação, “uma vez que a reação de uma pessoa normal não se mede por critérios matemáticos ou científicos” (NUCCI, 2019a, p. 477).

Nota-se que o que causa a divergência causadora da impressão de impossibilidade da definição, puramente objetiva, do que se considera excesso, é precisamente a síntese entre os **critérios objetivos da lei** e o **critério de razoabilidade do caso concreto de necessidade**. Tal divergência permite que existam decisões judiciais contraditórias em situações similares, o que fere o princípio da isonomia jurisdicional e da segurança jurídica, favorecendo casos inaceitáveis de valoração social do agente e, conseqüentemente, do direito penal do autor.

Pelas razões que serão tratadas com mais profundidade no próximo capítulo, o presente trabalho pretende explorar a hipótese de que os únicos critérios necessários para a configuração do excesso são os objetivos legais, sendo o **critério de razoabilidade**, na verdade, o **exame objetivo da culpabilidade no excesso**, e não da existência do mesmo.

Desta forma, tanto para a legítima defesa quanto para as demais discriminantes que serão analisados a seguir, buscar-se-á a separação dos elementos objetivos, ou seja, aqueles que de fato constituem o excesso pelos critérios legais. O critério de razoabilidade no caso concreto, desta forma, será analisado no segundo capítulo, enquanto exame de culpabilidade no excesso eventualmente constituído.

1.2.3.1. Legítima defesa

No caso da legítima defesa, pelo já exposto, existem dois critérios objetivos: o emprego moderado dos meios e a necessidade dos mesmos. Quanto à moderação, segundo Japiassú e Souza (2015, p. 274), esta está diretamente ligada a disponibilidade dos meios por parte do agente no momento da agressão, bem como a medida do emprego se considerando a gravidade da agressão injusta, as circunstâncias da mesma e proporcionalidade entre o bem sacrificado e o bem ameaçado pela conduta do agressor.

Quanto aos meios necessários, define Paulo Queiroz (2008, p. 272), como “o meio mais brando dentre os disponíveis”, ou seja, se o agressor se defende empregando determinados meios, havendo meios mais brandos disponíveis, que seriam “suficientes e indispensáveis para o exercício eficaz da defesa” (JAPIASSÚ; SOUZA, 2015, p. 274), estará configurado o excesso pela falta do emprego dos meios necessários.

1.2.3.2. Estado de necessidade

Tratando do excesso no estado de necessidade, este parece ter seus critérios objetivos definidos na valoração de proporção entre o bem sacrificado e o bem ameaçado pelo perigo das circunstâncias, conforme se pode averiguar pelo disposto no artigo 24 do Código Penal:

Estado de necessidade

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, **cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.**

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. (BRASIL, 1940) (grifo meu)

Pela análise do dispositivo legal, a razoabilidade do sacrifício pressupõe uma ponderação de bens. Assim, estará totalmente amparado pela discriminante aquele que sacrifica bem de menor ou igual valor. *A contrario sensu* o sacrifício de bem de maior valor em relação ao bem ameaçado, configura o excesso.

Excepcionalmente, no caso do estado de necessidade, a doutrina já entende o critério de razoabilidade enquanto um exame de culpabilidade, justificada pela inexigibilidade de conduta diversa. Desta forma, fazem a distinção entre estado de necessidade justificante, a excludente de ilicitude, e o estado de necessidade exculpante, que afasta a culpabilidade.

Conforme o já exposto, para fins deste capítulo, que tem como objetivo a definição dos critérios objetivos de excesso, apenas será relevante o estado de necessidade justificante, resguardado o exame do exculpante para o próximo capítulo.

1.2.3.3. Estrito cumprimento do dever legal

Os critérios objetivos legais do excesso no estrito cumprimento do dever legal, evidentemente, vão depender do dever legal em si, o que já é previsto na lei. O excesso no cumprimento do dever por parte do servidor público, normalmente constitui por si só “a tipicidade de uma das ações contidas na Lei de Abuso de Autoridade (Lei n.º 4.898/1965) ou mesmo no Código Penal” (JAPIASSÚ; SOUZA, 2015, p. 277).

Desta feita, os critérios objetivos já estão bem determinados na legislação, na forma de tipos penais, não havendo incidência, como nas discriminantes anteriores, do elemento de relativização do excesso por um critério de razoabilidade. Com efeito, como os excessos estão tipificados, já haverá o exame de culpabilidade para que se configure o crime.

1.2.3.4. Exercício regular de direito

Similarmente ao anterior, os critérios objetivos do eventual excesso no exercício regular de um direito vão depender do direito em si, sendo praticamente impossível e fora do propósito enumerar todos os direitos presentes no ordenamento que possam ensejar a discriminante.

De forma geral, pode-se dizer que o exercício regular de um direito que tenha como propósito retomar, defender ou proteger direito próprio ou alheio de uma ação injusta de terceiro, como ofendículos, desforço pessoal possessório ou separação de rixa, seguirão adaptadamente os critérios de excesso da legítima defesa.

Paralelamente, em direitos regidos por regras específicas, os critérios de um eventual excesso estarão presentes em tais regras, como regras de um esporte em caso de violência desportiva, regras do Conselho Regional de Medicina em casos relacionados à prática de medicina ou mesmo regras da Ordem dos Advogados do Brasil para direitos relacionados à prática da advocacia.

Demais direitos previstos especificamente em lei, muitas vezes têm critérios de exercício no próprio dispositivo legal, como é o caso de correção disciplinar no artigo 18-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) associada ao direito de educar ou no direito ou no direito de conservar coisa alheia perdida por 15 dias no tipo penal de apropriação de coisa achada no artigo 169, II do Código Penal (BRASIL, 1940).

Por fim, exercício de direito fundamental que eventualmente lesa determinado bem jurídico, como o direito de livre manifestação do pensamento, previsto no artigo 5º, IV da Constituição Federal (BRASIL, 1988), deverá passar por uma ponderação de direitos, similar a ponderação feita entre o bem ameaçado e o bem sacrificado no estado de necessidade, para a verificação do excesso.

Evidentemente, ainda existem diversos direitos no ordenamento que não necessariamente se enquadram nos exemplos supracitados, sendo necessária a devida ponderação no caso concreto.

CAPÍTULO 2: ÓBICES LEGAIS NO DIREITO BRASILEIRO À PUNIBILIDADE DO EXCESSO NA EXCLUDENTE DE ILICITUDE

2.1. ELEMENTOS DA CULPABILIDADE NO EXCESSO DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

Conforme já exposto, o presente trabalho pretende analisar a possibilidade de um exame puramente objetivo do que constitui o excesso nas causas de justificação. Para tal, foi dividido o entendimento da doutrina em dois fatores principais: (i) o **exame objetivo dos critérios legais** e (ii) o **critério de razoabilidade no caso concreto**. O ponto que acaba por trazer a subjetividade, e conseqüente divergência doutrinária sobre a questão, parece ser o segundo, visto que traz inerentemente consigo um eventual julgamento de valor sobre qual seria a margem aceitável de conduta excessiva no caso concreto, o que tornaria impossível a definição objetiva e exaustiva do que configura, ou não, um excesso de forma abstrata, ou seja, sem o exame individual do caso.

No entanto, se seguirmos a lógica da teoria do crime trabalhada até aqui, percebe-se que esse critério de razoabilidade nada mais é do que um **exame de culpabilidade** do autor do excesso, e não um critério de determinação da existência deste.

O excesso, definido no parágrafo único do artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940), é punível enquanto conduta criminosa, ou seja, deve ser típico, ilícito e culpável. Assim, a conduta que extrapola os limites da discriminante deve encontrar amparo em um tipo penal, ser contrária ao direito e preencher os requisitos de exigibilidade de conduta diversa, imputabilidade e potencial conhecimento da ilicitude.

Assim, os critérios que vão definir se houve ou não um excesso são simplesmente os objetivos definidos no texto legal, tratados no capítulo anterior. O elemento classicamente tratado como análise de razoabilidade no caso concreto, portanto, trata tão somente da punibilidade do excesso eventualmente constituído, por fazer o exame dos critérios de culpabilidade do agente.

2.1.1 Excesso Exculpante – Inexigibilidade de Conduta Diversa

Tradicionalmente na doutrina, especialmente tratando da legítima defesa, a figura do excesso exculpante é tratada como uma corrente acadêmica e até minoritária. Nucci (2019a, p. 513) chega a afirmar que o excesso exculpante seria uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade. O motivo desse tratamento parece estar intimamente ligado ao estudo do excesso enquanto uma instituição separada das demais condutas puníveis no Código Penal.

Desta forma, aplicando-se ao excesso o julgamento de razoabilidade no caso concreto, que está sendo amplamente criticado no presente trabalho por permitir mudar a própria natureza e definição da causa de justificação, torna-se redundante o conceito de excesso exculpante, que acaba sendo visto como uma corrente doutrinária que busca flexibilizar a figura do excesso e até permitir abusos de direito, o que se verifica não apenas na doutrina, mas até no cenário político atual.

No entanto, pelo que ora pretende-se demonstrar, se analisarmos o excesso punível enquanto crime, devendo ser típico, ilícito e culpável, o exercício do que se entende por razoabilidade encontra amparo legal justamente nos elementos de culpabilidade, ou seja, na figura do excesso exculpante, que nada mais é do que o excesso amparado por uma excludente de culpabilidade. Desta feita, a análise da conduta por esse paradigma serve de forma a delimitar o conceito de excesso, ao contrário do que pensa o senso comum sobre a matéria.

A verificação da subjetividade específica no caso concreto, portanto, não seria feita para reconhecer ou não se o excesso foi praticado, mas para verificar a punibilidade da extrapolação segundo os requisitos legais de culpabilidade.

Em 2018 foi apresentado pelo Poder Executivo o Projeto de Lei 882/2019 (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019, conhecido popularmente como “pacote anticrime”. O objetivo parcial manifesto do governo federal com esse projeto era aumentar e garantir a proteção do agente de segurança pública que mata em serviço, o que foi amplamente criticado não apenas pela oposição, mas por parte da comunidade jurídica, sob o argumento de que facilitaria a impunidade de policiais homicidas. O projeto, que posteriormente foi apensado ao PL 10372/2018 na Câmara (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2018), que viria a gerar a Lei 13.964/19 (BRASIL, 2019), trazia em sua redação original, entre os dispositivos que modificavam o Código Penal em relação a presente matéria, a positivação do excesso exculpante:

Art. 23. [...]

§ 1º - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

§ 2º - **O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção.**

Art. 25. [...]

Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa:

I - o agente de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e

II - o agente de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2019) (grifo meu)

Nota-se que, ao contrário dos demais dispositivos, que estão limitados a figura do agente de segurança pública, o excesso exculpante está definido como norma geral, ou seja, aplicável a qualquer pessoa que eventualmente venha a praticar um excesso. No entanto, por conta do objetivo reprovável do governo com o projeto e os demais dispositivos, a redação encontrou forte resistência no legislativo, não integrando o texto final da Lei 13.964/19 (BRASIL, 2019).

No entanto, mesmo não integrando o texto legal de forma expressa, o excesso exculpante, nos casos de inexigibilidade de conduta diversa, encontra certa equiparação legal na previsão da coação moral irresistível, no artigo 22 do Código Penal (BRASIL, 1940). Embora tradicionalmente a coação moral irresistível seja definida como havendo no mínimo três partes envolvidas, o coator, o coato e a vítima, a jurisprudência já aceita a configuração da excludente nos casos em que a vítima também desempenha o papel de coator (NUCCI, 2019a, p. 544, 545).

Nesse sentido, já se pode encontrar na jurisprudência que “o quesito que propõe a vítima como agente da coação moral irresistível não delira da lógica jurídica, nem apresenta coação absurda em tese” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 62.982-2, rel. Francisco Rezek, RT 605/380).

Com efeito, a figura da coação moral irresistível cumpre o papel de não exigir do agente comportamento heroico ou extraordinário. Ao contrário, haveria uma presunção do agente enquanto ser superior aos demais, exigindo desse comportamento alheio à pessoa humana comum (BITENCOURT, 2021, p. 511). No caso concreto, portanto, deve-se levar em conta a gravidade da ameaça sofrida pelo agente, de forma a definir se poderia ser exigível de uma pessoa comum o cumprimento rigoroso do texto legal nas circunstâncias. Nessa acepção, Japiassú e Souza (2015, p.294) sintetizam com precisão que “é irresistível a coação quando não pode ser superada senão com uma energia extraordinária e, portanto, juridicamente inexigível”.

Paralelamente, no exercício de uma discriminante, principalmente frente a uma injusta agressão onde se ameaça a vida ou a integridade física, não é exigível de uma pessoa comum o conhecimento, a técnica ou o cálculo em poucos segundos de qual seria o meio menos danoso nas circunstâncias, ou até mesmo do limite da moderação do emprego deste, devendo haver um julgamento da gravidade da agressão frente ao bem jurídico ameaçado em relação à proporção do excesso constituído de acordo com os critérios legais, da mesma forma que se determina a irresistibilidade da coação moral, afim de determinar a culpabilidade do agente.

Em suma, aplicam-se os critérios legais da discriminante para a caracterização do excesso e posteriormente os critérios de exame da irresistibilidade da coação moral para a verificação da culpabilidade daquele que praticou o excesso.

No caso do estado de necessidade, como mencionado no capítulo anterior, a modalidade exculpante já é amplamente reconhecida na doutrina. No entanto, existem divergências quanto a sua definição e aplicabilidade no Direito Penal Brasileiro.

Antes de tratar da questão quanto a aplicabilidade, é imperioso analisar o próprio conceito de estado de necessidade exculpante, que se relaciona com os requisitos de valoração do bem sacrificado em relação ao bem ameaçado pelo perigo imediato.

Tradicionalmente a distinção legal entre os dois tipos de estado de necessidade é reconhecida no Direito Alemão, sendo justificante quando o bem protegido é de maior valor e exculpante quando é de igual ou menor valor (JAPIASSÚ; SOUZA, 2015, p. 269). Desta forma a chamada teoria diferenciadora vai separar o estado de necessidade enquanto excludente de ilicitude e enquanto excludente de culpabilidade.

Conforme os critérios legais tratados no capítulo anterior, tal definição encontra divergências em relação ao direito brasileiro. O texto legal não especifica a valoração de bens no exercício do estado de necessidade, trazendo apenas a questão a exigibilidade do sacrifício do bem, enquanto critério de razoabilidade. Desta forma, entende-se enquanto estado de necessidade justificante quando o agente sacrifica bem de igual ou menor valor, ao menos na ótica do Direito Penal Brasileiro.

Nesse sentido, Bitencourt (2021, p. 433-434) argumenta que justamente por não haver previsão específica sobre valoração dos interesses jurídicos, a interpretação clássica segundo o Direito Alemão, restringindo a discriminante tão somente aos casos em que o bem sacrificado fosse de menor valor, não estaria em conformidade com o critério de razoabilidade trazido no dispositivo brasileiro, traindo a lógica garantista e, conseqüentemente, prejudicando o autor.

A definição que resta para o estado de necessidade exculpante no Direito Penal Brasileiro, portanto, se restringe tão somente aos casos em que o bem sacrificado seja de maior valor em relação ao bem protegido, o que parece sair do escopo do estudo do excesso.

Como tratado anteriormente, desproporção e excesso são conceitos distintos, em que no caso de conduta desproporcional, sequer pode-se considerar o exercício da excludente de ilicitude. Levando em conta que o critério de razoabilidade no artigo 24 do Código Penal (BRASIL, 1984) diz respeito tão somente à ponderação de bens, permitindo o exercício do justificante no sacrifício de um bem de igual valor, a violação de um bem jurídico de maior valor seria caso de excesso extensivo, ou seja, uma conduta desproporcional praticada fora dos limites da causa de justificação.

Assim, o exercício do estado de necessidade exculpante, se é que ele possa ser admitido enquanto causa supralegal de excludente de culpabilidade, não pode ser tratado como um excesso exculpante do estado de necessidade, uma vez que sequer se enquadra enquanto estado de necessidade nos termos da legislação brasileira.

Com efeito, o que se entenderia por excesso exculpante dentro do estado de necessidade pouco teria relação com o conceito de estado de necessidade exculpante do Direito Penal Alemão e da doutrina. A aplicação dos critérios de culpabilidade na estrapolação de tal discriminante seria tão somente reservada aos casos em que, no exercício legítimo do estado de necessidade, sacrificando-se bem de menor ou igual valor, o agente, visto a gravidade da situação dentro da qual seria inexigível comportamento diverso, acabasse por violar desnecessariamente determinado bem jurídico, independente de seu valor. Em suma, o exercício do excesso exculpante terá os mesmos critérios que nas demais excludentes de ilicitude.

No caso do estrito cumprimento do dever legal, a conduta que extrapola os limites legais da discriminante está, como apontado anteriormente, normalmente tipificada em lei (JAPIASSÚ; SOUZA, 2015, p. 277). Desta forma, a conduta praticada necessariamente já passa por um exame de culpabilidade, visto que o próprio excesso é tipificado enquanto crime no ordenamento. Desta forma, em muitos desses casos, o tal excesso exculpante nada mais é do que o exercício de uma excludente de culpabilidade na análise dos elementos do crime praticado.

Paralelamente, ao falarmos do exercício regular de direito, voltamos a questão subjetiva da análise quanto aos critérios adotados. Com efeito, conforme apontado no capítulo anterior, os critérios do excesso vão estar equiparados ao direito exercido, ou seja, varia com cada forma de conduta amparada pela discriminante. A forma de avaliar a culpabilidade de eventual excesso, portanto, deverá analisar os três elementos da culpabilidade e constatar se os três estão presentes, para que assim a conduta seja criminosa.

2.1.1 Erro de Proibição

Conforme tratado anteriormente, a análise da culpabilidade da conduta contém três elementos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial conhecimento da ilicitude. No entanto, na doutrina, ao se falar em excesso exculpante, o elemento que fica em evidência é a exigibilidade de conduta diversa, uma vez que sua causa seria resultante de um estado de “medo, surpresa ou perturbação do ânimo” (NUCCI, 2019a, p. 513), sendo a culpabilidade excluída por essa razão. O mesmo pode-se dizer sobre o estado de necessidade exculpante, que também poderia ser justificado pela inexigibilidade de conduta diversa (JAPIASSU; SOUZA, 2015, p. 270).

Contudo, a conduta punível, para ser considerada culpável, deverá satisfazer os três elementos concorrentemente, do contrário não será passível de sanção penal (BITENCOURT, 2021, p. 461). Portanto, considerando que o excesso não pode ser punível se não culpável, o excesso poderá ser exculpante também nos casos das demais excludentes de culpabilidade.

Desta forma, pela análise de potencial conhecimento da ilicitude, também seria exculpante o excesso amparado por erro inevitável.

Dentro da teoria do erro no Direito Penal Brasileiro, temos o erro de tipo e o erro de proibição. No entanto, ao falarmos de potencial conhecimento da ilicitude, ou seja, um dos elementos da culpabilidade do agente, estamos falando especificamente do erro de proibição inevitável, previsto no artigo 21 do Código Penal (BRASIL, 1940). Segundo o dispositivo, o erro inevitável sobre a ilicitude isenta de pena.

Imperioso notar, primeiramente, que o próprio artigo supramencionado deixa claro que “o desconhecimento da lei é inescusável” (BRASIL, 1940). Desta forma, é importante ressaltar a diferença entre o erro quanto a lei e o erro quanto a ilicitude. Para que haja o erro de proibição, que se materializa na ignorância da antijuridicidade, o agente pode conhecer a lei, porém se equivocar no juízo da conduta, achando que ela não é ilícita, imaginando estar amparado pela norma (JAPIASSU; SOUZA, 2015, p. 313).

Ademais, como já destacado, para excluir a culpabilidade, o erro de proibição deve ser escusável, tratado no Código Penal como “inevitável” (BRASIL, 1940). Para ilustrar do que consiste o erro escusável, ou inevitável, em detrimento do erro inescusável, ou evitável, Nucci (2019a, p. 567-568) distingue os conceitos de consciência da ilicitude entre “atual” e “potencial”. A consciência atual da ilicitude diz respeito à capacidade do agente, nas circunstâncias, de conhecer o caráter ilícito da conduta praticada. Já a consciência potencial da ilicitude trata não apenas da capacidade de compreensão do agente no momento da conduta, mas de sua própria condição de conhecer a antijuridicidade. Ou seja, se o agente não tem conhecimento potencial da ilicitude, ele não conhece, nem teria como conhecer, enquanto uma pessoa ordinária em sociedade, a ilicitude da conduta no caso concreto com suas eventuais particularidades, logo, não será culpável.

Diante disso, para que o erro de proibição seja uma causa de excludente de culpabilidade do excesso punível do artigo 23, parágrafo único do Código Penal (BRASIL, 1940), seria necessário que o agente não tivesse condições de conhecer a ilicitude do excesso no caso concreto, resultando em erro escusável quanto à proibição da conduta praticada.

Nesse sentido, Japiassú e Souza (2015, p. 314-315) trazem como uma espécie de erro de proibição o erro de proibição indireto, que seria o erro de proibição relacionado às causas de justificação, ou seja, seria mais propriamente um erro de permissão, uma vez que o agente agiria sobre a suposição de que estaria amparado por uma excludente de ilicitude prevista em lei. Nesse caso, segundo os autores, o erro poderia ser sobre a existência da causa de justificação, seus pressupostos fáticos ou seus limites.

Desta feita, resta evidente que nos casos em que o agente incorre em erro de proibição indireto e inevitável quanto aos limites de uma discriminante existente, supondo que o momento inicial da conduta esteja amparado pela causa de justificação, estaríamos diante de um excesso típico e antijurídico, porém não culpável. Em outras palavras, evidenciaríamos uma espécie de excesso exculpante por erro de proibição inevitável.

Com efeito, não seria impossível uma hipótese de erro inevitável quanto aos limites da legítima defesa, por exemplo. Embora o valor social da causa de justificação seja notório, a compreensão dos seus limites pode variar significativamente para indivíduos de outras culturas e países.

Ademais, mesmo para brasileiros, a possibilidade de erro quanto aos limites da discriminante é perfeitamente possível, justamente pelo que aborda no presente trabalho. Uma vez que o conceito de excesso é tratado como requisito de razoabilidade e subjetividade, ou seja, uma vez que os próprios operadores do direito têm dificuldade de definir objetivamente os limites exatos de uma excludente, o erro quanto a eles parece perfeitamente escusável em determinadas situações, principalmente em casos que necessitem de uma análise minuciosa.

2.1.2 Erro de Tipo – Discriminante Putativa

Ainda no âmbito da teoria do erro, nós temos também o erro de tipo, que quando inevitável também afasta a imputação de crime. No entanto, diferentemente do erro de proibição, o erro de tipo não exclui a culpabilidade. Bitencourt (2021, p. 538) define o erro de tipo como “a falsa percepção da realidade sobre um elemento do crime”, desta forma excluindo, em regra, o dolo da conduta, visto que o agente não tem intenção de produzir um resultado que ele sequer compreende.

No entanto, como apontam Japiassú e Souza (2015 p. 304), no caso de erro de tipo invencível, ou inevitável, sequer é possível imputar culpa ao agente, visto que não existe imprudência, negligência ou imperícia que demonstrem quebra do dever objetivo de cuidado, elemento essencial do tipo culposo (BITENCOURT, 2021, p. 395). Portanto, conclui-se que o erro de tipo invencível não exclui a culpabilidade, mas a própria tipicidade da conduta.

O erro de tipo está previsto no artigo 20 do Código Penal. *Verbis*.

Erro sobre elementos do tipo

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Discriminantes putativas

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo. (BRASIL, 1940).

Como pode-se notar no texto legal, a própria lei já reconhece o erro de tipo aplicado a uma causa de justificação da antijuridicidade, conceituando a discriminante putativa. Nucci (2019a, p. 569) define a discriminante putativa como a excludente de ilicitude que o agente acredita estar presente, por incorrer em erro quanto aos pressupostos fáticos, em uma situação em que ela não se configura.

Da mesma forma que o agente pode acreditar de forma escusável que está amparado por uma excludente, é perfeitamente plausível que ele possa incorrer no mesmo tipo de erro quanto ao fim do fato constitutivo de uma causa legítima de justificação. Ou seja, o agente, inicialmente amparado por uma causa de justificação, erra quanto aos elementos fáticos e acredita ainda estar agindo dentro da discriminante, quando não está mais, cometendo um excesso.

Uma situação hipotética que permite delimitar tal possibilidade de erro de forma mais concreta é uma de legítima defesa. A legítima defesa cessa com o fim da injusta agressão, que é pressuposto fático constitutivo da discriminante. No entanto, o agente, no curso da defesa, pode acreditar que a injusta agressão ainda não cessou, se enganando quanto à alguma ação reflexa do agressor no momento da defesa, desta forma prosseguindo com a defesa e cometendo o excesso. Nesse caso deverá haver o exame da conduta para que se determine se houve culpa, de forma a determinar se o erro foi vencível ou invencível. Desta, forma, o erro de tipo pode excluir o dolo, ou mesmo a tipicidade do excesso, isentando o autor de pena.

Nota-se que na situação supracitada, bem como na anteriores deste capítulo, às causas de exclusão da culpabilidade, ou mesmo da tipicidade, quando configuradas, não significam que o agente tenha agido de forma legítima dentro das excludentes nos termos legais. Em outras palavras, pelos critérios objetivos legais, houve um excesso, a análise posterior diz respeito a culpabilidade e tipicidade do excesso eventualmente configurado, que são elementos essenciais do delito. Em suma, parece que todos os critérios de razoabilidade no reconhecimento das discriminantes podem ser tratados como o exame dos elementos do excesso punível, o que delimita o conceito de excesso no Direito Penal Brasileiro de acordo com a lei.

2.2 EXCESSO NO DIREITO PENAL MILITAR

Tratando de excesso nas excludentes de ilicitude, é inevitável analisar sua aplicação quanto aos agentes de segurança pública. Nessa ótica, é evidente no debate jurídico, bem como na conjectura política, que o exercício das discriminantes, bem como a constituição de

eventuais excessos, quando se trata do Estado, é absolutamente relevante para a própria garantia do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, a atuação do Estado, mais precisamente a atuação de agentes de segurança em policiamento ostensivo, é de extrema pertinência, uma vez que se trata do exercício do monopólio estatal da violência. Os agentes de segurança que exercem tal função estão elencados e discriminados quanto a sua função no artigo 144 da Constituição Federal:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:"

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 5º-A. Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais. (BRASIL, 1988) (grifo meu)

Pelo que se pode aferir pela rápida leitura do dispositivo legal, a função de policiamento ostensivo é exercida nas rodovias, pela Polícia Rodoviária Federal e nas ferrovias, pela Polícia Ferroviária Federal. No entanto, nota-se que a polícia que detém a função mais extensiva de

policciamento ostensivo, bem como a única que possui atribuição de preservação da ordem pública, é a Polícia Militar.

Em função do supramencionado, a simples análise dos dispositivos legais contidos na parte geral do Código Penal (BRASIL, 1940) não é suficiente para analisar com precisão a operação do Direito Penal no Brasil quanto aos excessos das causas de justificação, uma vez que a polícia responsável pelo policiamento ostensivo e preservação da ordem é a Polícia Militar e seus agentes, que, dependendo da natureza do crime, serão julgados de acordo com as disposições do Código Penal Militar.

Ainda elucidando a relevância da análise dos dispositivos do Código Penal Militar, é necessário esclarecer quando que um crime cometido por um agente de segurança da Polícia Militar será considerado como crime militar, consequentemente sendo julgado segundo as disposições da legislação penal militar que ora se analisa.

O artigo 9 do Código Penal Militar (BRASIL, 1969) define os crimes militares em tempos de paz:

- Art. 9.º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
- I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;
 - II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:
 - a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
 - b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
 - c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;**
 - d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
 - e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;
 - f) (Revogado pela Lei 9.299/1996.);
 - III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério Militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

§ 1.º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

§ 2.º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica;

b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;

c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar; e

d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. (BRASIL, 1969) (grifo meu)

Como pode-se verificar, o dispositivo transcrito consta em seu inciso II as hipóteses de crimes cometidos por militar da ativa. Para fins do sustentado a respeito do policiamento ostensivo, a alínea mais relevante é a alínea “c”, que trata do crime cometido por militar em serviço. Em regra, conforme previsto na alínea “b”, o crime praticado por militar da ativa contra civil apenas será considerado delito militar quando praticado em área de administração militar.

No entanto, conforme aponta Nucci (2019b, p. 37), na alínea “c”, não existe apenas o requisito do militar estar em atividade, mas mais especificamente quanto à atividade do militar no momento do crime. Desta feita, conforme a determinação legal, estando o militar em serviço, não importa o local ou a situação militar da vítima, o crime será militar. A hipótese do crime praticado por militar em serviço, portanto, é exatamente compatível com excessos cometidos por policiais militares contra civis no exercício do policiamento ostensivo e preservação da ordem pública.

Ademais, conforme se demonstrará no presente trabalho, embora ambos os códigos se baseiem nos mesmo princípios gerais em Direito Penal, existem diferenças significativas entre os diplomas legais, mesmo na parte geral, especialmente quanto ao excesso das excludentes de ilicitude e elementos da culpabilidade, o que se revela de extrema relevância para a pesquisa.

2.2.1 Modalidades de Excesso no Código Penal Militar

O Código Penal Militar (BRASIL, 1969) traz a previsões quanto ao excesso culposo ou doloso de forma separada. O dispositivo quanto ao excesso doloso está previsto no artigo 46:

Excesso doloso

Art. 46. O juiz pode atenuar a pena ainda quando punível o fato por excesso doloso. (BRASIL, 1969)

É evidente a primeira grande e espantosa diferença entre o dispositivo transcrito e as disposições do Código Penal (BRASIL, 1940). Com efeito, o Código Penal Militar prevê a possibilidade do magistrado atenuar a pena no caso do agente exceder propositalmente a discriminante, cometendo ilícito penal voluntariamente, quando no Código Penal sequer há previsão diminuição da pena por excesso exculpante. Nucci (2019b, p. 101) critica o dispositivo, afirmando que a disposição “é incompreensível, tendo em vista a clara intenção do agente de praticar o ilícito”. Nessa perspectiva, não parece haver motivo ou argumento fundado nos princípios gerais de Direito Penal que justifiquem a concessão da atenuante.

O excesso culposo está previsto no artigo 45 do Código Penal Militar:

Excesso culposo

Art. 45. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa.

Excesso escusável

Parágrafo único. Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação. (BRASIL, 1969)

Além da previsão do excesso culposo no artigo 45, o dispositivo legal traz em seu parágrafo único a previsão do excesso escusável, que nada mais é do que o excesso exculpante. No entanto, ao contrário do projeto mencionado no início do presente capítulo (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2019), o conteúdo da legislação militar já trata o eventual excesso exculpante como não punível, enquanto o projeto previa a possibilidade o juiz reduzir a pena ou deixar de aplicá-la. Além disso, nota-se que as disposições do dispositivo do Código Penal Militar quanto ao que define o fato causador do excesso escusável são consideravelmente mais vagas, trazendo um leque mais abrangente de interpretação principalmente quanto a “perturbação de ânimo”.

Um ponto interessante sobre a discussão da inclusão da previsão expressa do excesso exculpante no Código Penal é o fato do maior ímpeto contra a proposta ter sido fomentado com o argumento de que o dispositivo daria mais autonomia para a polícia matar em serviço (SALOMÃO, Excludente de ilicitude: veja o que prevê a proposta anticrime de Sergio Moro, G1, 2019), o que não se verifica na realidade, uma vez que, conforme demonstrado, a Polícia Militar, responsável pelo policiamento ostensivo, já possui a previsão do excesso exculpante na legislação penal militar, inclusive de forma muito mais abrangente e exculpatória do que o texto pretendido pelo projeto para o Código Penal.

Ademais, o Código Penal Militar (BRASIL, 1969) também prevê expressamente o estado de necessidade exculpante do Direito Alemão em seu artigo 39:

Estado de necessidade, com excludente de culpabilidade

Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa. (BRASIL, 1969)

Embora o diploma legal trate o estado de necessidade exculpante especificamente como excludente de culpabilidade, de acordo com os requisitos legais do estado de necessidade, que se reflete na ponderação de bens e direitos juridicamente tutelados definidos como de maior ou menor valor, o estado de necessidade exculpante pode ser visto como o excesso exculpante do estado de necessidade, pelo requisito da inexigibilidade de conduta diversa.

2.2.2 Erro no Direito Penal Militar

Prosseguindo com a análise e comparação dos institutos relevantes para a pesquisa, é mister o exame do erro de proibição, que possui diferenças fundamentais quanto sua aplicação. O Código Penal Militar (BRASIL, 1969) prevê o erro de proibição com a denominação de “erro de direito”, denominação antiga do Código Penal comum (NUCCI, 2019b, p. 77).

O erro de direito está previsto no artigo 35 do Código Penal Militar:

Erro de direito

Art. 35. A pena pode ser atenuada ou substituída por outra menos grave quando o agente, salvo em se tratando de crime que atente contra o dever militar, supõe lícito o fato, por ignorância ou erro de interpretação da lei, se escusáveis. (BRASIL, 1969)

A primeira grande distinção se dá pelo fato do erro de proibição, mesmo que escusável, não excluir a culpabilidade segundo a previsão do Código Penal Militar. Com efeito, o chamado erro de direito escusável tão somente atenua a pena ou a substitui por outra menos grave, porém não isenta o agente da sanção legal, em contraste com o que se determina o Código Penal comum (BRASIL, 1940).

Outro ponto curioso é a aparente ambiguidade semântica na expressão “ignorância ou erro de interpretação da lei”, não restando perfeitamente claro se o adjunto adnominal “da lei” está qualificando ambas as hipóteses, ou apenas o erro de interpretação, o que pode gerar a interpretação de que se admite a ignorância da lei, quando escusável, ao contrário da legislação penal comum. Tal hipótese não parece incoerente, visto que a previsão de erro de direito no Código Penal Militar é tão somente uma atenuante, e que no Código Penal comum existe a atenuante de ignorância da lei no artigo 65, II (BRASIL, 1940)

No entanto, Nucci (2019b, p. 77), comentando precisamente o dispositivo ora analisado do Código Penal Militar, afirma que “o direito impõe o dever de conhecimento da lei, a partir do momento em que ela é publicada no Diário Oficial, tornando-se presumidamente conhecida de toda a sociedade”, descartando a hipótese do artigo tratar da ignorância da lei.

O erro de tipo, embora tenha redação diversa no Código Penal Militar, encontra os mesmos requisitos e particularidades das disposições do Código Penal comum:

Êrro de fato

Art. 36. É isento de pena quem, ao praticar o crime, supõe, por êrro plenamente escusável, a inexistência de circunstância de fato que o constitui ou a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima.

Êrro culposo

§ 1º Se o êrro deriva de culpa, a êste título responde o agente, se o fato é punível como crime culposo.

Êrro provocado

§ 2º Se o êrro é provocado por terceiro, responderá êste pelo crime, a título de dolo ou culpa, conforme o caso. (BRASIL, 1969)

Com efeito, as disposições tem o mesmo sentido em determinar que o erro de tipo exclui a tipicidade da conduta, isentando de pena, fazendo a ressalva da possibilidade do erro ser efeito de culpa do agente, hipótese na qual o agente deverá responder pela modalidade culposa do crime, se houver. Não há previsão expressa quanto ao discriminante putativo no diploma legal em análise. No entanto, quando se examina o excesso punível enquanto conduta delitativa, é perfeitamente plausível a aplicação do dispositivo supramencionado de forma à isentar a pena de eventual legítima defesa putativa ou mesmo do eventual excesso putativo de uma causa de justificação.

Em suma, o que se pôde concluir da análise dos institutos estudados à luz do Código Penal Militar, quanto às suas diferenças frente à legislação penal comum, é primeiramente a existência concreta e expressa do excesso exculpante, de forma absoluta no sentido de isentar a pena quando evidenciada, além da definição mais ampla em comparação ao projeto recente de inclusão do instituto no Código Penal comum (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2019).

Em segundo lugar, o erro de proibição na legislação militar não exclui a culpabilidade do agente, apenas atenuando a pena, o que permite a conclusão de que o erro de proibição indireto, no âmbito militar, quanto aos limites das discriminantes, mesmo que escusável, não isentaria de pena o eventual autor inicialmente amparado pela causa de justificação.

Por último, é importante ressaltar, mesmo que não diga respeito a punibilidade do excesso eventualmente praticado, a disposição do artigo 46 do Código Penal Militar (BRASIL, 1969), que permite que o magistrado atenua a pena mesmo em caso de excesso doloso, permitindo uma atenuante pelo simples fato do autor estar amparado pela discriminante no primeiro momento, mesmo ele voluntariamente excedendo a mesma e cometendo ilícito penal doloso.

Portanto, quanto à análise da exclusão da culpabilidade do excesso, o Código Penal Militar é mais brando nas hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa, e mais punitivo nas hipóteses de potencial conhecimento da ilicitude, que sequer isentam de pena.

CAPÍTULO 3: APLICAÇÃO PRÁTICA E CRITÉRIOS OBJETIVOS

3.1. CRITÉRIOS OBJETIVOS DO EXCESSO NA JURISPRUDÊNCIA

Por fim, superada a pesquisa doutrinária e a revisão da literatura, passo à análise prática da aplicação dos elementos estudados na operação cotidiana do direito, ou seja, na jurisprudência pátria.

3.1.1. Legítima defesa

Em relação aos critérios de legítima defesa, a análise dos critérios objetivos quanto aos limites da discriminante, segundo a jurisprudência, sem atem especificamente aos meios necessário e a moderação dos meios.

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DA LEGÍTIMA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO UTILIZAÇÃO DOS MEIOS NECESSÁRIOS PARA REPELIR INJUSTA E ATUAL AGRESSÃO. DESCLASSIFICAÇÃO LESÃO CORPORAL SIMPLES. NÃO ACOLHIMENTO. 1. Demonstrado, por meio do conjunto fático-probatório carreado aos autos, especialmente as declarações de testemunha presencial e prova pericial, que o réu, **ao revidar as agressões perpetradas pela vítima, desferiu-lhe uma "paulada" na cabeça**, que a fez cair no chão, vindo a óbito em seguida, configurado está o crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do Código Penal), não havendo que se falar em legítima defesa, eis que **não evidenciado a utilização dos meios estritamente necessários para repelir a injusta e atual agressão**. 2. Evidenciado o nexo de causalidade entre a lesão corporal e o falecimento da vítima e sendo previsível o resultado morte, já que o golpe com utilização de segmento de madeira foi direcionado à região da cabeça da vítima, não há que se falar em desclassificação para o delito de lesão corporal leve. 3. Recurso conhecido e não provido.

(BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2016) (grifo meu)

O julgado transcrito acima exemplifica um caso claro em que o meio utilizado para o exercício da defesa não era o meio estritamente necessário, uma vez que, apesar de disponível e suficiente, não era indispensável (JAPIASSÚ; SOUZA, 2015, p. 274) para repelir a agressão injusta, visto que, considerando que no momento a vítima se encontrava desarmada, o uso de um pedaço de madeira é mais danoso ao agressor do que outros meios de defesa disponíveis se considerada a natureza da agressão, restando configurado o excesso punível.

Paralelamente, quando o meio de defesa foi considerado proporcional à agressão a legítima defesa restou configurada.

LESÃO CORPORAL. LEGÍTIMA DEFESA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Considerando o que prevê o artigo 386, VI, do Código de Processo Penal (existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência), confirma-se a decisão absolutória, pois, como afirmou o Julgador em sua sentença, através das provas acostadas nos autos, conclui-se que houve uma briga, com agressões mútuas entre a vítima e o acusado, não sendo possível identificar, com certeza, quem efetivamente deu início às agressões. DECISÃO: Apelo ministerial desprovido. Unânime.

(BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2017)

No julgado de ementa supratranscrita, no teor do acórdão, é possível verificar tratar-se de uma briga de bar, na qual o autor desferiu facadas contra a vítima, eventual agressor. No entanto, como é possível verificar escamoteado no acórdão, a vítima também estava armada com uma foice.

Nesse sentido, o relator Desembargador Sylvio Baptista Neto afirma em seu voto que “merece prosperar a tese da legítima defesa [...] na medida que ao que tudo indica a vítima não estava desarmada e o acusado também restou lesionado” (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2017), ou seja, considerando que a vítima atacava o acusado com uma foice, as facadas foram consideradas pelo magistrado como o uso moderado de um meio necessário, o que encontra perfeito embasamento legal.

Em que pese as situações em que resta evidente a existência ou não do excesso, existem também situações nas quais os conceitos parecem entrar em conflito.

APELACAO CRIME. HOMICIDIO. JURI. RECONHECIDO O EXCESSO DOLOSO NO EXERCICIO DA LEGITIMA DEFESA, QUANDO FOI DADO UM SO TIRO NA VITIMA, A DECISAO DOS JURADOS AFRONTOU A PROVA DOS AUTOS, MERECENDO SER A DECISAO CASSADA. RECURSO PROVIDO PARA SUBMETER O REU SERAFIM PEREIRA DE SOUZA A NOVO JULGAMENTO. NEGADO PROVIMENTO QUANTO AOS OUTROS REUS.

(BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná, 1994)

No julgado em análise, o tribunal cassou a decisão do conselho de sentença no tribunal do júri, por entender que a decisão foi contra prova da instrução do processo. No entanto, a prova no processo era tão somente que o autor havia acertado um único tiro na vítima, o que não necessariamente significa que não houve excesso punível. Ademais, é competência do júri definir se houve ou não excesso doloso ou culposo, o que efetivamente foi feito. Desta forma, o Desembargador Relator definiu que, baseado na sua interpretação dos autos e na sua interpretação de constituição de excesso na excludente de ilicitude, o júri havia afrontado prova dos autos, cassando a decisão legalmente soberana dos jurados.

Desta forma, a divergência interpretativa da constituição do excesso causou uma situação aparentemente problemática, uma vez que é competência do júri a análise das provas e decisão quanto à existência ou não de um excesso. Conforme apresentado na revisão de literatura do presente trabalho, o simples fato de haver prova nos autos de que a vítima foi alvejada uma única vez por uma arma de fogo não é prova manifesta e inequívoca da necessidade do meio, ou mesmo da moderação de sua utilização, não havendo o que se falar em afronta a prova dos autos por parte da decisão do conselho de sentença.

Outro ponto encontrado com certa frequência na jurisprudência são elementos subjetivos de tipicidade do excesso. Mesmo o excesso claramente constituído, é necessária a comprovação de dolo ou culpa. Com efeito, a decisão quanto à prática do excesso punível depende do elemento subjetivo, baseado na vontade e conhecimento do autor, sendo tão essencial quanto os critérios objetivos.

HABEAS CORPUS. JÚRI. ALEGADA NULIDADE POR SUPOSTA CONTRADIÇÃO ENTRE QUESITOS. AUSÊNCIA DE PROTESTO DAS PARTES. PRECLUSÃO DA FACULDADE PROCESSUAL DE IMPUGNAR. PRECEDENTES. PEDIDO INDEFERIDO. OMISSÃO, CONTUDO, DO JUIZ-PRESIDENTE NA FORMULAÇÃO DE QUESITO PERTINENTE AO EXCESSO PÚNIVEL. FALTA DE QUESITO JURIDICAMENTE RELEVANTE E ABSOLUTAMENTE IMPRESCINDÍVEL NO REGIME ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI nº 11.689/2008. CAUSA DE NULIDADE INSANÁVEL DO JULGAMENTO DE QUE RESULTOU A CONDENAÇÃO PENAL DO RÉU. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NA IMPETRAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA INVALIDAR A CONDENAÇÃO PENAL.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011)

No julgado ora analisado, do Supremo Tribunal Federal, a Turma decidiu pela invalidação da condenação penal do Réu pela ausência de quesito relativo ao dolo e culpa do excesso constituído. Nota-se no inteiro teor do acórdão que o excesso foi evidente, uma vez que o autor descarregou a arma de fogo contra a vítima, chegando a afirmar o Ministro Relator Ayres Britto que o Réu “não atirou mais porque não tinha mais projétil” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011). Mesmo evidenciado claramente o excesso, pela simples falta de quesito que questionasse quanto ao elemento subjetivo do excesso, ou seja, dolo ou culpa, foi decretada a nulidade do julgamento.

3.1.2. Demais excludentes de ilicitude

No caso das demais excludentes, a jurisprudência é mais escassa sobre a questão do excesso punível. No entanto, quando presentes, os requisitos dos julgados parecem encontrar embasamento nos critérios objetivos legais.

Em relação ao estado de necessidade, os limites sempre se apresentam na forma de ponderação entre o direito ameaçado e o sacrificado, com algumas particularidades interessantes.

PENAL - FURTO QUALIFICADO - AUTORIA - DELAÇÃO DE CO-RÉU - TESTEMUNHAS - AUTORIA PROVADA - FURTO FAMILÍCO - ESTADO DE NECESSIDADE - EXCESSO - CONDENAÇÃO MANTIDA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE - CRIME IMPOSSÍVEL - MEIO RELATIVAMENTE EFICAZ - CONDENAÇÃO MANTIDA - PRIVILÉGIO - REQUISITOS PREENCHIDOS - CABIMENTO - TENTATIVA - QUANTUM DA REDUÇÃO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - REDUÇÃO MÁXIMA - CABIMENTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A delação de co-réu, aliada aos depoimentos dos seguranças do estabelecimento vitimado, sustentam a prolação de édito condenatório por crime de furto. O princípio da insignificância não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, que se contenta com a tipicidade formal, porque forjado em realidade distinta, onde a reiteração de pequenos delitos não se apresenta como problema social a ser enfrentado também pela política criminal. **O fato praticado em estado de necessidade deve se conter nos estreitos limites do perigo existente para o bem jurídico valioso para o réu, respondendo por excesso o agente que, experimentando dificuldades econômicas, subtrai gêneros alimentícios em quantidade superior à necessária para aplacar a fome.** O simples fato de o agente ter os seus passos observados por fiscais de segurança é insuficiente para que se considere o meio eleito para a prática de furto como absolutamente inidôneo, porquanto, ainda que mínima, existe possibilidade de fuga, de modo a afastar a incidência do art. 17, do CP. Presentes os requisitos previstos no art. 155, § 2º, do Código Penal, tem direito o réu a ver-se beneficiado pela forma privilegiada do crime de furto. A eleição do quantum de redução de pena em razão da tentativa deve vir acompanhada da respectiva fundamentação, sob pena de, na ausência de recurso da Acusação, impor-se a redução no grau máximo. Recurso parcialmente provido.

(BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2010) (grifo meu)

A ementa supratranscrita traz o caso de um furto cometido em estado de necessidade. Naturalmente o direito a vida tem mais valor do que o direito patrimonial do estabelecimento, no entanto, no caso dos autos, o agente subtraiu uma quantidade de bens superior à necessária para sua subsistência, excedendo os limites da discriminante. Ao subtrair quantidade superior, os bens jurídicos sacrificados, patrimoniais da vítima, se tornam de maior valor em relação aos bens do autor, que deixam de ser a vida a partir do momento que existe um sacrifício maior do que o necessário para salvar o bem jurídico ameaçado.

TORTURA CASTIGO. LEGÍTIMA DEFESA NO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. O policial militar que desfere golpes de cassetete para desarmar suspeito que reage à abordagem não realiza crime de tortura castigo, quando demonstrada situação de legítima defesa no estrito cumprimento do dever legal. CONCLUSÃO. Recurso provido para absolver os apelantes. Parecer desacolhido.

(BRASIL, Tribunal de Justiça de Goiás, 2017)

O julgado trata de uma situação de estrito cumprimento do dever legal. Os agentes de segurança acertaram a vítima, que estava resistindo a prisão, diversas vezes com o cassetete para desarmada e fazê-la cooperar com a prisão. Os agentes foram condenados em primeira instância pelo crime de tortura castigo, previsto no artigo 1º, II da Lei 9.455/97:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos. (BRASIL, 1997) (grifo meu)

A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Goiás entendeu que não houve crime, uma vez que os agentes agiram no estrito cumprimento do dever legal. No teor do acórdão é determinado que houve a discriminante, no entanto não se fala em excesso, o que parece no mínimo algo a se deliberar considerando os fatos narrados referentes ao caso concreto.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS EM DESFAVOR DO RECORRENTE. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. 1. Em sede de habeas corpus e de recurso ordinário em habeas corpus somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a manifesta ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta. 2. Na espécie, a vestibular narrou a conduta do recorrente, consignando que, mediante arrombamento subtraiu parte da plantação de eucaliptos pertencente à vítima. 3. A análise da alegada ausência de provas em desfavor do réu, que seria o real proprietário da madeira supostamente furtada, demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada na via eleita. Precedentes. 4. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no reclamo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente. REVELIA. RÉU DEVIDAMENTE INTIMADO PARA A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. APRESENTAÇÃO DE ATESTADO MÉDICO QUE NÃO COMPROVOU A IMPOSSIBILIDADE DE

COMPARECIMENTO AO ATO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 367 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. 1. De acordo com o artigo 565 do Código de Processo Penal, "nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse". 2. Inexiste qualquer ilegalidade no decreto de revelia do acusado cujo atestado médico não comprovou que estava, de fato, impossibilitado de comparecer à audiência de instrução, e que, mesmo após ser devidamente intimado, não compareceu à assentada. Precedente. 3. Recurso desprovido.

(BRASILA, Superior Tribunal de Justiça, 2018)

O julgado supra traz uma situação interessante. No caso dos autos, o agente entrou na propriedade da vítima e mandou que seus funcionários subtraíssem eucaliptos que lá estavam. No entanto, pelo que alega o Réu, as madeiras supostamente furtadas eram de sua propriedade, logo teria agido no exercício regular de direito, uma vez que não é ilícito subtrair bem próprio, visto que a ação sequer satisfaz o tipo penal a ela imputada. No entanto, visto que esse acórdão foi proferido em sede de *Habeas Corpus* com o objetivo de trancar a ação penal, os ministros decidiram por não acolher a pretensão do recorrente, visto que não havia prova inequívoca de sua propriedade, fato que deveria ser discutido nos autos da ação penal, que não deveria ser trancada.

3.1.3. Excesso exculpante

Uma das questões mais relevantes da pesquisa jurisprudencial é quanto ao excesso exculpante. Apesar de não haver previsão expressa no Código Penal comum, o ordenamento e os princípios de Direito, conforme tratado anteriormente, permitem a aplicação de excesso exculpante enquanto causa supralegal de exclusão da culpabilidade do excesso.

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA ANTE A CONFIGURAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA. POSSIBILIDADE. CONTEXTO FÁTICO QUE EVIDENCIA QUE O RECORRENTE AGIU EM LEGÍTIMA DEFESA DE TERCEIRO. EXCESSO EXCULPANTE NA LEGÍTIMA DEFESA. ACUSADO QUE VIU A SEGURANÇA DE SEU FILHO AMEAÇADA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I Restou cabalmente demonstrado que o acusado agiu em legítima defesa de terceiro, tendo em vista que seu filho estava sofrendo agressão injusta e atual, pois a vítima o agrediu, o ameaçou de morte e por fim apontou uma arma de fogo para sua cabeça, momento em que o réu interviu, entrou em vias de fato com o ofendido, conseguiu desarmá-lo e deflagrar disparos da arma de fogo em face dele. II **Ademais,**

o fato de o acusado ter deflagrado 11 (onze) tiros não obsta o reconhecimento da legítima defesa, restando configurado em verdade uma legítima defesa com excesso exculpante, caracterizada quando o agente age com excesso para repelir agressão injusta, porém, diante das circunstâncias do caso concreto, seria inviável exigir dele conduta diversa. III Recurso conhecido e provido.

(BRASIL, Tribunal de Justiça das Alagoas, 2019)

O acórdão de ementa transcrita acima trata de um caso no qual o acusado desarmou a vítima e disparou onze vezes contra ela. O recurso foi provido reconhecendo a existência de excesso exculpante, visto que a vítima estava ameaçando o filho do acusado com a arma de fogo na cabeça e que o acusado agiu sobre forte emoção para salvar a vida do filho, desarmando o agressor e disparando contra ele. O entendimento da Câmara foi de que não era exigível que nesse momento o acusado agisse de forma diversa, reconhecendo o excesso exculpante e determinando a absolvição sumária do acusado.

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. LEGÍTIMA DEFESA. EXCLUDENTE DE ILICITUDE NÃO CONFIGURADA. EXCESSO EXCULPANTE. RECONHECIMENTO IMPOSSÍVEL. CONDENAÇÃO MANTIDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO LEVE. DEFORMIDADE PERMANENTE CONFIRMADA POR LAUDO PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1 "Exige a legítima defesa que o uso dos meios necessários seja o suficiente para repelir a agressão. Pode variar de simples admoestação enérgica até o uso de violência. Entende-se que, na verdade, o agente deve utilizar, entre os meios de que dispõe para sua defesa, no momento da agressão, aquele que menor lesão pode causar. Além disso, é necessário que seja moderado na reação, que não use o meio de forma a cometer excesso na defesa; só assim estará caracterizada a discriminante" (Júlio Fabbrini Mirabete, 2012). 2 "Só se pode cogitar do excesso exculpante quando o agente, em legítima defesa, se excede no uso dos meios de forma justificável em razão de medo, surpresa ou perturbação de ânimo. A ausência de configuração da excludente de ilicitude não permite que se reconheça o excesso"

(BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2017)

No mesmo sentido, porém em determinação contrária, o julgado supra determina que o Réu não agiu com excesso exculpante, uma vez que não foi acometido por medo ou surpresa. No caso o Réu se defendeu de tapas da vítima, uma mulher com quem mantinha relações, com fortes socos na cabeça e na nuca, causando danos de natureza gravíssima. Segundo o Relator, considerados os fatos e a circunstâncias, não resta comprovado que o Réu se encontrava em situação de medo ou surpresa extrema e que não há o que se falar em excesso exculpante.

Acolhendo ou não a pretensão recursal, o reconhecimento do instituto do excesso exculpante é abundante na jurisprudência, a ponto de ser tratado pelos magistrados como norma incontroversa de Direito. Tal evidência aponta novamente para a incoerência da polêmica política quanto à inclusão do excesso exculpante no texto legal, uma vez que ele não só já existe na legislação penal militar, como é aplicado em abundância no Direito Penal comum no contexto da operação do Direito no poder judiciário.

Quanto ao estado de necessidade exculpante, a tese é menos aceita na jurisprudência no âmbito penal comum, porém é reconhecida como válida e existente.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ABSOLVIÇÃO - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE - DIFICULDADES FINANCEIRAS - PROBLEMA DE SAÚDE - EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - TRÁFICO PRIVILEGIADO - HEDIONDEZ AFASTADA - REGIME PRISIONAL, ABRANDAMENTO PARA O ABERTO - CABIMENTO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - REQUISITOS PREENCHIDOS. 1. **A exclusão da culpabilidade amparada na inexigibilidade de conduta diversa caracterizada pelo estado de necessidade exculpante é exceção; referida supressão tem eficácia apenas em situações muito específicas, sob o infortúnio de sua utilização indiscriminada banalizar as situações típicas.** 2. **A precária situação financeira da acusada, aliada a alegada necessidade de tratamento de saúde de filha, não induz à caracterização do estado de necessidade exculpante a justificar o tráfico de drogas em presídio e, assim, excluir a culpabilidade do comportamento por ela praticado.** 3. O tráfico privilegiado não deve ser considerado crime de natureza hedionda, conforme hodierna orientação do STF. 4. Considerando a pena aplicada, a primariedade do agente e a natureza da droga, viável a fixação do regime mais brando, que se mostra suficiente à ressocialização do agente e à reprovação do crime. 5. Preenchidos os requisitos legais e sendo a medida socialmente recomendável, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. V.V.: 1. **A configuração da causa supralegal de exclusão da culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa deve ser analisada no caso concreto, examinando-se se era juridicamente exigível comportamento diverso daquela pessoa específica, na concreta situação em que se encontrava.** 2. Comprovado, no caso concreto, que a conduta não foi fruto de decisão livre da acusada, mas de verdadeiro e compreensível desespero, tratando-se de mãe de uma criança recém-nascida com graves problemas de saúde, sem condições econômicas de arcar com os custos do tratamento cirúrgico necessário, tendo agido sob pressão psicológica imposta pela situação, constata-se a ausência de culpabilidade, pois, mesmo sendo possível conduta diversa, esta era inexigível daquela pessoa, naquela concreta situação. 3. O regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade pela prática do tráfico justifica-se pela significativa quantidade de substância apreendida. 4. A substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos é possível no crime de tráfico de drogas, considerando os requisitos pertinentes e a quantidade e características das substâncias apreendidas. A significativa quantidade de drogas apreendida não recomenda a conveniência da substituição da pena.

(BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2018)

No julgado acima, o Relator votou pela absolvição da Ré, entendendo procedente a alegação defensiva de estado de necessidade exculpante. Na fundamentação do voto, o relator afirma que a decisão não foi fruto de livre vontade da Ré, uma vez que ela cometeu o ilícito para poder fornecer tratamento médico à sua filha. Afirma o relator que “a conduta da ré, típica e ilícita, carece de culpabilidade, na medida em que não lhe era exigível comportamento diverso” (BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2018).

No entanto, o relator teve seu voto vencido pela Câmara, que rejeitou a alegação de estado de necessidade exculpante, embora tenham reconhecido no voto a sua existência e aplicabilidade excepcional no Direito Penal Brasileiro.

3.1.4. Erro de proibição indireto

Quanto ao erro de proibição indireto, mais especificamente o erro quanto aos limites de uma causa de justificação, a jurisprudência também parece reconhecer o instituto.

PORTE ILEGAL DE ARMA - CULPABILIDADE COMPROVADA - EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - ERRO DE PROIBIÇÃO INDIRETO - LIMITES DA LEGÍTIMA DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA - INESCUSABILIDADE - PROVIMENTO NEGADO. É perfeitamente exigível ao apelante comportar-se de maneira diversa daquela consistente em “portar arma de fogo”, de forma ilegal, quando tinha ao seu alcance outros meios para resguardar sua integridade física. Não constitui erro de proibição indireto ou “erro de permissão” o porte ilegal de arma de fogo, ao mero argumento de se proteger de ameaça futura e incerta, acreditando o agente estar sua conduta abrangida pela excludente de ilicitude da legítima defesa.

(BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2008)

No caso em tela, em que o Réu foi condenado por porte ilegal de arma, este alegou que acreditava estar amparado pela legítima defesa ao comprar a arma, visto que estava sofrendo ameaças na região, desta forma alegando erro de proibição indireto. A Câmara entendeu pelo não provimento do recurso, visto que o Réu é um cidadão esclarecido, graduado em economia e que dificilmente não sabia estar agindo de ilicitamente de forma escusável.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou verificar a delimitação de critérios objetivos para a caracterização e posterior punibilidade do excesso nas excludentes de ilicitude, previsto no artigo 23, parágrafo único, do Código Penal (BRASIL, 1940). Nesse sentido, a análise foi primeiramente dos institutos legais, da doutrina especificamente aplicada a eles e posteriormente a verificação de existência dos conceitos estudados na prática cotidiana da operação do Direito no Brasil.

A hipótese inicial que motivou a elaboração do trabalho era a de que não era possível delimitar o conceito do excesso nas causas de justificação da antijuridicidade, uma vez que se baseava em conceitos essencialmente abstratos e ligados a natureza específica do delito eventualmente praticado, o que na prática poderia causar violação de princípios penais relacionados à isonomia e o Direito Penal do autor.

Quanto aos critérios legais, foi possível delimitar conceitos objetivos e subjetivos estritos, certos e escritos na lei penal, sendo possível a categorização da conduta excessiva de forma imediata no exame dos elementos da discriminante. Desta forma, caracterizando a incidência do excesso punível tão somente nos critérios legais, a configuração do mesmo pode ser definida de forma precisa.

O ponto que a princípio se mostrou mais contrário à possibilidade de delimitação dos critérios foi a doutrina. Com efeito, conforme apresentado no trabalho, alguns doutrinadores afirmam veementemente a impossibilidade de determinar com clareza o que constitui o excesso, com fulcro em um critério de razoabilidade que deferia ser aplicado pelo magistrado em observância à natureza humana do agente.

No entanto, conforme se verificou, tal critério de razoabilidade contém as mesmas características do exame legal de culpabilidade do delito. Nesse sentido, considerando que o excesso punível deve ser típico, ilícito e culpável, é possível isolar o critério de razoabilidade enquanto causa de exclusão da culpabilidade do excesso punível, destacando-se os institutos trazidos pela doutrina do excesso exculpante e do erro de proibição indireto, ou erro de permissão.

Excepcionalmente é importante frisar que eventuais causas de exclusão da tipicidade da conduta também obstam a sanção penal aplicada ao excesso, como demonstrado na hipótese de erro de tipo escusável na conduta excessiva. Desta forma, inclusive em consonância com a previsão legal no artigo 23, parágrafo único do Código Penal (BRASIL, 1940), não havendo dolo ou culpa, não haverá excesso punível.

Por fim, superado o exame da lei e da doutrina, buscou-se a existência de aplicação prática dos conceitos estudados, afim de verificar os critérios usados para a determinação do excesso, bem como se os institutos da doutrina que foram estudados enquanto causas de exclusão da culpabilidade do excesso eram de fato aplicados nos julgados, visto que não estavam previstos na lei de forma expressa, podendo ser aplicados como causas supralegais de exclusão da culpabilidade.

Como resultado, foi possível encontrar diversos julgados aplicando exatamente os institutos estudados, demonstrando que o judiciário reconhece tais formações doutrinárias enquanto normas de Direito. Quanto aos critérios aplicados, nos casos pesquisados, os magistrados utilizaram precisamente os critérios legais objetivos quanto aos limites da discriminante, tratando da razoabilidade quanto a escusabilidade da eventual extrapolação da causa de justificação como incidência dos institutos estudados, notavelmente o excesso exculpante na maioria das vezes.

A conclusão surpreendente do trabalho foi contrária à hipótese inicial, uma vez que não só foi possível encontrar critérios certos para a configuração e punibilidade do excesso de forma teórica, como também verificou-se a aplicação desses critérios na pesquisa jurisprudencial, tendo os julgados encontrados se mantido adstritos ao texto legal quanto a configuração do excesso e aplicado as causas supralegais de exclusão da culpabilidade do excesso, quando admissíveis.

Em suma, foi possível encontrar delimitações concretas a respeito da incidência do excesso nas causas de justificação da antijuridicidade no Direito Brasileiro, aplicados inclusive pelos órgãos do poder judiciário em sua devida competência. Conclui-se, portanto, que apesar da ausência legislativa de determinados institutos estudados, a aplicação do exame do excesso se mantém certa e objetiva. Frisa-se, no entanto, que tal fato não exclui a necessidade da positivação em lei do excesso exculpante e do erro de proibição indireto, como forma de garantir em lei a delimitação da escusabilidade do excesso constituído.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral: arts. 1 a 120 - v. 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. 1080 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2021

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 882, de 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filenome=PL+882/2019. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 10372, de 2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filenome=PL+10372/2018. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 62.982 RJ. Relator: Ministro Francisco Rezek. Data de Julgamento: 03/12/1985, Segunda Turma, Data de Publicação: 19/12/1985.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98.458 ES, Relator: Ministro Ayres Britto, Data de Julgamento: 31/05/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: 30/10/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 96.282 MT 2018/0065310-4, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 21/06/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: 28/06/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal nº 20090710159167 DF 0000200-05.2009.8.07.0007, Relator: Desembargador Cesar Loyola, Data de Julgamento: 14/07/2016, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 22/07/2016 . Pág. 139/153.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado das Alagoas. Recurso em Sentido Estrito: 07071085420138020001 AL 0707108-54.2013.8.02.0001, Relator: Desembargador Sebastião Costa Filho, Data de Julgamento: 27/02/2019, Câmara Criminal, Data de Publicação: 01/03/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação Criminal nº 01531313620118090146, Relator: Desembargador Edison Miguel da Silva Jr., Data de Julgamento: 07/03/2017, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/04/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 10079052251927001, Contagem, Relator: Desembargador Walter Pinto da Rocha, Data de Julgamento: 30/04/2008, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 31/05/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 10024077784973001, Belo Horizonte, Relator: Desembargador Hélcio Valentim, Data de Julgamento: 11/05/2010, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 16/06/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 10145170234853001, Juiz de Fora, Relator: Desembargador Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 24/10/2018, 7ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 31/10/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 00016916720158240038, Joinville, Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, Data de Julgamento: 07/02/2017, 3ª Câmara Criminal.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Termo de Audiência de Custódia. Processo nº 0087090-03.2017.8.26.0050, São Paulo, Juiz Rodrigo Tellini de Aguirre Camargo, Data de Julgamento: 27/09/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Criminal nº 14066, Relator: Desembargador Celso Rotoli de Macedo, Data de Julgamento: 03/11/1994, 1ª Câmara Criminal.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70074539438, Relator: Desembargador Sylvio Baptista Neto, Data de Julgamento: 16/08/2017, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/09/2017.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar Comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019a.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 118 p. Tradução: Luís Greco.

SALOMÃO, Lucas. **Excludente de ilicitude: veja o que prevê a proposta anticrime de Sergio Moro**. G1. Brasília. 23 set. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/09/23/excludente-de-ilicitude-veja-o-que-preve-o-pacote-anticrime-de-sergio-moro.ghtml>. Acesso em: 20 maio 2021.