



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE – FDR

**AÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA E EXCESSO:
UMA ABORDAGEM À LUZ DO COMPORTAMENTO HUMANO
REGIDO PELA EMOÇÃO**

PERLLA LEITE ANDRADE SILVA

Recife, 2017.

PERLLA LEITE ANDRADE SILVA

**AÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA E EXCESSO:
UMA ABORDAGEM À LUZ DO COMPORTAMENTO HUMANO
REGIDO PELA EMOÇÃO**

**Monografia Final apresentada como
requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito pela UFPE.**

Área de Conhecimento: Direito Penal

**Orientador: Prof. Cláudio Roberto Cintra
Bezerra Brandão**

Recife, 2017

PERLLA LEITE ANDRADE SILVA

**AÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA E EXCESSO:
UMA ABORDAGEM À LUZ DO COMPORTAMENTO HUMANO REGIDO
PELA EMOÇÃO**

**Monografia Final apresentada como
requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito pela UFPE.**

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

1º Examinador (a) Prof. (a)

2º Examinador (a) Prof. (a)

Recife, ___ de _____ de 2017

*Dedico este trabalho a Deus, família, amigos e amor por toda
força e apoio.*

*“Uma visão da natureza humana que ignore o poder das
emoções é lamentavelmente míope”*

Daniel Goleman

RESUMO

A ideia central do presente trabalho é analisar a ação de legítima defesa bem com o excesso à luz do conhecimento científico acerca da mente emocional e do comportamento humano regido pela emoção. Para tanto, na primeira parte, inicialmente, será realizada uma abordagem introdutória do instituto da legítima defesa com o intuito do leitor entender os fundamentos dessa causa excludente de ilicitude. Em seguida, serão analisados, de forma pormenorizada, a situação e ação de legítima defesa, seguido pela figura do excesso. Por fim, na segunda parte, tratar-se-á das emoções bem como do comportamento humano para, em seguida, confrontar tais conhecimentos científicos relacionados com a natureza humana com a ação de legítima defesa e o excesso.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal. Ação de legítima defesa. Excesso. Emoção. Comportamento humano.

ABSTRACT

The main idea of this monograph is to examine self-defense action and the excess in the light of the scientific knowledge about the emotional mind and the human behavior ruled by the emotion. For this purpose, in the first part, initially, an introductory approach will be made to the institute of self-defense in order for the reader to understand the grounds of this exclusionary cause of illegality. Then, the situation and action of self-defense, followed by the figure of excess, will be analyzed in detail. Finally, in the second part, we will treat emotions as well as human behavior, and then confront such scientific knowledge related to human nature with the action of self-defense and excess.

KEY WORDS

Criminal Law. Action of self-defense. Excess. Emotion. Human behavior.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
PARTE I.....	3
CAPÍTULO I – LEGÍTIMA DEFESA: NOÇÕES PRELIMINARES.....	3
CAPÍTULO II – SITUAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA: QUANDO O DIREITO PERMITE A REAÇÃO DEFENSIVA	7
CAPÍTULO III – AÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA: COMO DEVE SER A REAÇÃO DEFENSIVA	15
CAPÍTULO IV – EXCESSO: QUANDO A REAÇÃO DEFENSIVA DEIXA DE SER LEGÍTIMA.....	23
PARTE II.....	27
CAPÍTULO V – EMOÇÃO E COMPORTAMENTO HUMANO	27
CAPÍTULO VI – AÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA E EXCESSO: UMA ABORDAGEM À LUZ DO COMPORTAMENTO HUMANO REGIDO PELA EMOÇÃO.....	34
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

INTRODUÇÃO

Como pensar a ciência jurídica dissociada das ciências psicológicas e biológicas? Como elaborar ideias acerca da conduta social, proibindo determinados comportamentos e reafirmando outros, se nem ao menos entendemos como funciona a mente humana e o que motiva suas ações? Como regular o coletivo sem entender como funciona o singular? Essas questões são importantes, pois nos direcionam a uma realidade há muito menosprezada: a importância do estudo da mente e comportamento humano na construção do direito.

Inobstante sejam o direito, a psicologia e a biologia ciências autônomas, inegável é a relevância da interação entre elas, posto que enquanto a primeira volta-se para a sociedade, seu funcionamento e regramento; as últimas voltam-se para o indivíduo e sua particularidade, de maneira que, juntas, é possível construir um saber social mais completo e um direito mais condizente com as necessidades e exigências do ser humano.

Assim, quando diz Ulpiano “*ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*” (onde está o homem, aí está a sociedade; onde está a sociedade, aí está o direito), entendemos, além do óbvio, que não há direito sem as ciências acima citadas, pois, distante delas, aquele será menos justo por tentar regulamentar o que não se conhece e exigir o inexigível ao homem. E direito, não se pode olvidar, tem como primazia a justiça.

A questão de se regular a conduta social sem nem ao menos conhecer quem se busca regular (no caso, o ser humano e sua psique) agrava-se ainda mais quando na esfera do direito criminal. Isso porque esse ramo jurídico tem como pressuposto a violência, a qual é manifestada por meio da pena, e, uma vez sendo um ramo violento, editar normas penais desconsiderando os ensinamentos da psicologia e biologia implica em aceitar o risco de punir gravemente quem, à luz dessas ciências, não poderia vir a agir de forma diversa. É aceitar produzir danos nefastos a quem não merecia, por sua natureza, receber tal punição.

É nesse contexto que o presente trabalho propõe estudar o instituto da legítima defesa, mais precisamente a ação de legítima defesa, e a figura do excesso, à luz do conhecimento científico acerca da mente emocional e do comportamento humano regido pela emoção.

Sabe-se que a legítima defesa trata-se de causa de exclusão da ilicitude, contudo, para ser reconhecida, deve o ofendido atuar em conformidade com os limites impostos pelo legislador. Questiona-se, então, se tais limites, à luz da psicologia e biologia, são razoáveis de se exigir ao ser humano. Se possível é que este, diante de situação de legítima defesa que nele provoque intensa emoção, reaja conforme o imposto pelo legislador. E, caso não seja, se é razoável puni-lo por eventuais excessos em sua conduta defensiva.

Visa-se, por meio de metodologia de pesquisa dedutiva, a partir de doutrinas, artigos, monografias e teses de mestrado jurídicos; bem como de artigos e livros de teor psicológico e neurobiológico, analisar as exigências impostas pelo legislador no que diz respeito à ação de legítima defesa e confrontá-las com o conhecimento científico acerca da mente emocional e do comportamento humano regido pela emoção.

Com o escopo de atingir tal fim, esta pesquisa, de forma pormenorizada, propõe a estudar o fundamento, a situação e ação de legítima defesa, o excesso, a emoção e o comportamento humano; e, por fim, discutir a ação defensiva com fundamento na ação movida pela forte emoção, pela mente emocional.

Em última análise, busca-se estimular, no meio jurídico, o debate acerca da imprescindibilidade de formação de juristas mais conscientes sobre a importância da psicologia e biologia na construção do direito. E, conseqüentemente, objetiva-se que na prática forense tais conhecimentos sobre a natureza humana sejam usados tanto na elaboração de normas quanto na aplicação da lei a fim de evitar que pessoas respondam por aquilo que não poderia a elas ser exigível.

PARTE I

CAPÍTULO I – LEGÍTIMA DEFESA: NOÇÕES PRELIMINARES

Pode-se vislumbrar a existência do instituto da legítima defesa desde o direito romano. Dessa fase histórica até os dias hodiernos, tal instituto desenvolveu-se, deixou de existir e ressurgiu. Comparando suas diversas fases com a atual, nota-se ser a extensão dos bens jurídicos que por ele podem ser defendidos bem como a limitação da reação defensiva os fatores que mais sofreram mudanças.

Atualmente, a legítima defesa prevista no Código Penal Brasileiro é definida como reação à agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, através de meios necessários e moderados. Percebe-se, pois, que não é legítima a defesa perpetrada sem a observância desses critérios legais limitadores.

Cabe aqui uma questão: embora proibida, a legítima defesa trata-se de autodefesa. Como conciliar essa defesa privada com os deveres do Estado de promover segurança e justiça a todos que se encontrem sob sua soberania?

A resposta é simples. A legítima defesa é permitida em lei diante da ineficácia do Estado. Permite-se a autodefesa por o próprio Estado reconhecer a impossibilidade de estar presente em qualquer ponto geográfico de seu território, a qualquer tempo, para proteger toda e qualquer pessoa que esteja sendo agredida ou na iminência de ser. Assim, para não permitir que o direito de particulares ceda ao injusto por culpa da ineficácia do Estado, ele permite aos sujeitos defenderem-se, pois, dessa forma, além de protegerem seus direitos, protege-se também a ordem jurídica como um todo.

Para melhor entendimento dessa questão, vejamos o Brasil.

Segundo dados do Censo realizado em 2010, a população era formada por 190.732.694 (cento e noventa milhões, setecentos e trinta e dois mil, seiscentos e noventa e quatro) pessoas. Além disso, mais recentemente, em levantamento feito com base em “Perfil dos Estados e Municípios Brasileiros”, no ano 2014, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) concluiu que a média do Brasil é de um policial para cada 473 (quatrocentos e setenta e três) habitantes. Média esta abaixo do recomendado pela Organização das Nações Unidas (ONU) de um policial para cada 450 (quatrocentos e cinquenta) habitantes (MARTINS: 2015).

Percebe-se, diante desses dados, que, só em 2010, o Brasil contava com a pluralidade de 190.732.694 pessoas. Cada uma delas com sua individualidade, personalidade, realidade de vivência e interesses. Em contrapartida, em 2014, o IBGE estimou uma média de um policial para cada 473 habitantes.

Ora, se cabe ao Estado proporcionar segurança a todos os que se encontram em seu território e se para garantir essa segurança ele criou a instituição policial, como proteger eficazmente cada indivíduo de agressões injustas, atuais ou iminentes, se a média de policial por habitante corresponde a um para cada 473 (dados 2014)?! Mesmo que admitíssemos estar a média do Brasil de acordo com a recomendação da ONU, isso ainda não seria possível!

Não bastasse a média aquém da recomendação da ONU, o território brasileiro é vasto: corresponde a 8.514.046,8 km² (CALDINI; ÍSOLA: 2004: p. 8).

Nesse contexto, sabendo que o Estado Brasileiro deve garantir a segurança de todas as pessoas que nele se encontre por meio da atuação da polícia e admitindo que a média de policial por habitante continue neste ano (2017) sendo a mesma de 2014 – ano de realização da pesquisa -, é lógico que não é possível ao Estado cumprir com esse dever, sobretudo quando, somado ao numerário populacional e a baixa média de policial por habitante, temos o agravante do vasto território brasileiro.

Não há dúvidas: impossível é a onipresença do Estado para promover a segurança a todas as pessoas, a qualquer tempo e em qualquer ponto geográfico de seu território. E sendo impraticável ao Estado assegurar a proteção dos direitos de cada sujeito que se encontre sob sua soberania, permite-se a defesa privada.

É assente que a defesa privada, no estado civilizado, sofre proibição; todavia, por mais aperfeiçoado que seja o aparelhamento protetor do direito, ainda assim não é ele onipresente para socorrer todas as ameaças de violação. Razão pela qual a ordem jurídica legitima a atuação do indivíduo, facultando-lhe defender a si ou a terceiro e seus bens, em situações de iminente perigo, não por falta de proteção judicial, mas por falta de rápida intervenção da polícia ou a inadequação desta para evitar o dano. Dá-se contra ataques injustos e deve ser exercida, dentro de certos limites, para a conservação dos direitos (Jescheck *apud* AMARANTE: 1999: p. 33).

Essas são, pois, as razões – ou fundamentos, como denomina a doutrina – pelas quais a reação à agressão injusta é autorizada pelo direito: necessidade de defesa de bens jurídicos e preservação do ordenamento jurídico (PRADO: 2005: p. 404).

A necessidade de defesa de bens jurídicos condiz com a natureza humana. Isso porque, por longos anos, a humanidade existiu para sobreviver, o que foi possível pelo seu estímulo de autoconservação. Sem isso, havia grandes chances da espécie *homo sapien* perecer. Apesar de a formação estatal ter permitido aos homens maior estabilidade na vivência social, isso não eliminou tais estímulos de autoconservação, os quais continuam gravados no cérebro da espécie humana, de forma que, quando ameaçado ou agredido, o homem reage “automaticamente”, em busca de se manter seguro.

Dessa forma, ainda que o legislador não elaborasse uma lei autorizando a defesa de quem fosse injustamente agredido, existiria a legítima defesa, isto é, a reação à agressão injusta. Por óbvio, não como norma, mas como fato, pois é natural o ser humano reagir à ameaça ou agressão a ele direcionada; é natural querer preservar-se, proteger-se. Por isso afirma-se tratar a legítima defesa de situação de fato regulada pelo direito.

Imaginar que alguém pudesse ser criminalmente responsabilizado por defender-se de agressão injusta quando ausente o órgão responsável por sua segurança é deveras desrazoável, desumano, desprezível, cruel e injusto. Isso, sobretudo, quando é natural ao homem a reação defensiva quando ameaçado ou agredido. Exigir que ele não reaja quando o órgão responsável por sua segurança não está presente para protegê-lo é completamente irracional. É puni-lo por sua natureza, o que não faz sentido. Ou o Estado estaria criando normas partindo do pressuposto que somos todos heróis ou estaria abrindo portas para o injusto prevalecer.

A preservação do ordenamento jurídico, por sua vez, condiz com o dever do Estado de jamais permitir que o injusto prevaleça sobre o direito. Segundo Siqueira (2008: p. 38), esse segundo fundamento baseia-se na necessidade de serem protegidos os bens jurídicos, não porque sua violação atinge o indivíduo ofendido, mas porque sua violação atinge o ordenamento jurídico como todo, ofende a ordem jurídica. E o direito, continua Siqueira, não deve ser violado sem riscos para quem o viola.

Por esses motivos, o legislador cuidou de incluir a legítima defesa no rol de causas de excludentes de ilicitude (art. 23, II, CP). Dessa forma, caso o ofendido pratique conduta típica ao se defender legitimamente, sua ação que devia ser considerada ilícita é vislumbrada como lícita em razão das circunstâncias em que o fato se deu. Inobstante típica, sendo lícita sua conduta, não pode o ofendido ser responsabilizado criminalmente, haja vista a teoria tripartida do crime¹.

Para Liszt, mais do que uma conduta não punível, a ação de legítima defesa é ação conforme o direito (2003: p 241). Isso porque, fazendo uso da lógica de Hegel, a legítima defesa é negação do crime, que é negação do direito. Sendo negação da negação, a legítima defesa é a reafirmação do direito; conseqüentemente, conforme o direito.

A legítima defesa trata-se, pois, de “corolário do direito à segurança de todos (AMARANTE: 1999: p. 33)”. Tal reação, contudo, não pode ser realizada de qualquer maneira. O legislador previu a hipótese em que o ofendido pode reagir bem como a forma pela qual ele deve reagir. Não obedecidos esses limites legais, o ofendido, conforme a lei, deve ser criminalmente responsabilizado pelo seu excesso. Essas questões hão de ser esclarecidas nos capítulos que se seguem.

¹ O crime é conduta típica, antijurídica e culpável. A tipicidade é o enquadramento do caso a norma. A antijuricidade é o juízo de reprovação da conduta. A culpabilidade é o juízo de reprovação do agente. Ausente qualquer um desses três elementos, não existe crime. Conseqüentemente, não pode o agente ser criminalmente responsabilizado.

CAPÍTULO II – SITUAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA: QUANDO O DIREITO PERMITE A REAÇÃO DEFENSIVA

O artigo 25 do Código Penal Brasileiro conceitua o instituto da legítima defesa da seguinte forma: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Da leitura desse dispositivo, pode-se inferir que ele traz a tona dois dados: um referente à ação do agressor e outro à ação do agredido. Siqueira nomeia o primeiro como situação de legítima defesa e o segundo como ação de legítima defesa. Essa nomenclatura será a adotada no presente trabalho.

Tratemos, por ora, sobre a situação de legítima defesa.

Condiciona o legislador a existência de situação de legítima defesa à presença de quatro requisitos: agressão, injusta, atual ou iminente; e a direito seu ou de outrem. Ausente qualquer um desses requisitos, tal situação não existe.

Entende-se ser por **agressão** toda conduta humana que lesiona ou põe em perigo bem juridicamente tutelado. Seguindo a linha de raciocínio da teoria finalista da ação², a qual define conduta como toda ação humana provida de consciência e vontade; a agressão é toda ação humana, consciente e voluntária, que lesiona ou ameaça bem jurídico.

Qualquer ser humano pode promover ação agressiva. Incapaz ou capaz, ambos podem agredir. Não importa, inclusive, o elemento subjetivo, se a agressão foi culposa ou dolosa. Se a conduta é humana e lesiona ou ameaça bem juridicamente tutelado, a situação de legítima defesa pode restar configurada. Pode porque depende de outras circunstâncias.

²A teoria finalista da ação foi criada, na primeira metade do século XX, por Hans Welzel. Segundo ele, é possível ao ser humano prever, dentro de certos limites, a consequência de sua ação. Logo, ao realizar uma conduta, o ser humano já sabe o que possivelmente resultará dela, o que implica dizer que o sujeito, ao tempo da realização da conduta, tinha consciência e vontade de produzir os resultados por ele previstos. Portanto, a ação sempre seria direcionada a um fim, posto que o agente, ao prever, tendo vontade de produzir o resultado previsível, escolhe os meios para que ele, de fato, seja produzido. Ele tem consciência de seus atos e vontade de produzir o resultado, ou, em outras palavras, sua conduta é direcionada a uma finalidade desejada pelo autor. Ademais, por o elemento vontade está presente na ação, Welzel afirmou que o elemento subjetivo (dolo ou culpa) não poderia estar presente na culpabilidade, mas sim na tipicidade, posto que a vontade direciona a ação. Essa teoria é a majoritária hodiernamente e mudou a forma como os penalistas concebiam a ação humana.

Se apenas se considera agressão conduta humana, por óbvio, lesão ou ameaça provocada por catástrofes naturais, animais ou ações corporais reflexivas não são consideradas agressão. Isso porque a agressão é ação provida de vontade e nessas três situações falta esse elemento. Nesses casos, o que pode existir é situação de estado de necessidade.

Por outro lado, caso o animal seja usado com instrumento para promover a agressão, a legítima defesa pode restar configurada, já que o agressor é aquele que usa o animal para ameaçar ou lesionar direito de outrem e não o animal.

Por a ação humana poder ser manifestada na forma de comissão ou omissão, pergunta-se se o mesmo vale para a agressão. Existem três posicionamentos sobre essa questão, contudo, antes de explaná-los, importa esclarecer esses conceitos.

Conduta comissiva corresponde a uma ação positiva, a um fazer; conduta omissiva a uma ação negativa, a um não fazer. O jurista Brandão (2008: p. 132-133), ao diferenciar essas modalidades de conduta, faz uso das classificações das normas. Segundo ele, é comissiva a conduta desobediente à norma proibitiva (que proíbe determinadas condutas por considerá-las perigosas, ofensivas aos bens jurídicos) e omissiva a desobediente à norma imperativa (que obrigam, impõem um dever de agir). De forma mais clara, caso alguém faça o que o direito proíbe, sua conduta é comissiva; caso não faça o que o direito exige, sua conduta é omissiva.

A conduta omissiva ainda é classificada em própria e imprópria (ou comissiva omissiva). A omissiva própria é a citada no parágrafo anterior, a imprópria corresponde à ação desobediente à norma proibitiva por meio de ação omissiva (BRANDÃO: 2008: p. 134-135). O Código Penal Brasileiro admite o crime de omissão imprópria apenas quando o autor do fato encontra-se na posição do garantidor, nos moldes do artigo 13, §2º³.

À vista desses esclarecimentos, voltando para a questão acerca da possibilidade da agressão ser perpetrada por meio de ação omissiva, existem três posicionamentos:

³Artigo 13, §2º, CPB: A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incube a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

O primeiro posicionamento nega a possibilidade de agressão omissiva em qualquer de suas formas. Para os que aderem a esse entendimento, a agressão apenas pode ser comissiva, positiva, resultar de um fazer. Isso porque a ação de legítima defesa nada mais é que reação e apenas se pode reagir ao que lhe ataca, ao que é feito contra si.

Regis Prado (2005: p. 405), embora pertencente a esse grupo, inadmite a existência de agressão omissiva não porque é necessário um fazer, mas sim porque considera faltar à omissão causalidade e vontade. E a ação é toda conduta humana provida de consciência e vontade.

Esse posicionamento já não tem mais adeptos, haja vista que notavelmente viola o fundamento de necessidade de proteção dos bens jurídicos individuais ao não reconhecer a licitude da ação de quem repele agressão omissiva injusta.

O segundo posicionamento – o qual é majoritário – admite a possibilidade de agressão omissiva imprópria desde que o agressor esteja na posição de garante. É imprescindível que o agressor esteja na posição de garante e que sua conduta omissiva desobedeça à norma proibitiva.

Günther Jakobs (1997, p. 467), nesse sentido, ao abordar sobre a possibilidade de agressão omissiva para fins de caracterização de situação de legítima defesa, afirma ser possível desde que o agressor inflija dever jurídico.

Orlando Gomes, em congruência, afirma que a agressão apenas pode ser omissiva quando existir: nexo causal entre a abstenção e o dano; obrigação por parte de quem se abstém de evitar o dano e possibilidade de impedir a produção do dano (*apud* AMARANTE: 1999: p. 41).

O exemplo clássico que as doutrinas trazem sobre agressão omissiva imprópria é a do carcereiro que não abre a cela para o preso sair em liberdade quando já se extinguiu o prazo de cumprimento de pena. Nessa hipótese, o preso que reage a essa violência estaria agindo em legítima defesa.

Agressões omissivas próprias não são reconhecidas por essa vertente como requisito de situação de legítima defesa. Conforme Brandão (2008: p. 192), isso ocorre porque essa modalidade de omissão carece de causalidade.

O terceiro posicionamento - o qual é minoritário – compreende que qualquer modalidade de ação omissiva (seja própria ou imprópria) pode ser reconhecida para fins

de caracterização de situação de legítima defesa desde que lesione ou efetivamente ponha em perigo bem jurídico individual (SIQUEIRA: 2008: p. 49). Os adeptos a essa corrente entendem ser lícita a reação à agressão omissiva, em todas as suas formas, sob o fundamento de necessidade de proteção dos bens jurídicos individuais.

Não basta apenas existir agressão; deve a agressão ser **injusta**. Decorre logicamente dessa sentença que agressões justas – tais como o cumprimento de mandado de prisão ou a violação ao domicílio quando pela manhã e com autorização judicial – não autorizam a ação de legítima defesa.

Entende-se por injusto – visão majoritária - o que é contrário ao direito, o que é ilícito, antijurídico. Logo, qualquer conduta não amparada pelo direito, que viole ou ponha em perigo determinado bem jurídico, é injusta. Ressalta-se que o injusto não é necessariamente penal, contra o direito penal, mas sim contra o ordenamento jurídico em sua totalidade (BRITO: 1995, p. 533).

A agressão injusta deve ser **atual** ou **iminente**. Disso, decorre logicamente que inexistente ação de legítima defesa contra agressão passada (caso contrário, o direito protegeria a vingança privada) ou agressão futura. Fazendo uso das poéticas palavras de Noronha (1985: p. 189), a legítima defesa “não se funda no temor de ser agredido nem no revide de quem o foi”.

É atual a agressão que está ocorrendo, que é presente, que começou e continua sendo executada, realizada. Percebe-se que o atual prolonga-se no tempo, pois, enquanto não finalizada a agressão, é ela atual, possibilitando a reação em legítima defesa do ofendido.

Nucci (2011: p. 268), em entendimento minoritário, ensina que o requisito temporal da situação de legítima defesa deve ser flexibilizado. Segundo o autor, é possível a configuração de defesa legítima quando o ofendido, após sofrer agressões, defende-se do agressor por pressentir que ele retornará a agredi-lo. Nesse caso, a legítima defesa deve ser entendida como atual, embora o agressor não tenha retornado a agressão.

É iminente a agressão que está prestes a ser iniciada, executada, o que nos move a afirmar que a agressão iminente configura perigo ou ameaça de lesão à bem juridicamente tutelado. É preciso, contudo, que a ameaça seja acompanhada de perigo

imediate e concreto, de forma tal que a demora na reação implique em lesão ao bem jurídico (AMARANTE: 1999: p. 42). Não sendo concreto o perigo, não existe situação de legítima defesa.

Nesse sentido, leciona Mirabete (2013: p. 169): “não é admissível a excludente sequer contra uma ameaça desacompanhada de perigo concreto, pois não se concebe legítima defesa sem a certeza do perigo, e está só existe em face de uma agressão imediata, isto é, quando o perigo se apresenta *ictuoculi* como realidade objetiva”.

Sobre a agressão iminente, Siqueira (2008: p. 55-56), seguindo o entendimento de Roxin, defende que o critério para definir o início do perigo é fixado pela tentativa, mais especificamente, na fase final dos atos preparatórios - o qual é anterior à fase de execução, que configura a fase em que a conduta típica está sendo perpetrada -, posto que nesse momento ainda há tempo para o ofendido reagir à ameaça a seus direitos. Noronha (1985: p. 191), no mesmo sentido, admite a possibilidade de ação em legítima defesa contra atos preparatórios do agressor.

Diante disso, percebe-se que a reação defensiva contra agressão atual tem carácter repressivo, enquanto que a reação defensiva contra agressão iminente tem carácter preventivo (BRITO: 2014: p. 534). No primeiro, reage-se a violência que está ocorrendo; no segundo, a violência que está prestes a ocorrer. Neste segundo caso, se o ofendido não reagir, a agressão a seu direito concretizar-se-á.

Aliás, essa característica da agressão iminente não serve apenas como critério diferenciador entre ela e agressão atual, mas também entre ela e a agressão futura. A agressão futura, diversamente da iminente, não exige do ofendido reação imediata à violência sob o risco de vir a concretizar-se. Aqui, o que existe é mera possibilidade de concretização em tempo futuro incerto. Não existe perigo concreto.

A situação de legítima defesa resta plena quando existe agressão injusta, atual ou iminente, **contra bem jurídico** de qualquer pessoa, seja física ou jurídica.

Denomina-se bem jurídico o interesse protegido pela norma penal, tais como a vida, o patrimônio, a honra.

Antes o bem jurídico protegido pela legítima defesa restringia-se a vida e a integridade física. Hodiernamente, entende-se que todo e qualquer bem jurídico são suscetíveis de defesa.

Não importa se direitos da personalidade (integridade física, intelectual, moral), patrimoniais, públicos ou privados. Não importa nem mesmo o valor do bem jurídico. Qualquer um deles pode ser protegido por essa causa excludente de ilicitude, isso porque a pessoa pode ser lesada no que ela é e no que ela tem (IHERING), e todo bem jurídico, indistintamente, é suscetível de ser defendido legitimamente (MEZGER).

No mesmo sentido, entende Hungria: “o mais humilde dos direitos não pode ficar à mercê de injusto ataque. Todo direito é inviolável e nenhum, portanto, pode ser excluído da área de legítima defesa (*apud* PRADO: 2005: p. 406)”.

Da mesma forma, leciona Roque de Brito (2014: p. 549):

Todo e qualquer direito, de si é lícitamente defensável, merece proteção contra uma agressão injusta que, por si mesma, é violadora ou ameaçadora de todo o ordenamento jurídico do país, do Direito *in genere*, não cabendo, então, juridicamente, qualquer distinção entre os bens que podem ser legitimamente defensáveis e os não-defensáveis. Portanto, o “direito” do texto legal do art. 25 do vigente CP tem significação ou interpretação ampla, não sendo admissível restrição alguma a tal respeito, abrangendo todo o patrimônio jurídico individual ou interesse social, o que seja inerente à pessoa ou à sociedade.

Não há, portanto, dúvidas: a ameaça ou lesão a qualquer bem jurídico pode dar início a situação de legítima defesa, sendo lícito ao ofendido reagir com o fito de proteger seu direito ofendido.

A situação de legítima defesa resta configurada quando a agressão injusta, atual ou iminente, é direcionada a bens jurídicos do ofendido ou de **terceiros**. Assim, não só o ofendido pode repelir agressão injusta contra si, mas também qualquer pessoa, independentemente de vínculo com ele.

Justifica-se essa possibilidade pela mesma razão da legítima defesa própria. O Estado, por entender não ser capaz de proteger a todos que estejam sob sua soberania, permite que terceiros ajam para proteger direitos de pessoa que está sendo ofendida ou na iminência de ser. O Estado, nessas situações, transfere seu dever a todo cidadão,

podendo este repelir agressão injusta, “metendo a colher” para impedir que outrem tenha direito seu lesionado ou ameaçado.

Sobre a legítima defesa de terceiros, merece atenção a questão do consentimento do ofendido. Isso porque, a depender do bem jurídico ofendido, pode a pessoa que intervém ser responsabilizada criminalmente por sua ação bem intencionada.

A doutrina majoritária leciona que, quando o bem jurídico for disponível, o agente que intervém com o fito proteger bem jurídico do ofendido será responsabilizado caso este último tenha consentido com a ameaça ou lesão a seu direito. Por outro lado, caso o bem jurídico seja indisponível, a ação do agente que intervém será sempre legítima, independentemente de ter ou não o ofendido consentido com a ameaça ou lesão a seu direito.

Nesse sentido:

Sendo indisponível o bem jurídico agredido (casos de agressões mortais ou de ofensas corporais graves), é claro que não pode existir qualquer dúvida de que a agressão é ilícita, pois que, mesmo que houvesse consentimento do agredido na heterolesão em curso, este seria irrelevante, seria ineficaz (Américo Carvalho *apud* NUCCI: 2012: p. 280).

É de se comentar, porém, a dificuldade de alguém identificar no calor do momento da agressão qual precisamente é o bem jurídico violado e qual sua natureza (se disponível ou indisponível). Se o jurista, que é graduado em direito, não sabe de cor quais os bens disponíveis e quais os indisponíveis, quanto mais um leigo! Boa sorte para o terceiro que, movido por boas intenções, interfere numa situação que parece ser de legítima defesa...

Imperioso observar que o consentimento válido é aquele manifestado por sujeito plenamente capaz de compreender o carácter ilícito do fato, as consequências dessa agressão sobre si e de expressar conscientemente sua anuência. Se o ofendido não estiver em perfeito estado mental no momento que proferiu seu consentimento, é lícito ao terceiro intervir mesmo que o bem jurídico em questão seja disponível.

Ante o exposto, existindo agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro, configurada está a situação de legítima defesa, sendo plenamente

cabível a ação de legítima defesa, ação esta que, por determinação legal, também sofre limitações. Passemos a analisá-la no próximo capítulo.

CAPÍTULO III – AÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA: COMO DEVE SER A REAÇÃO DEFENSIVA

Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, segundo o artigo 25 do Código Penal Brasileiro.

Nesse dispositivo pode-se inferir a existência de dois cenários: um referente à situação de legítima defesa e outro à ação de legítima defesa. O primeiro discorre sobre o momento em que o direito permite a reação defensiva e o segundo sobre a medida dessa reação.

Quando presente a existência de agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, o direito permite a reação do ofendido. O momento da reação é o instante da configuração desses elementos da situação de legítima defesa. Ausente qualquer um deles, tal situação não resta configurada e, uma vez não sendo configurada, não pode um sujeito alegar legítima defesa para acobertar sua conduta, já que esta não existe sem aquela. Não há como existir ação defensiva legítima sem sequer existir, previamente, situação de legítima defesa.

Da mesma forma que o direito exige a presença de todos os elementos legais para que reste configurada a situação de legítima defesa, exige também a presença de todos os elementos legais para caracterização da ação de legítima defesa. Esta, por sua vez, tem como elementos essenciais a necessidade e moderação. A falta de qualquer um deles resulta em ação excessiva, podendo o ofendido, em razão da reação desmedida, responder pelo excesso.

Embora o dispositivo legal referente à legítima defesa nada comente a respeito de elemento subjetivo, a doutrina considera-o vital para a caracterização da ação de legítima defesa.

Passemos a discorrer sobre cada um desses requisitos.

Necessidade. Este, para Roque de Brito, é o elemento primordial da ação de legítima defesa. Isso porque toda reação defensiva gira em torno dele. O legislador exigiu que a defesa do ofendido fosse perpetrada por meios necessários, o que faz-nos concluir tratar a necessidade de qualidade imprescindível do meio. A moderação, por outro lado, corresponde à forma pela qual o meio necessário deve ser usado. Assim,

pouco importa se a ação é moderada ou não, não sendo o meio necessário, defesa legítima não há. Se a ação de legítima defesa não existe sem meio necessário, como pensar na moderação sem este? Deve, pois, antes, pensar em meio necessário e, existindo este, em moderação. Por essa razão, o autor considera a necessidade o elemento principal e a moderação o acessório dele.

Mas o que se entende por necessidade? O que se entende por essa expressão tão ampla?

Creus Claus (2004: p. 320), ao definir os meios necessários, chama-os de os suficientes para neutralizar o ataque antijurídico. Bitencourt (2012: p. 919), de “suficientes e indispensáveis para o exercício eficaz da defesa”. Brandão (2008: p. 193) conceitua o meio necessário como “aquele que, estando disponível ao agente, é hábil para repelir a agressão injusta”.

Nota-se, até então, que a eficácia do meio bem como sua disponibilidade perante o ofendido são fatores importantes na definição da necessidade.

Contudo, não são os únicos. Siqueira (2008: p 59) traz um elemento imprescindível na sua definição: “meio necessário é aquele que, dentro da esfera de disponibilidade do agredido, é idôneo, ou seja, apto a realizar seu fim de fazer cessar a agressão, e, ao mesmo tempo, o que menos mal provocará no agressor, visto que aqui rege o princípio da menor lesividade”.

O respeito ao princípio da menor lesividade na escolha do meio também é comentado pelo jurista espanhol Jakobs: “el defensor sólo está justificado cuando elige, de entre los medios apropiados para la defensa, el que comporta la pérdida mínima para el agresor (1997: p. 472)”.

Em suma, considera-se meio necessário aquele que, dentro da esfera de disponibilidade do ofendido, consegue neutralizar a agressão do ofensor ao mesmo tempo em que causa a ele o menor dano possível. Disponibilidade, eficácia e menor lesividade são elementos cruciais da necessidade na reação defensiva. Ausente qualquer um desses caracteres, o meio carecerá de necessidade.

Por outro lado, embora seja imprescindível para configuração da necessidade a escolha pelo meio menos danoso ao agressor, não exige o direito que o ofendido faça uso deste quando duvidosa for sua eficácia ou quando seu uso implicar

em risco para bem jurídico individual. Nesse sentido: “necesaria és toda defensa idónea, que sea a la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no este unida al riesgo inmediato de sufrir um daño” (ROXIN: 2006: p. 628).

Em concordância:

El defensor debe elegir, de entre varias clases de defensa posibles, aquella que cause el mínimo daño al agresor. Pero para ello no tiene por qué aceptar la posibilidad de daños em su propiedad o de lesiones em su propio cuerpo, sino que está legitimado para emplear como médios defensivos los médios objetivamente eficaces que permitan esperar con seguridade la eliminación del peligro (El BGH *apud* ROXIN: 2006: p. 628-629).

Assim, na hipótese de existir dois meios, sendo duvidosa a eficácia do mais benigno, o direito permite o uso do mais grave desde que seja mais seguro, eficaz. Isso porque, sendo fundamento da legítima defesa a proteção de bens jurídicos individuais, não faz sentido exigir do ofendido que ele corra o risco de ter violado seu direito.

Sobre essa questão, interessante é a abordagem de Carvalho. Segundo o autor, o meio necessário é o idôneo, isto é, que não põe em risco bens jurídicos essenciais do ofendido (*apud* SIQUEIRA: 2008: p. 60). Assim, se meio necessário é o idôneo e o idôneo é o que não põe em risco bens jurídicos individuais do ofendido, o meio duvidoso jamais pode ser considerado necessário, já que ele é desprovido de idoneidade. Dito isso, existindo dois meios à disposição do ofendido, sendo um menos grave, porém de eficácia duvidosa, e um mais grave, porém seguro; deve o ofendido deste fazer uso, haja vista ser este o único necessário por ser idôneo. Nesse caso, apesar de existir dois meios disponíveis, apenas o mais grave é necessário, visto ser o único eficaz e seguro.

Por outro lado, havendo dois meios igualmente hábeis a repelir agressão injusta, qual deve ser escolhido pelo ofendido? Por óbvio, qualquer um deles, haja vista a proporcionalidade da capacidade lesiva existente entre eles.

E existindo apenas um meio à disposição do ofendido? Existindo apenas um meio, é ele o necessário. Segundo Damásio de Jesus (2011: p. 432): “o meio escolhido deixará de ser necessário se quando se encontrarem à sua disposição outros meios

menos lesivos. O sujeito que repele a agressão deve optar pelo meio produtor de menor dano. Se não resta nenhuma alternativa, será necessário o meio empregado”.

E sendo o meio menos danoso a fuga, é obrigado o ofendido fazer uso dela? A fuga ou *commodus discessus* não é obrigatória em nosso ordenamento jurídico. Isso porque o direito não pode exigir a covardia ao homem, determinando a este que empregue uma fuga desonrosa. Em outras palavras, parece que o direito preferiu resguardar a honra do ofendido à integridade do agressor, já que, não obrigando o primeiro a fazer uso da fuga quando esta for o meio menos danoso; permite o uso do mais prejudicial ao agressor, violando o fundamento da menor lesividade do meio.

Siqueira (2008: p. 63) discorda da não obrigatoriedade do uso da fuga quando meio menos danoso, visto que isso permite flagrante violação ao fundamento da menor lesividade do meio ao autorizar os ofendidos o uso de meios desnecessários.

E se existir autoridade pública próxima ao local em que restou configurada a situação de legítima defesa? Siqueira (SIQUEIRA: 2008: p. 64) leciona que esse meio – intervenção de autoridade pública – apenas deve ser usado se menos gravoso ou se de capacidade lesiva proporcional a outro meio a disposição do ofendido. Neste último caso, deve-se preferir a intervenção de autoridade pública, mesmo que a capacidade lesiva dos meios seja equivalente, porque cabe ao Estado zelar pela segurança de todas as pessoas que se encontram sob sua soberania. Diferentemente, no caso deste meio ser o mais gravoso, o ofendido, em respeito ao fundamento da menor lesividade, deve fazer uso de outro mais benigno.

Moderação. A moderação diz respeito à forma de uso do meio necessário. Por longo período, entendeu-se por meio moderado aquele capaz de neutralizar a conduta do agressor, sem causá-lo mal superior ao já feito por ele. Meio moderado era o apto a cessar a agressão injusta. Sem mais. Isso porque se entendia que, como a finalidade da reação é repelir a agressão, aquela não podia ser mais grave que esta. Exigia-se da reação mesmo peso, medida, igualdade milimétrica da agressão. Caso a reação fosse desproporcional à ofensa, sendo mais grave que esta, não podia restar configurada a defesa legítima, devendo o ofendido responder pelos excessos.

Nessa perspectiva, se o patrimônio de um sujeito fosse violado, este não poderia defender-se atacando a vida do agressor; ou, se um sujeito fosse agredido com tapas, não poderia defender-se com uma arma. Nessas duas hipóteses, a conduta

defensiva seria considerada imoderada, haja vista não existir proporcionalidade entre a agressão e a reação. O ofendido, portanto, teria de responder pelo excesso.

Esse entendimento de se tratar a moderação de critério rígido, inflexível, mudou para a maior parte da doutrina penal. Hodiernamente, entende-se tratar a moderação de critério relativo. Assim, não se exige equivalência de bens jurídicos afetados na reação e agressão. Não se exige mesma potencia lesiva na agressão e reação. O que se exige é que, no caso concreto, diante das circunstâncias enfrentadas pelo ofendido, sua reação seja considerada moderada.

Sobre isso, comenta Roque de Brito:

A moderação existe em razão da necessidade de defesa e não depende da rigorosa proporcionalidade entre ataque e repulsa ou entre importância do bem ofendido e importância do bem que vai ser atingido pela reação, quando *in concreto*, foram utilizados meios que mesmos desproporcionados, eram, apesar de tudo, os absolutamente indispensáveis para uma eficiente defesa (BRITO: 1957: p. 69-70).

A relativização da moderação no caso concreto deve ser feita mediante análise das circunstâncias do fato.

Circunstâncias de tempo e lugar, a gravidade da agressão, o bem jurídico em perigo, a personalidade e reação do ofendido são algum dos pontos que devem ser observados para fins de constatação da moderação na ação defensiva. Siqueira (2015: p. 231), por outro lado, entende bastar a presença de três requisitos na análise da moderação: intensidade, duração e momento da reação defensiva.

Tais circunstâncias devem ser apreciadas pelo magistrado competente para processar e julgar o caso. Ele, por meio de operação mental, deve se por na posição do ofendido, considerando todas as circunstâncias por ele vivenciadas no momento em que se deu a situação de legítima defesa, e se perguntar se, nessa mesma situação, teria tomado a mesma atitude do ofendido. Se afirmativa a resposta, o juiz deve reconhecer a reação moderada; se negativa, não deve.

Não deve o juiz, portanto, limitar-se a comparar os bens jurídicos afetados e a gravidade dos meios usados pelo agressor e ofendido. A apreciação da moderação

deve levar em conta a reação do homem nas mesmas circunstâncias vividas pelo ofendido.

Na apreciação do requisito moderação, não se pode exigir uma perfeita adequação entre ataque e defesa, uma vez que, quem se encontra nessa situação, tendo que atuar, em certos casos, de improviso, geralmente tem dificuldade de valorar claramente a medida moderada da repulsa. Costuma-se afirmar que não podemos concluir se o uso foi imoderado simplesmente pensando, como numa balança, a agressão e a reação, sem levar em consideração os outros fatores envolvidos (SIQUEIRA: 2008: p. 72).

Dito isso, caso uma mulher reaja ao estupro ceifando a vida do agressor ou caso uma idosa desfira tiro contra jovem que lhe rouba, podem essas reações defensivas ser consideradas legítimas devido às circunstâncias em que o fato se deu; como, por exemplo, a diferença de força entre os sujeitos.

Deve-se tomar cuidado, contudo, com o seguinte: o fato do conceito de moderação ser relativizado não implica em relativização da existência da moderação. A moderação sempre deve estar presente, de forma que sua ausência resulta em responsabilidade do ofendido por seus excessos.

Assim, se um idoso conseguir impedir o roubo de seu carro desferindo dois tiros em cada perna de seu agressor, caso ele, depois disso, atire na cabeça deste, sua conduta será imoderada e, portanto, excessiva.

Elemento subjetivo. A lei penal pátria, ao tratar sobre a ação de legítima defesa, nada comentou acerca do elemento subjetivo. Devido a isso, por tempos, essa ação foi compreendida como puramente objetiva. Nos tempos atuais, porém, a doutrina majoritária entende pela imprescindibilidade do elemento subjetivo na reação defensiva, mesmo não tendo ocorrido alteração no texto legal, posto ser essa compreensão mais consonante com a teoria finalista da ação.

O maior desafio hoje não é aceitar a essencialidade do elemento subjetivo – grande parte da doutrina já se manifesta a favor desse entendimento -, mas sim conceitua-lo. Isso porque existem diversas definições na doutrina a respeito do que seja o elemento subjetivo na reação defensiva. Vejamos alguns deles:

Callegari (2014: p. 169) leciona corresponder o elemento subjetivo à consciência da agressão e vontade de defender bem jurídico lesionado ou ameaçado. Não é preciso estar ambos os requisitos presentes no momento da reação defensiva; basta qualquer um deles.

No entanto, como a vontade de defesa é formada posteriormente a consciência da agressão – já que não se pode querer defender-se do que não se conhece -, a melhor interpretação para o entendimento do autor é que, no mínimo, deve estar presente a consciência da agressão. Porém, afirmar isso implica em concluir que basta esse requisito para que o elemento subjetivo reste configurado. Isso porque, presente ou não a vontade defensiva, o elemento subjetivo estará completo. A vontade de defesa, nessa concepção, soa como mero *plus* na subjetividade da legítima defesa...

Roxin admite a configuração do elemento subjetivo mesmo quando não há vontade de defesa, porque condicionar a ação defensiva à existência concomitante desse elemento diminuiria as chances de defesa justa, criando-se oportunidade para o direito ceder frente ao injusto. De acordo com ele: “para que el defensor este justificado há de actuar com conocimiento de la situación de legítima defensa; pero en cambio, no es necesaria una ulterior voluntad de defensa en el sentido de que el sujeto tenga que estar motivado por su interes em la defensa (y no, p. ej. por cólera o por la intención de danar al agresor) (ROXIN: 2006: p. 667)”.

Mirabete (2013: p. 172), no mesmo sentido, define o elemento subjetivo como o conhecimento do agente de estar sendo agredido.

Regis Prado (2005: p. 406), por outro lado, defende consistir o elemento subjetivo na consciência da agressão e vontade de defesa. Imprescindível a presença dos dois.

Zaffaroni concorda com o posicionamento de Prado, definindo o elemento subjetivo como reconhecimento da agressão e finalidade defensiva. Esclarece, ademais, não ser necessário o conhecimento por parte do ofendido acerca da legitimidade da ação defensiva (2011: p. 509).

Aníbal Bruno (2003: p. 239), além da consciência da agressão e vontade de defesa, admite a presença de outra vontade de agir, como a vingança, desde que não exceda os requisitos da necessidade e moderação, por ele considerados objetivos.

Juristas como Wezel, Maurach e Jescheck, por sua vez, entendem que basta o elemento volitivo, isto é, a vontade de defesa (*animus defendendi*) para que se caracterize o elemento subjetivo (*apud CALLEGARI: 2014: p. 169*). Da mesma forma, caminha Roque de Brito (2014: p. 540) e Brandão (2008: p. 194-195).

Creus Claus (2004: p. 323) informa que, entre os subjetivistas, há os que defendem a consciência de licitude da reação defensiva por parte do ofendido. Este, ao repelir agressão injusta, deve ter consciência de ser sua conduta lícita, justa, conforme o direito. Se não agir consubstanciado nessa consciência, sua reação não pode ser considerada legítima.

Zaffaroni posiciona-se contrariamente a isso. De acordo com ele: “señálase, sin embargo, que dicho aspecto subjetivo se conforma com el conocimiento de las circunstancias objetivas y la finalidad de actuar em preservación de los bienes jurídicos que se trata de defender o salvar, sin que sea imprescindible saber y querer actuar de acuerdo com el derecho (*apud CREUS: 2004: p. 323*)”.

Note-se que, embora hajam vários conceitos, todos eles giram em torno dos elementos consciência da agressão e vontade de defesa. Em algumas definições esses dois requisitos são obrigatórios; em outras, alternativos. Em outras, apenas um deles forma o elemento subjetivo ou a eles acrescenta-se outro elemento.

CAPÍTULO IV – EXCESSO: QUANDO A REAÇÃO DEFENSIVA DEIXA DE SER LEGÍTIMA

Primeiramente, importa esclarecer o óbvio: o excesso apenas pode existir quando anteriormente a ele existia ação de legítima defesa. Isso porque o excesso consiste na ação que ultrapassa os limites legais da ação defensiva, tornando o que era lícito em ilícito, razão pela qual o ofendido deve responder pela conduta excessiva.

Assim, imaginemos o seguinte cenário: Tício, ao se encontrar com Mévio, deferiu-lhe socos na face. Este, diante de uma agressão injusta e atual, conseguiu imobilizar aquele, fazendo cessar a violência contra sua integridade física, e, posteriormente e imediatamente a isso, socou a face dele uma única vez.

Percebe-se que Mévio enfrentou uma situação de legítima defesa quando Tício o agrediu injustamente. Com o fito de resguardar sua integridade física, aquele reagiu à agressão injusta e atual, imobilizando seu agressor. Tal conduta, até então, consistia em defesa lícita. Todavia, após cessar, neutralizar a agressão, ele deferiu um soco na face de Tício, não sendo essa agressão necessária para fins defensivos. Dito isso, essa última ação ultrapassou o limite legal, motivo pelo qual por ela deve Mévio responder.

Inicialmente, o ofendido agiu lícitamente, dentro do exigido na ação de legítima defesa; porém, ao final, a conduta por ele perpetrada não era mais necessária para a defesa. Dito isso, o excesso apenas existe quando o agente, repelindo a agressão injusta, atual ou iminente, excede os limites da ação defensiva. Ressalta-se: essencial é que a reação inicialmente seja legítima, pois, sem ela, não há legítima defesa menos ainda excesso.

Pode-se afirmar que, no Direito Penal, o excesso é um instituto sem vida autônoma, pois é ele funcionalmente vinculado à configuração de uma situação na qual se identifique uma causa de justificação. Assim, surge o excesso quando o agente, ao versar numa causa de exclusão de ilicitude, viola os requisitos exigidos em lei, ultrapassando as fronteiras do permitido (GUERRERO, Hermes *apud* GREGO: 2016: p. 462).

Superada essa questão – bastante lógica, diga-se de passagem -, interessa definir o que torna uma ação de legítima defesa excessiva.

A lei exige que seja a reação defensiva necessária e moderada. A doutrina, por sua, impõe a presença do elemento subjetivo. Dito isso, uma vez consagrada a imprescindibilidade desses requisitos, considera-se excessiva a conduta que se torna desnecessária, imoderada ou que cujos elementos subjetivos deixam de ser justificantes.

Nesse sentido: “na legítima defesa, configura-se excesso quando, após a reação justa, o agente excede-se, intensificando, sem necessidade, aquela reação no início justificada (AMARANTE: 1999: p. 47)”.

Sendo o excesso o que vem após a reação justa, Greco marca como termo inicial desse instituto o momento em que o ofendido cessa a agressão injusta. A partir desse instante, continuando o ofendido a defender-se, serão essas condutas excessivas. Segundo o autor: “para que possamos verificar se o uso do meio necessário foi moderado ou não, é preciso que tenhamos um marco, qual seja, o momento em que o agente consegue fazer cessar a agressão que contra ele era praticada. Tudo o que se fizer após esse marco será considerado excesso (2016: p. 452)”.

A conduta excessiva, por ser ilícita, deve ser punida. Assim, o ofendido, que antes era justificado, deverá responder pelos danos resultantes de seu excesso. E mais, deve ser punido tanto se o excesso for doloso como culposo, segundo o artigo 23, parágrafo único, do Código Penal.

De acordo com Greco (2016: p. 462), o excesso doloso pode manifestar-se de duas formas: quando o agente, mesmo depois de fazer cessar a agressão, continua o ataque porque quer causar mais lesões ou mesmo a morte do agressor inicial (excesso doloso *strictu sensu*); e quando o agente, mesmo depois de fazer cessar a agressão, continua a se defender por acreditar que pode ir até o fim.

A primeira modalidade (excesso doloso *strictu sensu*) em nada condiz com o fundamento de legítima defesa, isto é, a proteção à bem jurídico individual e ordenamento jurídico. Sabe-se que deve o ofendido, por meio de sua reação, visar cessar a agressão injusta, pondo em segurança seu bem jurídico. A reação é meramente defensiva, buscando-se apenas proteger aquilo que é injustamente agredido. À vista disso, caso o ofendido, após se defender, continue o ataque porque quer causar lesão ao agressor inicial, não estamos mais diante de ação de legítima defesa, não estamos mais diante de conduta justificada. Caso o ofendido, com consciência e vontade livre, pratique conduta com intenção, vontade de lesionar o agressor, o que existe é conduta

típica, antijurídica e culpável, já que o direito não acoberta quem, intencionalmente, quer lesionar bens jurídicos de outrem. Não importa se a conduta anterior era justificada, atuando o ofendido com consciência e vontade de lesionar ou matar o agressor, há uma conduta criminosa.

Entendemos que o excesso doloso nega, por si mesmo, por sua própria natureza, subjetivamente, qualquer justificativa, pois é incompatível com o elemento subjetivo de qualquer justificativa. Em nossa opinião, é sinônimo de excesso criminoso, de vontade criminosa e não de animus de vontade de defender-se, inconciliável, portanto, com a legítima defesa ou qualquer outra justificativa penal, por causa excludente de criminalidade. (BRITO: 2014: p. 548-549).

A segunda modalidade de excesso doloso resulta do erro de proibição indireto. Conforme a doutrina, essa espécie de erro ocorre quando o agente, tendo conhecimento acerca da norma, age contrariamente a ela por acreditar estar acobertado por alguma causa justificante ou por desconhecer os limites dela (BRANDÃO: 2008: p. 251).

É o caso, por exemplo, de Tício que, mesmo após repelir a agressão injusta de Mévio, continua a desferir nele socos por acreditar que isso é autorizado pela lei, por acreditar que essa ação excessiva é, na verdade, extensão do seu direito de defesa.

Na hipótese do erro ser evitável (inescusável), isto é, quando o ofendido não tem conhecimento acerca da antijuricidade de sua conduta, mas a ele era possível informar-se sobre ela, a pena poderá ser diminuída de um sexto a um terço (artigo 21, *caput*, terceira parte, do Código Penal Brasileiro).

Por outro lado, na hipótese do erro ser inevitável (escusável), o que ocorre quando o ofendido não tem conhecimento acerca da antijuricidade de sua conduta nem tinha como disso saber, a culpabilidade dele é excluída, sendo, portanto, isento de pena (artigo 21, *caput*, segunda parte, Código Penal Brasileiro).

O excesso culposo, da mesma forma, segundo Greco, pode manifestar-se de duas maneiras: quando o agente, ao avaliar mal a situação que o envolvia, acredita que ainda está sendo ou que poderá vir a ser agredido e, em razão disso, continua a executar

a repulsa; e quando o agente, devido à má avaliação dos fatos e de sua negligência quanto à avaliação das circunstâncias que o cercavam, excede-se em razão de “erro de cálculo quanto à gravidade do perigo ou quanto ao *modus* da reação” (excesso culposo *strictus sensus*) (2016: p. 463).

A primeira modalidade resulta de erro de tipo essencial, isto é, quando o ofendido incorre em erro quanto à circunstância que exclui carácter criminoso da ação (BRANDÃO: 2008: p. 245). Assim, quando Tício, ao ser agredido por Mévio, repele a agressão injusta por ele perpetrada e continua defendendo-se por acreditar que a agressão ainda persiste, incorre nessa espécie de erro.

Nessa situação, quando o erro decorre de culpa e o fato é punível como culposo, o ofendido deve ser punido como incurso na pena prevista para esse tipo de crime (artigo 20, § 1º, segunda parte, do Código Penal Brasileiro).

Na segunda modalidade, o ofendido, desde o início da agressão, por negligência, mal avalia a situação por ele sofrida, o que resulta em reação, do início ao fim, desmedida.

Semelhantemente, se o erro for escusável, isenta de pena; se não, esta deve ser diminuída de um sexto a um terço.

Por fim, importa ressaltar sobre o excesso culposo que ele apenas pode ser punido quando for previsto em lei pena a título de culpa para a conduta antijurídica perpetrada. Não havendo essa previsão, o excesso não pode ser punido, já que não existe prévia cominação legal. Contudo, de acordo com Amarante, a falta de responsabilização criminal não impede a cível (1999: p. 47).

PARTE II

CAPÍTULO V – EMOÇÃO E COMPORTAMENTO HUMANO

O cérebro humano, conforme leciona Roberto Lira Miranda (1990: p xiii), pode ser dividido em três camadas: nível medular, nível cerebral inferior e nível cerebral superior. A primeira, a qual é a mais interna ao órgão, tem por finalidade a execução de movimentos reflexivos e instintivos. A segunda, a qual se encontra entre a primeira e terceira camada, é responsável pela operação de atividades orgânicas inconscientes e subscientes, bem como pela execução de reações emocionais do ser humano. A terceira, a qual é a mais externa e, por conseguinte, mais próxima ao osso cranial, tem por fim a operação de atividades conscientes, intelectuais e deliberativas do homem.

As duas primeiras camadas (nível medular e nível cerebral inferior) formam o que a ciência convencionou chamar de sistema límbico. Sem ele, o *Homo Sapiens* não evoluiria até o ser humano moderno, posto que tal sistema, por ser responsável pela memória e reação emocional, além de respostas fisiológicas impulsivas, permitiu aos nossos ancestrais sobreviverem ao enfrentarem circunstâncias em que milésimos de segundos importavam para não perder a vida ou manter a integridade corpórea.

A terceira camada, cientificamente denominada de sistema cortical, córtex ou neocórtex, desenvolveu-se milhões de anos após o sistema límbico. Tal região corresponde ao cérebro pensante, o qual pondera, reflete, decide (GOLEMAN: 2012: p. 36). Indubitavelmente, o desenvolvimento dessa camada marcou a história da humanidade, posto que ela permitiu a nossa espécie adquirir aptidões e capacidades intelectuais jamais vistas em qualquer outro ser vivo.

Goleman, ao analisar a estrutura cerebral do homem moderno, conclui ser este dotado de duas mentes: a emocional, que sente, e a racional, que pensa. A primeira é impulsiva, poderosa, às vezes ilógica; a segunda é mais destacada na consciência, além de ser capaz de ponderar e refletir (2012: p. 34-35). Comparando com as divisões cerebrais, a mente emocional corresponde ao sistema límbico; a racional, ao neocórtex. Conforme o autor, tais mentes são harmônicas, trabalham juntas na tomada de decisão do ser pensante:

Essas duas mentes, a emocional e a racional, na maior parte do tempo, operam em estreita harmonia, entrelaçando seus modos de conhecimento para que nos orientemos no mundo. Em geral, há um equilíbrio entre as mentes emocional e racional, com a emoção alimentando e informando as operações da mente racional, e a mente racional refinando e, às vezes, vetando a entrada das emoções (2012: p. 35).

Há ocasiões, porém, que a relação entre as duas mentes torna-se desarmônica, o que pode resultar em ações perpetradas pelo ser pensante de acordo com a que impera. É o caso, por exemplo, quando a mente emocional, em respostas a estímulos, regra geral, externos, emite respostas ao organismo antes da racional, fazendo com que o indivíduo aja de maneira tal que não teria agido se estivesse em seu estado de consciência natural.

Goleman explica esse fenômeno ao se referir a situações em o que o homem deva reagir imediatamente a uma situação de perigo a fim de que ele não pereça.

Segundo o autor, quando o ser humano encontra-se em cenário que o ponha em grave risco, tal informação é transmitida a seu cérebro por meio dos seus sentidos, sobretudo visão e audição. Tal mensagem encaminhada através de sinais sensoriais, ao chegar ao tálamo, percorre dois caminhos: um mais curto, até à amígdala, e outro mais extenso, até o neocórtex. Como o primeiro é mais curto, os sinais sensoriais transmitidos alcançam primeiramente a amígdala - parte do sistema límbico, mente emocional -, a qual, devido à urgência, sem esperar, emite comandos para o corpo com a finalidade de fazê-lo reagir à situação ameaçadora, conforme a emoção provocada pelo estímulo externo. Tudo isso opera rapidamente, em milésimos de segundos, antes que a mente racional saiba o que está ocorrendo. Posteriormente, os sinais alcançam o destino do percurso mais longo, isto é, o neocórtex - mente racional -, o que permite ao homem ponderar sobre a situação e decidir sobre qual conduta adotar (2012: p. 43).

Damáσιο, ao tratar sobre a emoção, declara apenas ser possível ao homem ter consciência dela quando todas as fases “mentais emocionais” restam plenas. Segundo o autor, existem três delas: “um estado de emoção, que pode ser desencadeado e executado inconscientemente; um estado de sentimento, que pode ser representado inconscientemente; um estado de sentimento tornado consciente, isto é, que é conhecido pelo organismo que está tendo emoção e sentimento (2000: p. 75)”. cremos que esta

última corresponde à comentada por Goleman, quando ele menciona o momento em que os sinais sensoriais alcançam o neocórtex.

Conduto, infelizmente, não é incomum ocorrer casos em que o neocórtex adquire conhecimento sobre o evento quando o cenário de risco já não mais existe e a resposta dada pela mente emocional é considerada desrazoável, imprópria, pela mente racional.

Basta lembrar-se daquele momento em nossas vidas que “perdemos o controle” e, por conta disso, realizamos algum ato do qual nos arrependemos depois de “esfriarmos a cabeça”. Essas expressões populares demonstram bem o momento em que a mente emocional responde mais rápido que a racional.

Impulsos de extrema violência que afetem, excitem o sistema límbico não passará, conseqüentemente, pelo crivo do lobo frontal, ou seja, a vontade, íntima da consciência, estará ausente por alguns milésimos de segundo, desencadeando, o que se pode classificar como “efeito marionete”, onde o homem, excitado, e tal excitação está tanto ligado à neurobiologia quanto à psique, faz que a conduta seja de ímpeto, abrupta, inesperada. Um homem calmo, ponderado, que mede cada palavra a dizer, cada conduta a seguir, nesse sistema de efeitos de milionésimos de segundos, afasta-se do bom senso, de sua capacidade cordata (MAÍLSON: 2011: p. 4).

Todo o processo desencadeado pela mente emocional no momento em que os sinais sensoriais transmitem informação de perigo à amígdala não apenas ocorre em milésimos de segundos como também altera todo o organismo. O sistema nervoso, em resposta a memória emocional, por meio de neurotransmissores, envia comandos ao sistema endócrino com fito de este libere na corrente sanguínea o hormônio responsável por provocar no organismo reação própria da emoção despertada pelo estímulo externo.

Tais alterações bioquímicas que ocorrem no organismo alternam-no de dentro para fora, provocando, por exemplo, a aceleração dos batimentos cardíacos, aumento da sudorese, contração de determinados músculos, apresentação na face de micro expressões correspondentes a emoção manifestada. Assim, “sendo a emoção um sentido regulador, ela age sobre a parte orgânica do ser, determina sua conduta e sua personalidade. Interfere nos processos somáticos como batimentos cardíacos, pressão arterial, processos digestivos, imunidade, etc. (SANTOS: 2000: p. 319)”.

Nesse sentido, caso os sinais sensoriais tragam à memória emocional imagem sob a qual se conclua estar o indivíduo numa situação de grave risco, a mente emocional, por meio do sistema nervoso, encaminhará comandos de emoção de medo ao sistema endócrino para que ele produza adrenalina ou epinefrina; hormônio que, ao ser liberado na corrente sanguínea, provoca vasoconstrição, taquicardia, excitação dos músculos, de forma a preparar o corpo para situações adversas, como correr, paralisar-se, ou ainda desencadear calorosa discussão, com grande probabilidade de agressões desenfreadas (MAÍLSON: 2011: p. 6).

A emoção, diante do explanado, possui duas funções biológicas: provocar uma reação ao estímulo externo e preparar o organismo para exercer tal reação (DAMÁSIO: 2000: p. 109).

É evidente, pois, que as reações provocadas pela mente emocional quando o indivíduo encontra-se em grave perigo não dependem da vontade do homem, logo da mente racional. Tais reações ocorrem em razão de manifestação da mente emocional quando confrontada com estímulos externos que dela requer uma resposta rápida sob o risco de por em cheque a integridade do ser humano que se encontra nesse quadro de perigo.

De acordo, explana Maílson: “a consciência de seus atos ele não mede racionalmente, age movido pela emoção, através do “efeito marionete”. O complexo sistema nervoso central está bombardeado pelos processos químicos. A vontade aqui se encontra desvirtuada, abalada, viciada (2011: p. 5)”.

Além de independente da vontade do homem, esse procedimento da mente emocional é inato à natureza humana:

Quando investigam por que a evolução da espécie humana deu à emoção um papel tão essencial em nosso psiquismo, os sociobiólogos verificam que, em momentos decisivos, ocorreu uma ascendência do coração sobre a razão. São as nossas emoções, dizem esses pesquisadores, que nos orientam quando diante de um impasse e quando temos de tomar providências importantes demais para que sejam deixadas a cargo unicamente do intelecto – em situações de perigo, na experimentação da dor causada por uma perda, na necessidade de não perder a perspectiva apesar dos percalços, na ligação com um companheiro, na formação de uma família. Cada tipo

de emoção que vivenciamos nos predispõe para uma ação imediata; cada uma sinaliza para uma direção que, nos recorrentes desafios enfrentados pelo ser humano ao longo da vida, provou ser a mais acertada. À medida que, ao longo da evolução humana, situações desse tipo foram se repetindo, a importância do repertório emocional utilizado para garantir a sobrevivência da nossa espécie foi atestada pelo fato de esse repertório ter ficado gravado no sistema nervoso humano como inclinações inatas e automáticas do coração (GOLEMAN: 2012: p. 30).

A capacidade emocional não apenas acompanhou a história da humanidade como permitiu que ela existisse. Tal programação emocional é transmitida pelos genes, permitindo que os seres humanos tenham “gravados” em si um repertório emocional que, a depender do estímulo provocado, faça-os agir rapidamente quando a situação enfrentada assim exigir.

Além da programação genética emocional, o comportamento humano resulta da subjetividade de cada ser. Isso porque a reação das pessoas para eventos semelhantes varia de acordo com a individualidade de cada um. E esta, por sua vez, forma-se tanto por predisposições genéticas quanto por fatores externos. Questões como personalidade, gênero, idade, estética, classe econômica, educação, religião, cultura, nacionalidade, experiências de vida, etc., influem na construção do sujeito; na forma como ele compreende o mundo, interage consigo e com outras pessoas, lida com seus sentimentos e reage a situações de tensão.

Todas essas variantes, além de outras não citadas, somadas, resultam num indeterminado número de selfs diferentes. Se homem ou mulher, criança, jovem, adulto ou idoso, se pobre ou rico; belo ou feio, cada uma dessas alternativas de “ser” influem na construção de um sujeito único. E não existe nenhum ser humano idêntico a outro. Seja por fatores internos seja por fatores externos, não há uma pessoa que tenha a mesma personalidade, capacidade lógica, habilidades mentais e manuais, tipo de inteligência, vivência, passado, educação, expectativas, sonhos, crenças, medos, realidade familiar, etc., igual à outra. Somos todos únicos, todos dotados de uma singularidade complexa. E se a mente humana em si é complexa, a tarefa de compreender o ser humano torna-se ainda mais árdua devido a essas infinitas circunstâncias que se conectam a ela e a influem.

Considerando que a taxa populacional do Brasil continua a mesma do ano 2010, existem 190.732.694 (cento e noventa milhões, setecentos e trinta e dois mil, seiscentos e noventa e quatro) pessoas nesse país, tendo cada uma delas sua própria subjetividade, individualidade, realidade e vivência. Fatores genéticos, internos e externos moldam cada uma delas. E cada sujeito carrega um mundo nas suas costas. Mundo complexo e misterioso até mesmo para quem o carrega.

A personalidade é o padrão característico do comportamento de um indivíduo. Os outros veem esse padrão de comportamento como personalidade, ao passo que o indivíduo o considera o seu eu. Os padrões de comportamento da personalidade resultam de uma complexa interação da estrutura do corpo e das experiências passadas, que foram instrumentais na modelação de motivos, predisposições emocionais e outros hábitos importantes (David Edwards *apud* MAÍLSON: p. 8).

Comenta Maílson: “a subjetividade é tudo aquilo construído e depositado no homem, aquilo que ele valoriza e despreza, que o atrai e repudia, enfim, sua subjetividade é o elemento móbil de toda a estrutura da psique. Dos bilhões de habitantes da terra, nenhum possui sua subjetividade igual ao do outro, é a impressão psíquica do homem (2011: p. 8)”.

E acrescenta Roque de Brito: “cada personalidade, além de ter do mundo uma peculiar concepção individual, irá reagir particular e singularmente, ao ambiente que a cerca. Inclusive, quando entrar em choque contra outra conduta humana (1957, p. 16)”.

No mais, interessa ressaltar o óbvio: o homem é mutável. Suas crenças, ideologias, medos, relacionamentos, valores, compreensão de mundo e, por consequência, sua personalidade, mudam de acordo com tempo e o espaço, de acordo com a história de vida por ele traçada. Seu passado, seus traumas, sua compreensão sobre si e o outro mudam de forma tal que o homem de ontem pode não ser o mesmo do de amanhã. Claro que mudanças drásticas, regra geral, não são repentinas, mas o ponto aqui é estabelecer tratar-se o homem de um ser histórico e mutável. Sua mudança é causada por fatores internos e externos, estando neste último incluso as relações sociais.

Em razão disso, quando o mesmo indivíduo depara-se com o mesmo evento, a reação por ele perpetrada nunca será a mesma nos dois casos. Uma porque o sujeito muda, a experiência que ele teve com o evento transforma-o, duas porque os eventos não se repetem nem são reproduzidos com tamanha perfeição. Certíssimo, pois, foi Heráclito ao declarar que ninguém pode entrar duas vezes no mesmo rio, isso porque tanto o homem quanto as águas do rio estão diferentes nesses dois eventos.

Depreende-se de tudo o que foi dito neste capítulo tratar-se o ser humano de sujeito demasiado complexo, posto serem suas ações resultado de processos mentais, fatores internos e externos a ele. Assim, não há afirmação mais correta: “a reação do indivíduo decorre de seu eu bio-psico-social (BRITO: 1597: p. 16)”.

Uma vez compreendida a complexidade da mente e dos demais fatores que influem o comportamento humano, passamos a confrontar o que a lei exige em termos de reação defensiva e excesso com a natureza humana.

CAPÍTULO VI – AÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA E EXCESSO: UMA ABORDAGEM À LUZ DO COMPORTAMENTO HUMANO REGIDO PELA EMOÇÃO

Para que exista ação de legítima defesa, é imprescindível que exista situação de legítima defesa, ou seja, que haja agressão injusta, atual ou iminente, contra direitos do ofendido ou de terceiros.

Perfazendo-se a situação acima exposta, é lícito ao ofendido reagir à agressão com o fito de repelir o mal injusto perpetrado contra ele ou outrem. Todavia, sua conduta apenas pode ser considerada justa se respeitar os limites legais traçados pelo legislador, isto é: necessidade e moderação. A primeira refere-se à escolha do meio de defesa e a segunda ao modo de uso dele – para maiores informações, remetemos o leitor ao capítulo III deste trabalho.

Sobre a necessidade, restou claro tratar-se esse requisito de qualidade do meio defensivo. Para a ação defensiva ser justa, não basta usar qualquer meio para executar a defesa própria ou de outrem, é imprescindível que o meio seja necessário. E por meio necessário entende-se o meio à disposição do ofendido que seja ao mesmo tempo menos lesivo ao agressor e eficaz. Faltando qualquer um desses três elementos: disponibilidade, menor lesividade e eficácia, a conduta carecerá de necessidade, o que impõe a responsabilização do ofendido por seu excesso.

Por óbvio o meio deve estar à disposição do ofendido. Afinal, se assim não fosse, não haveria como ele dele fazer uso. Logicamente, não há como alguém defender-se através de um meio que não esteja ao seu alcance. Se não pode alcançá-lo, optará por um em que isso seja possível.

Insofismavelmente, o meio deve ser eficaz. Até porque desrazoável seria exigir ao homem que este fizesse uso de meio de eficácia duvidosa para repelir agressão injusta. Exigir isso corresponderia a condenar o indivíduo injustamente ofendido a sofrer o risco de ver seu direito ceder perante o injusto. A justiça estaria condenada à sorte dos maus. E o direito não pode coadunar com isso.

Certo é, pois, que o meio deve ser eficaz, isto é, hábil a anular, cessar a agressão, atual ou iminente, injustamente aplicada sobre o ofendido.

A problemática reside na obrigação do ofendido fazer uso do meio menos lesivo. Isso porque não é razoável exigir ao homem, que está sofrendo ou na iminência de sofrer uma agressão injusta, medir a capacidade lesiva dos meios que estão à sua disposição para, só então, fazer uso daquele por ele constatado como menos grave.

É fantasioso imaginar que o sujeito ofendido, enquanto sofre represálias do agressor, consegue racionalizar adequadamente, alcançar todos os meios a seu alcance, compará-los e constatar, sem erros, qual deles é o menos danoso; sem que nesse lapso temporal seu bem, ou de outrem, seja devastado. É desvirtuar a realidade, pois não há como o ser humano, diante das circunstâncias da situação, a depender da gravidade das investidas de seu agressor, calcular friamente essas questões.

Conforme explanado no capítulo anterior, quando o ser humano enfrenta cenário de risco, essa informação é transmitida ao cérebro por meio dos sinais sensoriais. Estes, ao chegarem ao tálamo, são encaminhados à amígdala e ao neocórtex. Por o percurso tálamo-amígdala ser o mais curto, essa parte cerebral transmite comandos, através do sistema nervoso, para o sistema endócrino, o qual libera hormônios responsáveis por provocar reação no organismo condizente com a emoção despertada pelo estímulo externo. Todo esse processo bioquímico, que independe da vontade e consciência humana, ocorre em milésimos de segundos, sem a participação do neocórtex (cérebro pensante), sem que os sinais sensoriais tenham o alcançado.

Como a mente emocional responde aos estímulos externos mais rápido que a mente racional, não se pode exigir da natureza humana o que é inexigível, isto é, que o ofendido pondere adequadamente sobre qual meio à sua disposição é o menos danoso. Isso porque a mente emocional reage sem ponderar, conforme a programação genética emocional, conforme a memória emocional. E ela atua sem a participação da mente racional, que é a que reflete, delibera, pondera. Não havendo a participação desta última, impossível exigir do homem que ele reflita sobre qual meio usar. Reage, então, nessas situações, de acordo com a emoção (a qual pode ser medo ou surpresa), de acordo com o que ela provoca em seu organismo e de acordo com a necessidade de defesa percebida por essa mente.

Determinar que o ser humano, em meio ao calor da agressão injusta, atual ou iminente, racionalize friamente sobre a necessidade do meio é fechar os olhos para a natureza humana e correr o risco de puni-la pelo o que ela é.

Tal exigibilidade de uso do meio menos lesivo, nas situações em que a emoção guia o comportamento humano sem a participação da razão, deve ser flexibilizada. Uma porque a reação defensiva é perpetrada conforme a percepção da gravidade da agressão, atual ou iminente, pela mente emocional. De acordo com a rápida análise desta, a conduta executada pelo ofendido será sempre necessária (no sentido de imprescindível), uma vez que o sistema límbico atua em resposta ao estímulo conforme seu julgamento acerca do que é necessário para evitar que o ofendido seja lesionado. Outra porque, nessas situações, por não contar a reação defensiva com a atuação da mente racional, o ofendido não tem capacidade de racionalizar sobre qual o meio definitivamente necessário (no sentido da doutrina criminal) para a empreitada defensiva.

No que diz respeito ao requisito moderação, louvável é o entendimento hodierno da doutrina acerca da inexigibilidade da exata proporção entre ação agressiva e reação defensiva quando da análise da ação de legítima defesa, posto tal posicionamento ser mais coerente com a essência complexa e não exata do ser humano.

Numa situação de lesão ou ameaça iminente, em que questão de segundos importa para garantir a perfeita integridade de bens jurídicos do ofendido, não há como dele exigir uma perfeita operação mental sobre a forma moderada de usar o meio necessário. Não se pode cobrar de quem enfrenta situação tão séria como a de legítima defesa uma racionalização milimétrica sobre a agressão e como, proporcionalmente, deve se dar a empreitada defensiva. Não há como a natureza humana racionalizar todas essas questões, num curtíssimo lapso temporal, num momento em que qualquer falha pode resultar em consequências nefastas ao direito de quem injustamente é agredido. Não há como a natureza humana racionalizar essas questões, sobretudo nas situações em que a mente emocional responde antecipadamente ao estímulo externo, sem a participação da racional.

Sobre essa impossibilidade, há muitos séculos, comentou o filósofo Aristóteles em *Ética a Nicômaco*: “Qualquer um pode zangar-se – isso é fácil. Mas zangar-se com a pessoa certa, na medida certa, na hora certa, pelo motivo certo e de maneira certa – não é fácil”.

Embora o filósofo tenha se referido apenas a raiva, tal explanação aplica-se a outras emoções, como o medo, que tão frequentemente domina o homem que sofre agressão, atual ou iminente; que é injustamente violado.

Roque de Brito não deixa de se posicionar:

A presença de um perigo ou de uma agressão causa, obrigatoriamente, no espírito do indivíduo uma fortíssima alteração psicológica com reflexos de conteúdo fisiológico. Alteração tão profunda que, na generalidade, poderá fazer com que o indivíduo não consiga dominar os seus impulsos e as suas ideias; conseqüentemente, os seus atos.

(...) Quem efetua ou quem enfrenta ou se encontra, com alma e corpo, com inteligência, vontade, músculos e emoção, numa luta mortal ou perante um ato ou gesto que ofenda ou ponha em perigo a sua existência material e moral, não está, por ser intuitivo e real, em condições de efetuar tais operações lógicas, de por em funcionamento tranquilamente toda a clareza do seu funcionamento mental ou de avaliar o *modus* de sua conduta (1957: p. 52-54).

E conclui:

Segue-se, então, ser ilegal e impraticável exigir que o agredido, numa determinada situação extrema, onde a necessidade de defesa aliava-se à necessidade de imediateidade da reação, lançasse mão de outros meios que não possuía ou pensasse em outros; inclusive, nos que eliminassem ou afastassem o ataque de uma forma menos contundente, mais suave, mais juridicamente formal (1957: p. 65).

Em consonância, expõe Mirabete (2013: p. 171):

A legítima defesa, porém, é uma reação humana e não se pode medi-la com um transferidor, milimetricamente, quanto à proporcionalidade de defesa ao ataque sofrido pelo sujeito. Aquele que se defende não pode raciocinar friamente e pesar com perfeito e incomensurável critério essa proporcionalidade, pois no estado emocional em que se encontra não pode dispor de reflexão precisa para exercer sua defesa em equipolência completa com a agressão.

Bitencourt (2012: p. 919), em concordância com ambos os juristas, declara:

Não se exige uma adequação perfeita, milimetrada, entre ataque e defesa, para se estabelecer a necessidade dos meios e a moderação no seu uso. Reconhece-se a dificuldade valorativa de quem se encontra emocionalmente envolvido em um conflito no qual é vítima de ataque injusto. A reação *ex improviso* não se compatibiliza com uma detida e criteriosa valoração dos meios necessários à repulsa imediata e eficaz.

Nesse sentido, nas situações que despertam resposta do sistema límbico, não há como exigir que a reação defensiva do ofendido seja necessária e moderada, na forma defendida pela doutrina, já que nessas ocasiões a conduta não é regida pela ponderação da mente racional, mas pela impulsividade da emocional, a qual agirá conforme seu critério de necessidade de defesa.

Sobre a constatação de necessidade e moderação, por não serem esses critérios puramente objetivos, cabe ao juiz competente para processar e julgar o processo, mediante operação mental; analisar os fatos, as circunstâncias em que ele se deu, além de se por no lugar do ofendido a fim de averiguar se sua reação defensiva foi legítima. Contudo, será possível a um terceiro que não enfrentou a situação de risco e que não detém as mesmas características subjetivas de quem a enfrentou julgar se a reação foi necessária e moderada?

Por mais que o magistrado imagine-se na situação de risco, por mais que ele se imagine sendo o ofendido, ele jamais conseguirá reproduzir na sua mente todos os efeitos que uma situação de grave perigo provoca no organismo de quem a enfrenta. A taquicardia, a palidez, o medo, o choro, a reação defensiva, a fuga... todas essas possíveis reações não são sentidas no imaginário de quem cria uma situação semelhante mediante operação mental. E são elas que influem a conduta do ofendido.

Além desses fatores, o comportamento humano também é resultado da subjetividade de cada ser. A educação, relação familiar, classe econômica, experiências de vida, tudo isso influi na construção da personalidade, da subjetividade de cada ser e essa subjetividade relaciona-se com a forma comportamental do indivíduo, inclusive ao enfrentar situações de riscos.

Dito isso, por se tratarem de pessoas diferentes, tendo cada uma sua própria individualidade, subjetividade, corre risco de o magistrado julgar excessivo o que indubitavelmente foi necessário para o ofendido. Isso porque o perigo da situação é

avaliado pela psique de quem a enfrenta a situação de risco, a qual é influenciada pela personalidade bem como temperamento desse sujeito.

A respeito disso, comenta Roque de Brito:

Não é possível a compreensão e nem se poderá, jamais, possuir qualquer fórmula matemática ou determinismo biológico ou psicológico para aferição ou fixação de uma conduta humana.

(...) O que ocorrerá, sempre, será uma reação pura e inteiramente pessoal, singular, que não será repetida mesmo que estejam presentes todas as condições ou circunstâncias objetivas e subjetivas da vez anterior. Uma reação individualíssima que dependerá mais de sua perturbação ou excitação psíquica peculiar que do carácter ou da gravidade da agressão ou da ameaça ou provocação externa.

(...) Mesmo com um ataque efetivo, atual, o que irá estar mais presente será o perigo ou a necessidade que o agente sente de esmagá-lo. Não é, portanto, absurdo ou paradoxal afirmarmos que mais que o próprio ataque, o perigo que ele possa conter em si é que irá decidir, subjetivamente, o grau ou a medida da repulsa sob um especial estado emotivo. Estado que vai justificar, por sua natureza e aspectos de manifestações, qualquer excesso ou, mesmo, eliminar tal carácter no modo como se desenvolve ou se executa a defesa (BRITO: 1957: p. 21-22).

Não se pode exigir seja a conduta perpetrada pelo ofendido necessária e moderada quando sua reação é movida exclusivamente pela mente emocional. Isso porque, durante os instantes em que a mente emocional reage antecipadamente à racional, impossível impor a ele racionalização, posto que, nesse momento, sua conduta é conforme seu repertório de memória emocional, não sendo possível ao ofendido ponderar e refletir durante esse período.

Ademais, aquele que, nessas circunstâncias, de corpo e alma, enfrenta agressão injusta, atual ou iminente, reage conforme seu estado mental no momento do risco e é esse estado mental, influenciado pela emoção e subjetividade do ofendido, que define o meio pelo qual deve ser perpetrada a reação defensiva. Enquanto o ofendido agir conforme seu estado psíquico e emocional, objetivando afastar a agressão injusta, sua reação deve ser considerada necessária e, portanto, lícita.

No que se infere acerca do elemento subjetivo, talvez seja este o tema mais difícil de ser tratado, sobretudo porque a lei não o prevê e a doutrina não é unânime quanto a sua imprescindibilidade na ação defensiva. Aliado a isso, a parte que o considera essencial não concorda quanto à extensão do conceito desse instituto. Para uns, basta que haja consciência de injusta agressão por parte do ofendido; para outros, além dessa consciência, deve ser concomitante a vontade de defesa. Existem ainda outras definições, mas, como esse tema já foi tratado neste trabalho, remetemos o leitor para o capítulo III.

O que torna ainda mais árdua a tarefa de discutir esse tema é a falta de psicólogos juristas, ou juristas psicólogos, elaborando doutrinas mais modernas, que caminhem em paralelo ao desenvolvimento da ciência.

No estudo aqui apresentado sobre comportamento do cérebro e emoção, foi explanado que o ser humano possui duas mentes, sendo uma emocional e outra racional. A emocional, a qual é composta pelo sistema límbico, é responsável pelas reações emocionais. A racional, constituída pelo neocortéx, corresponde à mente consciente, que pondera, reflete, decide.

Como bem explana Goleman, essas duas mentes atuam em harmonia, contudo pode ocorrer desequilíbrio entre elas, fazendo com que uma, temporariamente, atue sem a participação da outra. É o que pode acontecer quando o ser humano é submetido à situação de perigo atual ou iminente, por exemplo.

Nessa hipótese, tal desequilíbrio é ocasionado no momento em que estímulos externos alcançam nosso cérebro por meio de sinais sensoriais, os quais transmitem informação por ele codificada como de perigo. A mente emocional responde a esses sinais de maneira mais rápida, alterando a fisiologia do corpo, nele provocando reações orgânicas condizente com a emoção adequada para a situação que deva ser enfrentada pelo ser humano. Enquanto perdurar a situação de perigo, o gatilho da resposta emocional continua firme. Tudo isso ocorre em milésimos de segundo, sem a atuação da mente racional.

Sob “controle” da mente emocional, o corpo pode vir a reagir ao evento de maneira posteriormente considerada reprovável pela mente racional, quando restabelecida a harmonia entre elas.

Dito isso, sabendo que os seres humanos são conscientes do que se passa na mente racional, e não na mente emocional, e sabendo que é esta que conduz o corpo nos momentos de iminente ou atual perigo, o que dizer aqui sobre o elemento subjetivo?

Como afirmar tratar-se o elemento subjetivo de consciência de agressão injusta e vontade de defesa se a reação defensiva, no caso citado acima, ocorre sem participação da mente racional? É na mente racional que as informações “absorvidas” pelo cérebro são processadas com a consciência do ser pensante. É nessa mente que o sujeito toma consciência das informações, reflete, pondera, deseja, decide. E age conforme sua vontade, conscientemente.

Não existe isso na mente emocional. O ser pensante, quando age pelo impulso desta, não chega a racionalizar os fatos e ponderar sobre qual a melhor conduta a ser tomada. Age conforme a programação genética emocional. Simplesmente atua de imediato quando constatada a situação que provocou nele determinada emoção. Essa reação ao estímulo externo ocorre em curtíssimo lapso temporal, porque, nessa situação, exige-se resposta imediata sob o risco do próprio sujeito vir a perecer. Devido a esse carácter emergencial, a mente emocional não espera o processamento da informação pela mente racional. Responde ao estímulo independentemente desta, ou seja, independentemente da consciência do ser pensante.

Por essa razão, é difícil falar em consciência da agressão injusta e vontade de defesa quando a reação defensiva do ser humano for perpetrada pela mente emocional. Difícil porque o ser humano não tem consciência do que nela se passa, apenas tem consciência do que chega a mente racional. É nessa mente que a consciência e a vontade são formadas e conhecidas pelo ser pensante.

Claro que a mente emocional, por mobilizar o corpo a reagir à agressão injusta, sabe da existência dela e dos riscos que ela provoca a determinado bem jurídico. A mente emocional sabe do perigo e reage para preservar o organismo, conforme aprendido pela programação genética emocional, mas tudo isso não chega à consciência do ser pensante, pois este processa o que alcança sua mente racional.

A mente emocional é muito mais rápida que a racional, agindo irrefletidamente, sem parar para pensar. Essa rapidez exclui a reflexão deliberada, analítica, que caracteriza a mente racional. No curso da evolução humana, essa agilidade, muito provavelmente, teve como

objetivo exclusivo a mais básica decisão: o que merecia nossa atenção e, uma vez vigilantes, quando, por exemplo, ao enfrentarmos um animal, decidir, em frações de segundos: eu como isso ou isso me come? As espécies que não foram capazes de uma reação imediata tiveram pouca probabilidade de deixar uma progênie que passasse adiante seus lentos genes de atuação.

(...) Como o intervalo entre o que dispara uma emoção e sua erupção é, em geral, praticamente nulo, os mecanismos que avaliam a percepção de um acontecimento são muito velozes, mesmo em tempo cerebral, que é calculado em milésimos de segundos. A constatação de que é preciso agir tem de ser automática e, de tal forma, que não chegue nunca ao nível consciência. Somos tomados por uma reação emotiva 'rápida e rasteira', normalmente muito antes de sabermos, com exatidão, o que se passa (GOLEMAN: 2012: p. 305-306).

Destarte, não se pode falar em elemento subjetivo na ação defensiva perpetrada exclusivamente pela mente emocional por o ofendido não ter consciência do que nela se passa. As reações defensivas executadas exclusivamente por essa mente ocorrem rapidamente, antes que as informações nela processadas cheguem à mente consciente, isto é, a racional. Contudo, apensar do ser pensante não ter consciência do que chega a mente emocional, por esta reagir às situações de perigo com a finalidade de resguardar o organismo, é possível afirmar que ela sabe da existência da agressão e dos riscos que ela pode produzir ao organismo. Em outras palavras, no momento de domínio da mente emocional, essas informações são inconscientes ao ser pensante.

Por todas as razões expostas na segunda parte deste trabalho, restou claro ser irrazoável exigir do homem que ele, diante de situação de legítima defesa em que se encontra dominado por emoção, pondere friamente acerca do meio necessário e a forma moderada de repelir a agressão injusta. Isso porque, enquanto perdurar o estado emocional, o ser humano reagirá à agressão conforme sua memória emocional e de acordo com a perspectiva da mente emocional acerca da gravidade da situação em que se encontra.

Conforme explanado, quando diante de situação de grave risco ao ofendido, pode ocorrer de sua mente emocional (sistema límbico) enviar comando a todo o organismo para que este reaja de acordo com emoção provocada pelo estímulo externo.

Tal reação, que não contará com a participação da mente racional - da mente consciente e que pondera -, age em conformidade com a programação emocional genética, com a memória emocional. A conduta defensiva perpetrada por esse estado emocional é de acordo com a percepção do grau de perigo captada pela mente emocional, a qual depende da memória emocional e da subjetividade do ofendido. Dependendo aquela destas, a reação defensiva perpetrada nesse contexto será sempre a necessária para o ofendido que nesse estado se encontre.

Por não se poder exigir de quem, nas circunstâncias acima, enfrenta agressão injusta, atual ou iminente, reflexão acerca da necessidade e moderação na repulsa à ofensa, não é justo pretender puni-lo caso seja a conduta, aos olhos de terceiros, considerada desnecessária ou imoderada. Uma porque permitir isso é coadunar com a prevalência do injusto sob o direito, abrindo-se portas para que o agressor não seja responsabilizado por sua conduta ilícita quando o ofendido reagir dominado pela emoção de forma “excessiva”. Duas porque não é justo punir quem, na situação acima exposta, não podia agir de forma diversa.

É nesse sentido que a doutrina, bem como jurisprudência, reconhece a figura do excesso exculpante (intensivo).

Em que pese seja a reação emocional à agressão injusta necessária para o ofendido, a doutrina e jurisprudência hodierna entendem que pode ela se tornar imoderada - o que configuraria excesso e, por conseguinte, implicaria em responsabilização criminal do ofendido. Contudo, embora ilícita a conduta, por ser impossível exigir do ser humano que age dominado pela emoção conduta diversa da perpetrada, ele é considerado inculpável, não podendo, em razão disso, ser punido, haja vista a teoria tripartida do crime.

Isto posto, a doutrina e jurisprudência caminham no sentido de que, mesmo sendo excessiva, a reação defensiva perpetrada por quem se encontra em estado de perturbação emocional é impunível, não por ausência de ilicitude da conduta, mas por falta de culpabilidade do agente, já que, durante o domínio da mente emocional, não há como dele exigir conduta diversa da por ele perpetrada.

Em congruência com o exposto, comenta Francisco Assis Toledo:

(Excesso exculpante ou intensivo) decorre de o agente ter imprimido intensidade superior àquela que seria necessária para o ato de defesa, fazendo-o, porém, em virtude do estado de confusão, susto ou medo, de que estava possuído diante da injusta agressão da vítima. Nessa hipótese, não se pode falar em exclusão da ilicitude, por estar ausente a moderação exigida. Não obstante, não pode igualmente censurar o agente pelo excesso, por não lhe ser humanamente exigível que, em frações de segundo, domine poderosas reações psíquicas – sabidamente incontornáveis – para, de súbito, agir, diante do perigo, como um ser irreal, sem sangue nas veias e desprovido de emoções (TOLEDO: 2008: p. 330).

E expõe Alberto Silva Franco:

A locução ‘excesso exculpante’ define bem a matéria que se abriga sob sua área de abrangência. Trata-se da ocorrência de um excesso, na reação defensiva, que não é, por suas peculiaridades, reprovável, ou melhor, merecedor de apenação. Não se cuida de excesso culposo porque, neste, o excesso deriva da falta do dever objetivo de cuidado enquanto que, naquele, há um excesso resultante de medo, surpresa ou de perturbação de ânimo. É evidente que o excesso exculpante pressupõe uma agressão real, atual ou iminente, e injusta, isto é, com todas as características de uma ação ofensiva. A resposta deve, no entanto, ser havida como excessiva e tal excesso não é devido a uma postura dolosa ou culposa, mas a uma atitude emocional do agredido (*apud* Greco: 2016: p. 466).

Nesse sentido, *vide* os seguintes julgados:

O excesso exculpante não se confunde com o excesso doloso ou culposo, por ter como causas a alteração no ânimo, o medo, a surpresa. Ocorre quando é oposta à agressão injusta, atual ou iminente, reação intensiva, que ultrapassa os limites adequados a fazer cessar a agressão (STF – Habeas Corpus nº 98458, 2º Turma, Relator Ministro Ayres Brito, publicação 30/10/2014).

O excesso exculpante elimina a culpabilidade do agente em razão de não se poder exigir dele conduta diversa da por ele escolhida. Entretanto, para a sua admissibilidade faz-se necessário que a ação

do agente tenha sido motivada por uma perturbação extrema, pavor e medo (TJ – PI, Apelação nº 201600010068581, 2º Câmara Especializada Criminal, Relator Desembargador Joaquim Dias de Santana Filho, publicação 15/02/2017).

Com relação ao excesso exculpante, causa supralegal de exclusão da culpabilidade, sabe-se que ocorre quando o agente atua em erro invencível, ou seja, qualquer pessoa nas mesmas circunstâncias agiria da mesma forma. O agente atua por medo, susto ou confusão mental (elementos estes que a doutrina alemã denomina medo astênico).

A exculpante exclui a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa (legítima defesa subjetiva). O excesso exculpante não está previsto no Código Penal, somente no Código Penal Militar, mas mesmo assim é aplicável, porque a inexigibilidade de conduta diversa é causa supralegal de exclusão da culpabilidade (TJ –PA, Apelação nº 2013. 3.030512-4, 1º Câmara Criminal Isolada, Relatora Desembargadora Maria Edwiges de Miranda Lobato, publicação 21/08/2014).

Essa modalidade de excesso estava prevista no Código Penal Brasileiro de 1969, o qual, no seu artigo 30, § 2º, declarava não ser punível o excesso resultante de escusável medo, surpresa, ou perturbação de ânimo em face da situação. Essa previsão, contudo, não foi recepcionada pelo Código Penal vigente.

Inobstante não seja reconhecido na lei penal pátria, hodiernamente, essa modalidade de excesso configura causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Dito isso, embora a conduta do ofendido seja motivada exclusivamente por emoção, ela, ainda assim, pode ser compreendida como ilícita, caso o ofendido incorra em excesso na reação defensiva. Porém, por a reação defensiva ter se dado por domínio emocional, de forma que não se poderia exigir do ofendido conduta diversa da empreitada, a doutrina e jurisprudência entendem pela impunidade de quem se defende nessas circunstâncias, por inexigibilidade de conduta diversa. À vista disso, o ofendido, nessa hipótese, não deve ser responsabilizado criminalmente pelo excesso por ausência de culpabilidade.

É notório que essa causa supralegal de exclusão da culpabilidade surgiu com o intuito de proteger o homem por meio do direito penal do direito penal. Isso porque, sem esse entendimento, passível de punição seria o sujeito que, dominado pela emoção, incorresse em excesso ao tornar desnecessária ou imoderada sua reação defensiva. Sem esse entendimento, poderia ser punido quem, no caso concreto, não tinha condições de se comportar conforme o direito.

Os requisitos de necessidade (meio disponível, eficaz e menos agressivo) e moderação (proporcionalidade), embora hoje relativizados pelo magistrado diante do caso concreto, são difíceis de serem perseguidos pelo ofendido que enfrenta situação de agressão atual e iminente e que deve, em segundos, reagir à injustiça cometida contra ele. Tal dificuldade agrava-se ainda mais quando a situação de perigo nele desperta reação emocional sob a qual ele não tem controle. Na verdade, nessas situações, a possibilidade de obediência à lei torna-se nula, haja vista que a reação é movida pela memória emocional, nada tendo de consciente na conduta.

Isto posto, punir o ofendido que aja envolvido nessa circunstância configuraria em puni-lo por sua natureza humana, já que inexigível seria que este realizasse conduta diversa. Estar-se-ia punindo quem, injustamente agredido, reage imediatamente à agressão, de forma desmedida, movido por forte emoção provocada por situação que ele não deu causa, sem que ele tenha controle sob suas ações nesses instantes. Isso, notoriamente, seria injusto, e o direito, que deve proteger os bens jurídicos de ameaças e agressões injustas, estaria apunhalando pelas costas os que dele necessita.

A construção dessa causa supralegal de culpabilidade, por ora, corresponde a melhor forma de proteger quem, por razão emocional, ao enfrentar situação de legítima defesa, não consegue portar-se de acordo com os limites legais da ação de legítima defesa por razões inerentes a natureza humana. Ademais, ela evidencia a importância do direito caminhar junto as ciências psicológicas e biológicas, pois, distantes delas, existe o risco da violência do direito penal alcançar quem não merece.

Assim como a questão aqui tratada, todos os demais temas do direito, sobretudo de direito penal, por ser a *ultima ratio*, devem ser analisadas à luz da mente e comportamento humano. O direito não pode ser construído distante da realidade do seu principal objeto, isto é, as interações humanas na sociedade e, conseqüentemente, o ser

humano em si. Caso ele seja construído baseado apenas no que se espera do homem e distante do que é o homem, o direito, cada vez mais, distanciar-se-á da justiça, contradizendo sua própria essencial e colaborando com a prevalência dos maus. Afinal, não há justiça em exigir ao homem o que sua natureza não pode dar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trata-se a legítima defesa de instituto penal demasiado antigo. Desde sua formalização até os dias atuais, essa causa de exclusão de ilicitude desenvolveu-se, deixou de existir e ressurgiu. Comparando suas diversas fases com a atual, nota-se ser a extensão dos bens jurídicos que por ela podem ser defendidos bem como a limitação da reação defensiva os fatores que mais sofreram mudanças.

O atual Código Penal Brasileiro, no artigo 25, define a legítima defesa como reação à agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, por meio necessário e moderado. Desse texto, pode-se depreender que o legislador trata da situação e da ação de legítima defesa. A primeira corresponde às circunstâncias que devem ser enfrentadas pelo ofendido para que possa reagir licitamente; a segunda, a limitação da conduta defensiva deste.

Nesse sentido, o ofendido pode reagir justificadamente à agressão, desde que injusta, atual ou iminente. Contudo, presente essa situação, a reação defensiva não pode ser perpetrada de qualquer forma, posto ser imprescindível que o ofendido faça uso de meios necessário e moderado. Acrescenta ainda a doutrina ser indispensável o elemento subjetivo para a configuração de reação defensiva legítima.

Se a reação defensiva legítima tornar-se desnecessária ou imoderada, mesmo a situação de legítima defesa restando plena, o ofendido deverá responder pelo excesso em sua conduta, independentemente se doloso ou culposos. A lei pune ambas as modalidades de excesso.

À vista disso, tendo ciência da estrutura cerebral, do funcionamento do cérebro e de como o organismo reage a situações que lhe provocam intensa emoção, questiona-se se é plausível exigir do ser humano que ele, mesmo reagindo exclusivamente pela mente emocional, reaja de forma necessária e moderada, conforme o querer racional da lei.

E, sendo negativa essa resposta, questiona-se se é justo o direito punir quem, não podendo racionalizar acerca da necessidade e proporcionalidade de sua reação, incorre em excesso.

Por a reação puramente emocional ser desencadeada, em milésimos de segundo, pela mente emocional (sistema límbico); e por o ser humano apenas ter

consciência do que nela se passa quando a informação alcança a mente racional (neocórtex), entendemos que não há como exigir ponderação e proporcionalidade na conduta defensiva do ofendido quando ele reage à situação de legítima defesa durante estado puramente emocional.

Ademais, uma vez que o ser humano reage à situação de perigo conforme sua percepção emocional e subjetividade, enquanto perdurar o estado emocional que engatinhou a reação defensiva, a conduta perpetrada será necessária. A necessidade deve ser analisada à luz do entendimento do ofendido no momento de enfrentar situação tão grave quanto a de legítima defesa.

Outrossim, haja vista a impossibilidade do ofendido reagir de forma diversa durante os instantes em que a mente emocional impera, entendemos não ser justo ser ele punido por eventuais “excessos”.

Nesse sentido, a doutrina e jurisprudência atual, apesar de vislumbrarem a possibilidade de ser a reação defensiva excessiva, por razão de imoderação, entendem que o ofendido é impunível por ser inexigível a ele conduta diversa quando dominado pelo estado emocional. Por essa razão, ele é inculpável, por motivo de inexigibilidade de conduta diversa, configurando essa situação causa suprallegal de excludente de culpabilidade, denominada de excesso exculpante ou intensivo. Assim, nessa situação, embora ilícita a conduta, não deve o ofendido ser responsabilizado criminalmente por qualquer excesso por ausência de culpabilidade.

Por fim, salutar é destacar a imprescindibilidade de a ciência jurídica ser construída com base nas ciências psicológicas e biológicas. Isso porque, uma vez que aquela tem por finalidade reger as condutas humanas, estas têm por fim compreender o ser humano integralmente. E não há como ser justo na regulação do coletivo sem conhecer a singularidade do ser que se busca regular. Caso a construção do direito dispense a sabedoria dessas duas ciências, corre o risco daquele torna-se inútil ou, pior, injusto, ao exigir da natureza humana aquilo que ela não pode dar.

Nesse sentido, faço as poéticas palavras de Fernando Pessoa as minhas: “nasci sujeito como os outros a erros e a defeitos, mas nunca ao erro de querer compreender só com a inteligência, nunca ao defeito de exigir do Mundo que fosse qualquer coisa que não fosse o Mundo”. Da mesma forma, não deve o direito cobrar do ser humano que haja em desconformidade com sua própria natureza.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Roque de Brito. **A moderação na legítima defesa**. 1957. 181 f.. Tese apresentada no concurso para docente livre em Direito Penal – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal: parte geral**. 7º ed. revista, atualizada e ampliada. Recife: Ed. do Autor, 2014.

ALVES, Roque de Brito. **Programa de Direito Penal: parte geral**. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches – FASA, 1995.

AMARANTE, Aparecida. **Excludentes de ilicitude civil: legítima defesa, exercício regular de um direito reconhecido, estado de necessidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17º ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. **Psicologia Fácil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOZZA, Pedro Emilio. **Elemento subjetivo para a caracterização da legítima defesa**. Curitiba: 2003. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2013/03/ELEMENTO-SUBJETIVO-PARA-CARACTERIZAÇÃO-DA-LEGITIMA-DEFESA.pdf>>. Acesso em 17 de janeiro de 2017.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**. Tomo I. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

CALDINI, Vera Lúcia de Moraes; ÍSOLA, Leda. **Atlas Geográfico**. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 3º ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

CREUS, Claus. **Derecho penal: parte general**. 5º edición actualizada y ampliada. Ciudad de Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25º ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DAMÁSIO, Antônio. **E o cérebro criou o homem**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DAMÁSIO, Antônio. **O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. Vol.1. 29º ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2013.

GARCIA, Basileu. **Em torno da legítima defesa**. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/c0awy3.pdf>>. Acesso em 05 de janeiro de 2017.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional: a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 18º ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus: 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. CENSO DEMOGRÁFICO 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso em 03 de dezembro de 2016.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Traducción: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2º ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997.

JESUS, Damásio. **Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 32º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JÚNIOR, Miguel Reale. **Teoria do Delito**. 2º ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. 9º ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo 1. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003.

LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura Jurídica do Crime e outros estudos**. 3º ed. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1970.

MARCHERI, Pedro Lima; PEREIRA, Natalia Cristina Boaretti Cavenaghi. A extensão do excesso exculpante na legítima defesa em razão da violência urbana. **Revista científica eletrônica do curso de direito**, ano II, nº 3, janeiro 2013. Disponível em: <http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/8mG1jVivRLWkVs1_2013-12-4-17-28-10.pdf>. Acesso em 16 de abril de 2017.

MARTINS, Raphael. Os Estados com o maior déficit de policiais por habitante. **Exame**. Agosto de 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/brasil-tem-deficit-de-20-mil-policiais-em-seu-efetivo/>>. Acesso em 03 de dezembro de 2016.

MIRANDA, Roberto Lira. **Além da inteligência emocional: uso integral das aptidões cerebrais no aprendizado, no trabalho e na vida**. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 23º ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral e especial**. 7º ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Legítima defesa**. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/5ada76.pdf>>. Acesso em 05 de janeiro de 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. Vol1. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. Civitas, 2006.

SANTOS, Manoelita Dias dos. **A lógica da emoção: da psicanálise à física quântica**. 2000.

SERVIDONI, André Renato. **Excesso na legítima defesa e no estado de necessidade: uma análise na legislação brasileira**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/12640-12641-1-PB.pdf>>. Acesso em 25 de janeiro de 2017.

SILVA, Francisco Maílson Oliveira. **Emoção vulcânica no Direito Penal**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/emo%C3%A7%C3%A3o-vulc%C3%A2nica-no-direito-penal>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. Ação de legítima defesa no direito penal. **Revista *Duc In Altum*– Caderno de Direito**, vol. 3, nº 4, p. 145-172, julho-dezembro, 2011.

SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. Considerações sobre os requisitos da ação para a legítima defesa. **Revista *Duc In Altum*– Caderno de Direito**, vol. 4, nº 6, p. 237-250, julho-dezembro, 2012.

SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. **Legítima Defesa: uma análise tomando como ponto de partida a sua fundamentação individual e social com vista a sua redefinição dogmática**. 2008. 97 f.. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5º ed. 14ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

VERGARA, Pedro. **Da legítima defesa subjetiva: legislação, doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: O Globo, 1929.

VIANA, Agnaldo. **Direito Penal: Teoria Geral do Fato Punível e das Sanções Penais**. Curitiba: Juruá, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.