

O excesso de legítima defesa no projeto de lei de reforma do Código Penal: o que está escrito e o que não está escrito

Sebastian Mello e Rafaela Alban

1 O projeto

Assim que foi anunciado o denominado “projeto de Lei Anticrime” pelo Ministro Sérgio Moro, muitos professores, juristas e estudiosos do Direito, de um modo geral, ressaltaram alguns dos seus aspectos polêmicos, inconstitucionais ou ineficazes.

O sem-número de questões polêmicas, reveladoras de uma política criminal manifestamente punitivista e utilitarista, pode terminar por obnubilar eventuais contribuições do projeto que, embora sejam, isoladamente, positivas, acabam sendo nocivas: a) pela redação adotada; b) pelo contexto que gera dúvidas e presunções incompatíveis com a clareza e o rigor técnico que se espera de um texto legal.

Um dos pontos que merece discussão e aperfeiçoamento diz respeito ao denominado excesso decorrente das excludentes de ilicitude, voltado sobretudo para o excesso decorrente de legítima defesa. Na atual redação do Código Penal, o art. 23, parágrafo único, afirma que “o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”. O projeto propõe, como modificação, a inclusão de um segundo parágrafo no referido dispositivo, para estabelecer que: “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”.

O projeto, portanto, transforma o excesso de legítima defesa (ou das demais excludentes) – praticado em condições de escusáveis medo, surpresa ou violenta emoção – em causa de diminuição de pena ou, até mesmo, de perdão judicial.

A ideia, que não é de todo equivocada, peca, no entanto, por alguns defeitos: a) transforma uma situação típica de exculpação em causa de extinção da punibilidade; b) não faz qualquer distinção entre as exculpantes estênicas e astênicas, conferindo uma abertura excessiva ao alcance da norma; c) no contexto em que foi proposta (em conjunto com uma modificação na disciplina jurídica da legítima defesa por agentes policiais e de segurança pública), termina por criar uma presunção de excesso não culpável.

Cumprido, portanto, ainda que brevemente, pontuar as inconsistências da proposta, como um contributo na expectativa de que esta seja aperfeiçoada.

2 O excesso como causa de exculpação, não de perdão judicial

O Código Penal Brasileiro há muito reclamava uma disciplina jurídica decorrente do excesso de legítima defesa. Com efeito, há inúmeras situações nas quais, mesmo havendo pontuais excessos na condução da legítima defesa, o caso concreto demanda o reconhecimento da ausência de culpabilidade.

No entanto, na legislação em vigor, apesar das situações concretas nas quais o excesso se manifesta, não há uma previsão expressa para eventuais dirimentes, como existe no Código Penal alemão (§33) e no Código Penal de Portugal (art. 33º, 1 e 2).

Diante da inexistência de previsão expressa no nosso

ordenamento jurídico para crimes comuns,⁽¹⁾ a doutrina considera alguns casos de excesso de legítima defesa como causa supralegal de não culpabilidade, em face de um “defeito na dimensão emocional do tipo de injusto, por medo, susto ou perturbação na pessoa do autor (efeitos astênicos, ou fracos) – mas não por ódio ou ira (efeitos estênicos, ou fortes)”.⁽²⁾

No entanto, a solução por meio da inexigibilidade supralegal, não obstante esteja em conformidade com as perspectivas da satisfação de direitos fundamentais, limitando a intervenção punitiva em face da própria dignidade humana,⁽³⁾ está longe de constituir-se em unanimidade. **Mir Puig**, por exemplo, argumenta que não cabe admitir causas de exculpação com base na inexigibilidade, por analogia, porque implicaria situações de menor intensidade do que aquelas previstas na lei para o caso concreto. Por outro lado, argumenta que a admissão de causas de exculpação supralegais gerariam uma sensação de insegurança jurídica e comprometeriam as finalidades preventivas da pena.⁽⁴⁾

Assim, situações de excesso na legítima defesa, que poderiam ser eventualmente tratadas como hipóteses supralegais de exculpação, demandariam, face à ausência de previsão legal expressa, consolidação em precedentes jurisprudenciais para sedimentar-se. A carência de um marco legal delimitador poderia trazer insegurança jurídica. Assim, parece adequada a previsão legal de hipóteses de exclusão de culpabilidade em casos de legítima defesa.

Não foi esta, contudo, a opção da proposta legislativa. O texto apresentado menciona que o juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicar a pena, o que demonstra que o excesso de legítima defesa se torna hipótese de perdão judicial, causa de extinção de punibilidade.

Tratar o excesso como extinção da punibilidade, em vez de causa de exculpação, traz consequências dogmáticas e práticas. Considerar o excesso de legítima defesa uma hipótese de perdão judicial significa que o juiz, reconhecendo a conduta típica, antijurídica e culpável, concebe a aplicação da pena como desnecessária. Sendo causa de exclusão de culpabilidade, a sentença é absolutória; tratando-se de perdão judicial, trata-se de sentença declaratória de extinção da punibilidade.⁽⁵⁾

A distinção, contudo, não se encerra nesse ponto. E para compreender a dimensão da escolha feita na proposta, é preciso fazer uma clara distinção e delimitação entre culpabilidade e punibilidade, para que uma hipótese de perdão judicial (como consta do projeto) não se confunda com situações que se relacionam com o injusto típico e, sobretudo, com a culpabilidade.

Não cabe, dentro do objeto deste trabalho, fazer uma exaustiva análise sobre a natureza jurídica e a posição sistemática da punibilidade⁽⁶⁾ dentro da Teoria do Delito. Mas evidente que, sendo a punibilidade algo distinto da culpabilidade, elas têm conteúdo e dimensões diversas. Desse modo, para que se analise a questão da natureza do excesso de legítima defesa, necessário identificar em que ela se fundamenta.

O excesso de legítima defesa tem sido tratado, nos países que a adotam, como hipótese de causa de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa,⁽⁷⁾ não de diminuição de pena, tampouco de perdão judicial. Isso porque uma agressão injusta, atual ou iminente, pode representar, para o agredido, uma perturbação no seu estado anímico, que o conduz a uma reação desproporcional na defesa. Valora-se, portanto, a existência de algo inerente ao próprio estado do agente durante a prática da conduta, de modo que não se pode exigir, no caso concreto, diante do susto, medo ou perturbação, fidelidade à norma jurídica.

Trata-se claramente de exclusão de culpabilidade. Nas hipóteses de exclusão de culpabilidade, pode-se dizer que não se pode censurar, imputar ou atribuir responsabilidade pessoal ao autor do fato, porque não era exigível que ele se comportasse de maneira diferente na situação posta. Tal situação é exatamente o que ocorre no excesso de legítima defesa, no qual se entende que o comportamento, a despeito de ilícito, é escusável. O juízo proferido é, conseqüentemente, absolutório.

Quando o assunto é tratado como perdão judicial, entende-se que o comportamento é inescusável, mas que não haveria necessidade preventiva da pena. Percebe-se claramente esse propósito nas outras hipóteses de perdão judicial previstas no Código Penal. É culpável a conduta de uma mãe que dá causa culposamente à morte do filho (art. 121, §5º); é censurável a conduta de quem toma refeição em restaurante sem dispor de recursos para efetuar o pagamento (art. 176, parágrafo único); como é culpável quem pratica receptação culposa (art. 180, §§3º e 5º), quem pratica adoção à brasileira (art. 242, parágrafo único) ou subtração de incapazes (art. 249, parágrafo único). Resta evidente que, em todas essas situações, embora seja cabível o perdão judicial, é exigível um comportamento distinto do sujeito.⁽⁸⁾

Na hipótese trazida, entender que o excesso de legítima defesa é causa de perdão judicial significa considerar que, ainda que atuando de modo culpável, o juiz pode considerar desnecessária a pena e conceder o perdão. Em outras palavras, um homicídio, praticado em legítima defesa não escusável, pode ser perdoado pelo juiz singular.

Sim, o perdão judicial seria concedido pelo juiz singular, inclusive em situação de homicídio, pois o perdão judicial não é absolvição. E o art. 483 do Código de Processo Penal não estabelece, como quesitação, sobre o jurado deixar de aplicar a pena. Isto implicaria a possibilidade de o juiz singular, mesmo após a condenação do júri, deixar de aplicar a pena. Essa é uma das questões práticas que envolvem a inadequada consideração do excesso como causa de perdão judicial.

3 A confusão entre efeitos astênicos e estênicos

Além da imprecisão dogmática entre os âmbitos da culpabilidade e punibilidade, o Projeto associa a utilização do “excesso escusável” de legítima defesa às situações de “medo, surpresa ou violenta emoção”, de modo a conferir uma abertura excessiva ao alcance da norma ante a utilização de termos ambíguos que não permitem uma adequada distinção entre as exculpantes astênicas e estênicas.

Ocorre que, desde o reconhecimento do excesso de legítima defesa como causa supralegal de exculpação por inexigibilidade de conduta diversa, com vistas a evitar uma amplitude terminológica caracterizadora de insegurança jurídica, a doutrina distinguiu os efeitos estênicos (fortes, agressivos) e os efeitos astênicos (fracos, defensivos). A referida diferenciação visou diferenciar

inescusáveis situações de raiva, ódio ou ira (efeitos estênicos) dos escusáveis casos de medo, susto e perturbação (efeitos astênicos), que tornam inexigível uma conduta mais moderada do sujeito em legítima defesa.⁽⁹⁾

O fundamento da diferenciação é simples: se apenas a atualidade e iminência da situação de perigo é capaz de justificar a conduta realizada em legítima defesa, excluindo o caráter antijurídico do fato, imperiosa a ocorrência de uma grave e compreensível perturbação psíquica, decorrente do agravamento dessa situação de perigo, para exculpar o comportamento excessivo emergente daquele que agiu em legítima defesa.

Nota-se, portanto, que apenas emoções fundadas em transbordamentos defensivos (astênicos) – ou seja, medo, susto, pânico, fraqueza, desespero – poderiam exculpar uma conduta dentro de uma lógica sistêmica de inexigibilidade de uma conduta conforme o Direito. Isso porque seria incompreensível uma exculpação decorrente de transbordamento agressivo (estênico) – ódio, vingança, brutalidade – num sistema jurídico em que todos (autores e vítimas) devem ser compreendidos como sujeitos de direito e detentores de tutela estatal.

Observa-se, assim, que, na forma como está escrita – “medo, surpresa ou violenta emoção” –, a disposição do projeto relativa ao excesso de legítima defesa estabelece uma inadequada aproximação entre o susto e o ódio, em face da amplitude do termo “violenta emoção” (que pode ser utilizado em efeitos astênicos e estênicos); merecendo, portanto, ser revista para não conceder margem a argumentos antiéticos, aproveitadores de brechas legislativas, de afastamento de incidência do Direito Penal para uma verdadeira legalização do discurso de ódio.

Nesse ponto, seria mais aconselhável, portanto, estabelecer uma previsão legal do excesso de legítima defesa que se aproxime ao Código Penal alemão (§33)⁽¹⁰⁾ e ao Código Penal português (art. 33º, 1 e 2),⁽¹¹⁾ que tratam da perturbação, medo e susto. É dizer, prever um dispositivo que não conceda espaço para exculpar ou não punir situações incompatíveis com a *ratio essendi* dos valores éticos, sociais e político-criminais das hipóteses legais de inculpação e não punibilidade.

4 O que não está escrito. A mens legis termina por criar uma presunção legal de não punição do agente policial em virtude do excesso

Por fim, ainda é possível observar que, no contexto em que foi proposta – é dizer, em conjunto com uma modificação na disciplina jurídica da legítima defesa praticada por agente policial ou de segurança pública –, há sério risco de criação de uma hipótese legal de presunção de excesso não culpável.

Nota-se, nesse diapasão, que a disposição acerca do excesso de legítima defesa, ao vir acompanhada da proposta de inclusão de incisos para agentes policiais e de segurança pública, abre espaço para um necessário questionamento acerca da *mens legis*; é dizer, da verdadeira razão da previsão normativa, há muito esperada pela doutrina e jurisprudência, mas que, assim como toda norma jurídica, pode ser histórica ou teleologicamente interpretada.

Como se observa da simples leitura do item IV, intitulado “Medidas relacionadas à legítima defesa”, do questionável Projeto, a referida sugestão legislativa vem acompanhada de alterações ao art. 25 do Código Penal para consideração de situações de legítima defesa exclusivas para agentes policiais e de segurança pública.

Nessa lógica, ao menos um questionamento pode ser levantado: a confusão terminológica entre efeitos astênicos e estênicos, notadamente no âmbito da opção pela ampla expressão

“violenta emoção” (tratada no item anterior), derivou de uma atecnia dogmática ou de uma estranha intenção legislativa?

Ora, se, por um lado, como observa **Luís Greco**, a previsão legal alemã e portuguesa “é praticamente inaplicável a situações em que agentes policiais ou de segurança pública agem em legítima defesa de terceiro” – pois “as emoções que provocam o excesso dificilmente estarão presentes nesses agentes, em que se supõe uma maior capacidade de enfrentar situações extremas”⁽¹²⁾ –; por outro lado, a amplitude legislativa pode criar uma presunção quase absoluta de legítima defesa, até nas situações de excesso agressivo de agentes de segurança pública, psicologicamente mais preparados para situações de susto.

Ora, a junção entre os propostos §2º do art. 23 e parágrafo único do art. 25, ambos relativos ao Código Penal, possui um sério risco: equiparando efeitos astênicos e estênicos, sem fazer qualquer referência a eventuais excessos intensivos ou extensivos,⁽¹³⁾ fixa-se uma desautorizada presunção de legítima defesa a todas as situações de excesso praticadas por agente policial ou de segurança pública, seja esta defensiva ou agressiva.

Tal situação, além de denotar um claro contrassenso dentro do próprio setor da exculpação (ou da punibilidade, em face da primeira confusão dogmática anteriormente apontada), pode ainda gerar graves implicações em outras searas de responsabilidade; na medida em que existem situações nas quais o “uso moderado dos meios necessários”, diante de uma situação de agressão atual ou iminente, não é facilmente perceptível, como se constata, por exemplo, no caso de Gustavo Correa, cunhado de Ana Hickmann, ao reagir à agressão a que foram submetidos.

Isso significa que permitir a inclusão de uma verdadeira cláusula de presunção de legítima defesa, associada a um dispositivo aberto que equipara susto e ódio – ambos igualmente abarcáveis pela ampla expressão “violenta emoção” –, pode também gerar confusões na distinção entre estado de necessidade justificante e exculpante.

Logo, uma simples interpretação normativa permite concluir que a *mens legis* termina por criar uma presunção legal de não punição do agente policial em virtude do excesso, o que representa um completo absurdo, não apenas no setor do Direito Penal, como também na seara da responsabilidade civil, dependente da definição acerca da existência ou não de fato ilícito.

5 Conclusão

Como se nota, no aspecto ora analisado, o projeto até tem um lado positivo: estabelecer uma previsão expressa para uma situação que, historicamente, já vem sendo considerada como uma causa supralegal de exculpação por inexigibilidade de conduta diversa, em reconhecimento ao imperativo de indulgência com quem se excede em legítima defesa, por se encontrar em situação absolutamente excepcional, que provoca uma sobrecarga emocional sobre a qual amiúde não se tem controle. Por outro lado, sem margem de dúvida, o instituto do excesso de legítima defesa exculpante está sendo vítima das incongruências e impropriedades que permeiam o projeto.

O projeto erra, intencionalmente ou não, não apenas na localização sistêmica do instituto excesso de legítima defesa exculpante no Direito Penal (expressando uma incongruência terminológica), como também na seleção das emoções – defensivas ou agressivas – que estariam amparadas pela hipótese de indulgência, dando espaço, inclusive, para um imperioso questionamento acerca da *mens legis*.

Observa-se, por isso, que a importância do instituto da legítima

defesa e as possíveis repercussões teóricas e práticas de falhas no seu tratamento legal demandam maior esforço intelectual dos autores do referido projeto, notadamente porque não se pode permitir, dentro de um ordenamento jurídico pautado num modelo de Estado Social e Democrático de Direito, um dispositivo que cria uma verdadeira presunção de legítima defesa, tampouco um claro espaço à insegurança jurídica, no qual são confundidos os âmbitos da culpabilidade e da punibilidade.

Destarte, recomenda-se maior cuidado e precisão dogmática na compreensível previsão legislativa do excesso de legítima defesa, a fim de que seja alcançado um horizonte responsável, coerente e legítimo no exercício da doutrina penal.

Notas

- (1) O Código Penal Militar, no art. 45, prevê que “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”.
- (2) SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p.339.
- (3) Nesse sentido, defendendo a possibilidade de exculpação supralegal em face da inexigibilidade: AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*. Granada: Comares, 2004. p. 52; PALMA, Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 215-224; MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade*. Salvador: Juspodivm, 2010; ALBAN, Rafaela. *A inexigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.
- (4) MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. Barcelona: B de F, 2004. p. 595.
- (5) Súmula 18 do STJ: A sentença concessiva do perdão judicial e declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.
- (6) Sobre o assunto, CARVALHO, Erika Mendes de, *Punibilidade e delito*. São Paulo, RT, 2008.
- (7) JAKOBS, Günther. *Derecho penal* – parte general: Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 705; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. T. 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2007. p. 625
- (8) Talvez a única situação que permita um elastério sobre a censurabilidade da censura no perdão judicial seja a retorsão imediata na injúria (art. 140, § 1º), que tem alguma similitude com o excesso de legítima defesa.
- (9) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. T. 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2007, p.625
- (10) Art. 33: *Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft*.
- (11) Art. 33, 2: “O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis”.
- (12) GRECO, Luís. *Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no ‘Projeto de Lei Anticrime’*. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/analise-sobre-propostas-relativas-a-legitima-defesa-no-projeto-de-lei-anticrime-07022019>. Acesso em: 15 fev. 2019.
- (13) Como ponderam Jescheck/Weigend, apenas o excesso intensivo (que se refere à espécie dos meios empregados ou ao grau de sua utilização) autoriza a incidência da exculpante, o que não ocorre com o excesso extensivo (quando o agente, após fazer cessar a agressão injusta, dá continuidade ao ataque), pois não concorre o efeito minorante que supõe a presença de uma situação defensiva. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 530

Sebastian Mello

Doutor e mestre em Direito Público pela UFBA.

Professor de Direito Penal da UFBA.

Professor da Faculdade Baiana de Direito. Advogado.

sbam@terra.com.br

Rafaela Alban

Doutoranda e mestra em Direito Público pela UFBA.

Especialista em Ciências Criminais, Direito Penal

Econômico e Teoria Jurídica do Delito pelo IDPEE.

Professora de Direito Penal e Processo Penal da UFBA,

UNIJORGE e FSBA. Advogada.

rafaela_alban@yahoo.com.br