
O EXCESSO CULPOSO E O EXCESSO EXCULPANTE NA LEGÍTIMA DEFESA

Luís Alberto Safraider

Mestre em Direito Penal pela PUC/SP
Promotor de Justiça em Campo Grande-MS.
Professor de Direito Penal da UFMS

Resumo: O presente artigo tem por objeto de estudo o problema do excesso, no âmbito do direito penal. O autor analisa seu tratamento pelo legislador brasileiro, sua natureza jurídica e sua sistematização no âmbito da legítima defesa; para tanto, retoma elementos históricos para a consideração do direito de defesa e estuda os elementos subjetivos do excesso.

Palavras-chave: legítima defesa; defesa; excesso; excesso na legítima defesa; excesso culposos; excesso doloso; excesso exculpante; excesso fortuito.

EL EXCESO CULPOSO Y EL EXCESO EXCULPANTE EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

Resumen: El presente artículo tiene por objeto de estudio el problema del exceso, en el ámbito del derecho penal. El autor analiza su tratamiento por el legislador brasileño, su naturaleza jurídica y su sistematización en el ámbito de la legítima defensa; para tanto, retoma elementos históricos para la consideración del derecho de defensa y estudia los elementos subjetivos del exceso.

Palabras-clave: Legítima defensa; exceso en la legítima defensa; exceso culposos; exceso doloso; exceso exculpante; exceso fortuito.

Porque o legislador brasileiro determinou, no artigo 23, parágrafo único, do Código Penal, que o excesso é punível a título de dolo ou culpa e como pode ser sistematizada esta opção legislativa sem que se confunda excesso culposo com excesso exculpante é o que se analisará neste trabalho. A sistematização do excesso na legítima defesa se afigura importante, principalmente na votação da legítima defesa pelo júri, nos crimes de homicídio. O método é analítico e parte do pressuposto de que se trata de uma norma penal incriminadora, com os consectários daí resultantes, sem que se confundam critérios de tratamento do excesso na legítima defesa com opção legislativa. Para tanto, duas questões principais devem ser levantadas:

a) A opção do legislador brasileiro tem a ver com a natureza jurídica do excesso? Se for assim, a opção legislativa foi a *mais* acertada, ou foi uma opção legal diante das incertezas que cercam as doutrinas sobre o excesso?

b) Se a opção legislativa é legal, como pode ser feita a sistematização do excesso na legítima defesa?

A sistematização que se fará no presente trabalho parte do pressuposto de que a natureza jurídica do excesso na legítima defesa é de uma norma penal incriminadora. Diante das dificuldades teóricas em tratar do excesso como legítima defesa incompleta, como fez o legislador espanhol no artigo 21, § 1º, c/c o artigo 68 do Código Penal, ou como caso de aplicação de pena prevista para os crimes culposos ao excesso, como fez o legislador italiano no artigo 55 do Código Penal, ou como isenção de pena, como fez o legislador alemão no artigo 33 do Código Penal, ou, ainda, simplesmente ignorá-lo, deixando sua sistematização por conta da doutrina, como fizeram tantos países, e recomendava, entre nós, Costa e Silva¹, o legislador preferiu ser explícito. Com a criminalização do excesso, impôs limites determinados ao direito de defesa: nem toda defesa é legítima. Os critérios para interpretar as restrições à defesa são os do artigo 25 do CP.

1 SILVA, José da Costa. *Código Penal: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*, São Paulo: Nacional, 1943, v. 1, p. 173.

A opção legislativa brasileira em criminalizar o excesso a título de dolo ou culpa demonstra que esta conduta deve ser analisada obedecendo-se aos extratos estabelecidos pela lei e pela doutrina, ou seja, sob o prisma da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade. Ou seria diferente: poderíamos interpretar a culpa no excesso como uma combinação de culpa própria e imprópria e, portanto, ao invés de ser um problema só de tipo, se confunde com o erro e com a perturbação emocional – que admite graus –, confundindo-se, ou melhor, fundindo-se o excesso culposo com o excesso exculpante? Neste caso, o excesso exculpante não se aplicaria ao excesso doloso? E ainda, o excesso exculpante por erro ou por perturbação emocional seria um caso de erro de tipo ou de erro de proibição?

A importância dessa discussão tem relevância nos casos de homicídio – nos demais casos as decisões judiciais são pragmáticas – onde, embora a decisão não se fundamente em critérios teóricos, é orientada pelos quesitos para que não se torne ilegal. Nestes casos, embora a retórica das partes possa convencer os jurados com relação ao excesso exculpante, pode esbarrar na construção defeituosa dos quesitos, o que normalmente deságua no homicídio privilegiado, por falta de opção. As conseqüências são duas. Em primeiro lugar, não se sabe realmente qual a intenção dos jurados – tanto é assim que a tese do homicídio privilegiado é comum nas alegações de legítima defesa no plenário do júri. Em segundo, a decisão quanto à tipificação, na prática, passa das mãos dos jurados para a do juiz de direito, via adequação da pena –, seria diferente se o juiz de direito fosse obrigado pela decisão dos jurados na votação dos respectivos quesitos a aplicar o artigo 20, § 1º, ou o artigo 121, § 1º, por exemplo.

Estes são alguns problemas que pretendemos tratar nas linhas gerais que um artigo comporta. Como já se disse, o pressuposto do qual partimos é o de que o legislador brasileiro tratou o excesso na legítima defesa como norma geral que proíbe toda conduta que não se ajuste aos estreitos limites da legítima defesa, que estão no artigo 25. Neste ponto, não há discrepância importante na doutrina ou na jurisprudência brasileiras, de tal modo que ninguém duvida que o excesso se trata de uma conduta punível. No entanto, e desde já é necessário frisar, para que seja punível o excesso deve se amoldar a um tipo penal, e, nos moldes do artigo 18, parágrafo único, do CP, o excesso culposo só será punível quando o tipo permite, como todo e qualquer fato.

A limitação do direito de defesa é uma preocupação que acompanha o próprio direito de defesa. O importante é precisar como a reação se

impôs, quais foram seus limites e quais foram as tentativas teóricas e legislativas construídas para solucionar tanto a permissão para a reação quanto a sua legitimidade. Só assim poderemos avançar para a sistematização do excesso na legislação brasileira.

1- A evolução do direito de defesa e suas restrições

O reconhecimento do direito de defesa em Roma está expresso na máxima de Cícero *vim vi repellere licet*, como expressão de uma lei natural a todo homem: *ob tutelam corporis sui*. Os critérios para o seu reconhecimento eram a agressão injusta e a necessidade atual. Diante da complexidade da cidade e a necessidade de dar segurança aos cidadãos, foi necessária a distinção entre vingança e defesa permitida. Se não há no direito romano a sistematização da legítima defesa, foi nele que se buscou um dos fundamentos sobre o qual ela se sustenta ainda hoje, ou seja, o reconhecimento de que é natural a todo homem que se defenda quando atacado.

A esse caráter individualista do direito romano acresce-se a necessidade da ordem e do direito num núcleo social de indivíduos do direito germânico: quem turba a paz, perde a paz. Aqui, a defesa tem caráter de vingança pública ou privada, mas sob o controle de quem reconhece esse direito.² O limite era a subseqüência da reação defensiva que se sucede à ação ofensiva, admitida para a proteção da vida, da integridade física e, por vezes, de bens. A necessidade social do reconhecimento do direito de defesa está baseada na própria sobrevivência do grupo, daí seu caráter público. A permanência segura do núcleo social era essencial para a sociedade germânica, daí a permissão da vingança como necessidade para a manutenção da estrutura social. A defesa da ordem social é o outro fundamento sobre o qual até hoje repousa a permissão da defesa privada.

Ao caráter individualista romano e público germânico juntou-se a exigência do *moderamen inculpatae tutelae* do direito canônico, na Idade Média. A influência do direito canônico, no âmbito de uma sociedade estratificada e segmentaria, foi no sentido de restringir o direito à defesa privada, por entendê-la como um ato de egoísmo e de falta de caridade cristã. Com isto, se diminui o caráter de direito de defesa e se acentua o caráter de escusa. A falta de moderação é um crime que deve ser castiga-

2 Cf. PESSIANA, Enrico. *Elementi di diritto penale*, v. 1, p. 50.

do, se bem que podia ser desculpado, dependendo das circunstâncias em que ocorreu.³

O que nos interessa, neste aspecto, é chamar a atenção para o fato de que a defesa legítima só é reconhecida dentro de limites e que a sua extrapolação é criminosa. Na sociedade cristã e na sistematização que se iniciava do direito romano, os limites foram estendidos a ponto de considerar de se construírem critérios de apreciação de defesa ou de excesso. A partir dos limites traçados pelo *moderamen*, começa a ser construído o conceito de excesso de defesa. Foram os Práticos italianos e alemães que começaram a se preocupar com a sua punição e a pretender a sua regulamentação.⁴

O direito comum da Idade Média, baseado na máxima *vim vi repellere licet* dos romanos, na vingança dos germânicos, e no *moderamen inculpatae tutelae* do direito canônico, tem sua história, que corresponde a uma sociedade organizada no esquema centro-periferia, de baixa complexidade, dominada pela hegemonia da Igreja Católica. Mas, o que era direito natural baseado na moral cristã entra em crise com a sociedade burguesa e o Estado Liberal da Revolução Francesa do século XVIII. O *moderamen* com base cristã não tem razão de ser na diferenciação Estado-Igreja, lei e moral. O instituto da legítima defesa devia buscar agora sua natureza e fixar seus requisitos com base em outros parâmetros que correspondessem à organização social da época. Surgem as teorias filosóficas e jurídicas sobre a legítima defesa. Quando foram construídos princípios gerais para as cau-

3 Segundo Luís Jimenez de Asúa essa evidência aparece claramente nestas palavras de Santo Tomás de Aquino: "*Si aliquis ad defendendam propriam vitam utatur maiore violentia quam oporteat erit illicitum; si vero moderate violentiam repellat erit licita defensio. Nam secundum iura, vim vi repellere licet cum moderamine inculpatae tutelae*". Ou: "*Qui enim non repellat a socio injuriam, si potest, tam est in vitio quam ille qui facit [...]; qui potuit hominem liberare a morte, et non liberavit, eum occidit.*" (Tratado de derecho penal, vol. 4, p. 31).

4 Na Itália, foi Julius Claurus quem, no século XVI, fundamentando a legítima defesa como direito natural, declarou que só haveria justa defesa de si mesmo quando concorressem o *moderamen* da causa, do tempo e do modo. Ele baseou a legítima defesa na máxima romana do *vim vi repellere licet* e estabeleceu que o *moderamen inculpatae tutelae* deveria agir na causa, no tempo e no modo. Desse princípio, ele deduziu que poderia haver excesso na causa, no tempo e no modo, e quando isto ocorresse, o agente deveria responder só pelo excesso. Prosperus Farinacius incorporou aos requisitos da reação imediata, do perigo atual e da injustiça da causa, a paridade de armas. O excesso era castigado, mas com pena atenuada, ou seja, "*homicidium etiam factum ad defensionem punitur, si fuit excessum in defensione [...]. Excedes modum inculpatae tutelae punitur quando poterat se tueri aliter quam percutiendo aggressorem*. Ele exigia ainda a impossibilidade de fuga. Carpzóvio, entre os alemães, formulou as seguintes condições para que se pudesse reconhecer a inculpação da legítima defesa: "a) impetus inopinatus et iniustus; b) laesio incoata; c) periculum in mora; d) damnum irreparabile. (Ver Luís Jimenez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, vol. IV, pp. 33/34 e Vincenzo La Medica, *O direito de defesa*, p. 34).

sas de justificação, concluiu-se que o direito de defesa, mas do que um ato desculpável, é um ato jurídico, desde que submetido a requisitos objetivos. O direito de defesa passa a ser determinado pelo perigo e pela intensidade da agressão, e não de acordo com o valor do bem atacado, tanto que se permite agora a defesa de bens. A ênfase está agora no caráter jurídico-individual do direito de defesa, que se desenvolveu no seio das teorias positivistas do final do século XIX.

O tratamento jurídico que foi dado ao excesso na causa de justificação da legítima defesa passou a ser objeto de várias teorias, que procuraram sistematizá-lo, ora como excludente da culpabilidade, ora como atenuante da culpabilidade, ora reconhecendo nele uma causa de justificação incompleta, ora criminalizando-o com pena atenuada, conforme já vimos.

O problema da fundamentação da legítima defesa como escusa, no caso de perturbação de espírito, ou de permissão, por ser direito, se estendeu ao excesso. O que diferencia o excesso, neste caso, é se ele será tratado como perturbação de ânimo ou como exagero na utilização do direito de defesa.

Não é importante conceituar o excesso em ambos os sistemas, porque há acordo no que diz respeito à intensificação do direito de defesa, num sistema baseado na perturbação de ânimo, noutra na falta de requisitos legais objetivos da legítima defesa. O problema está na conceituação jurídica do excesso e na opção político-criminal de cada legislação para puni-lo.

2- O problema dos elementos subjetivos

Os Práticos, conforme variavam as circunstâncias da legítima defesa, distinguiam o excesso na causa, no modo e no tempo, apesar da punição ser a mesma, e ficar a critério do julgador o exame de cada caso concreto. Carrara criticou essa distinção e disse que o verdadeiro excesso de defesa é aquele causado pelo temor da situação, o chamado excesso de *moderamen*, enquanto o excesso de defesa se referia à falta de defesa, ou seja, cessado o perigo, aquele que se defendia, com vontade consciente e sem o fim de defender-se, continuava a agressão motivada pela ira, pelo sentimento de vingança, ou outro sentimento voluntário.⁵

Vários autores, como Enrico Pessina, Giuseppe Bettiol, Luiz

⁵ *Programa do curso de direito criminal: parte geral*, vol. I, tradução de José Luiz V. Fraceschini e J.R. Prestes Barra, São Paulo: Saraiva, 1956, § 310, v. I, p. 223..

Gimenez de Asua, Pedro Vergara, Antônio Lemos Sobrinho e Jorge Severiano Ribeiro, afirmam que o verdadeiro excesso é o excesso doloso, é a vontade de agredir, motivada por um sentimento voluntário, depois de cessada a agressão inicial. Esses autores têm dificuldade de explicar como uma pessoa que tem a vontade livre e pratica uma ação sabendo e querendo o resultado excessivo, não se afasta da finalidade defensiva, pois reconhecem a legítima defesa e seu excesso.

De outro lado, na esteira de Carrara, Manzini, Vincenzo La Medica, Sabatini, Eugênio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangelli, entre vários, afirmam que o excesso é culposo, e está fundamentado no erro causado pela perturbação de ânimo, natural nestes fatos. Estes autores, por sua vez, têm dificuldade de explicar como uma vontade dirigida para o fim da agressão pode ser culposa.

Por não haver consenso, as várias legislações adotaram critérios diferentes para a sistematização do excesso, ora seguindo a tradição germânica, para a qual o excesso cometido num estado de perturbação astênica diminui ou exclui a culpabilidade, ora seguindo a tradição italiana, que criminaliza o excesso, mas manda puni-lo com a pena dos delitos culposos, ora criminalizando-o a título de dolo e culpa, como fez o legislador brasileiro.

3- A opção do legislador brasileiro para o tratamento do excesso na defesa

Diante da indefinição teórica acerca da natureza do excesso e sua sistematização, também na legislação brasileira o seu tratamento não foi unívoco.

O Código Criminal do Império do Brasil, legislação de vanguarda, sistematizou de modo original o excesso. Tratou-o como circunstância da legítima defesa. Afastou-se do tratamento dado pelo Código da Baviera de 1813 – causa de isenção de pena quando provém de perturbação de ânimo, medo ou terror (§ 130) – tratando-o como circunstância atenuante, no artigo 18, § 3º.

É possível afirmar que o Código Criminal do Império deixou o excesso às regras gerais do crime, inserindo-o como uma circunstância atenuante. Isto importa em dizer que o delito resultante do excesso podia ser intencional, como podia ocorrer “sem pleno conhecimento do mal e directa

intenção de o praticar” (artigo 3º). Neste caso, o agente fazia jus à atenuante do artigo 18, § 1º. O excesso proveniente de caso fortuito, por sua vez, ficava sujeito à regra do artigo 3º, ou seja, “não há criminoso ou delinqüente sem má-fé, isto é, sem o conhecimento do mal e a intenção de o praticar”.

Do mesmo modo, o Código Penal de 1890, no artigo 42, § 3º, considerou o excesso na legítima defesa uma circunstância atenuante. O problema surgido com essa sistematização foi a utilização indiscriminada da atenuante da perturbação de ânimo, desacreditando esse tipo de tratamento ao excesso principalmente no júri, onde se lograva confundir os jurados sobre a extensão dessa perturbação.

Por isso, o excesso na legítima defesa foi tratado de várias formas nos vários projetos de Código Penal apresentados até a vigência do de 1940. O próprio Projeto Alcântara Machado o tratava como uma causa de diminuição, ou de isenção de pena, dependendo das circunstâncias em que ocorreu. O critério era este: a pena é diminuída no caso de excesso de legítima defesa. Porém, dependendo das circunstâncias do fato e das condições pessoais do agente, podia haver isenção total de pena (artigo 14).

O Código Penal de 1940, seguindo a fórmula italiana, no entanto, fez surgir novas discussões acerca da sistematização do excesso, com reflexo direto na votação dos quesitos no júri.

Os problemas quanto ao entendimento do excesso culposo continuaram. A doutrina passou a afirmar que o excesso culposo era punível a título de culpa própria ou imprópria. Passou também a reconhecer a ocorrência do chamado excesso fortuito, para os casos de erro não culpável. O problema, porém, continuou na prática, ou seja, como fazer os jurados entenderem essas diferenças e aceitarem a legítima defesa, por exemplo, no caso de excesso fortuito, como queriam Basileu Garcia, Galdino Siqueira e Magalhães Noronha, ou como inexigibilidade de conduta diversa por causa extralegal de não culpabilidade?

A Reforma de 1984 procurou resolver o problema, criminalizando o excesso doloso e culposo, ou seja, criminalizando o excesso desde que cometido na forma dolosa ou culposa. Não falou absolutamente nada acerca do excesso exculpante. Desse modo, é necessário que se analise se o excesso exculpante está incluído no culposo, ou se este é um caso de culpa própria. Neste caso, como fica o excesso exculpante até então chamado de excesso fortuito?

4- A sistematização do excesso

O excesso punível é o doloso e o culposo. O legislador não precisava ter dito isto, tendo em vista a norma do artigo 18 do CP. Melhor seria ter seguido a lição de Costa e Silva.

A confusão se manifesta principalmente no júri, onde se vota o excesso doloso e o culposo e, normalmente, nada se pergunta aos jurados acerca do excesso exculpante ou fortuito. Com isto, o excesso exculpante deve ser entendido pelos jurados como absorvido pela legítima defesa. Por não se confiar no entendimento dos jurados, normalmente a defesa requer a votação do homicídio privilegiado, se negado o excesso culposo. Esta solução não é satisfatória, dada a dificuldade das ações teóricas pelos jurados.

A proposta, então, é que se faça uma sistematização que possibilite uma melhor compreensão da decisão do júri, respeitando-se a opção legislativa. Para tanto, é necessário que se estabeleça claramente o que é excesso doloso, culposo e exculpante.

4.1- O excesso doloso

Desde que se começou a discutir se o excesso é doloso ou culposo, não há dúvida de que o doloso se refere também à falta de atualidade ou iminência de agressão. Carrara dizia que neste tipo de excesso não há mais perigo a evitar: cessada a agressão, aquele que se defendia passa a ser o agressor.

Para que se entenda melhor o excesso doloso, devemos admitir que ele ocorre no contexto de uma situação inicial de defesa. Aproveitando-se da ocasião, depois de contido o agressor, aquele que reagia passa a agir como agressor.

Para que se entenda melhor o excesso doloso, devemos admitir que ele ocorre no contexto de uma situação inicial de defesa. Aproveitando-se da ocasião, depois de contido o agressor, aquele que reagia passa a agir como agressor, por qualquer motivo, vingança, erro, perturbação emocional, etc.

Outro ponto a se frisar é que o excesso se refere tanto à escolha quanto ao uso dos meios. Aqui, o que se discute hoje é o caso clássico do agricultor que abate a tiros uma criança que lhe furtava laranjas do pomar: é caso de excesso ou de inexistência de defesa. De um lado, e de modo

geral no Brasil, se fala em excesso doloso por falta de moderação na escolha dos meios; e, de outro, a partir de Claus Roxin, se fala que não há defesa, pois estão presentes restrições éticas a esse direito, que partem dos princípios de proteção e de defesa do direito.⁶

Outro ponto importante é que a punição se refere só ao crime cometido durante o excesso.

4.2- O excesso culposo

É comum na doutrina brasileira a afirmação de que o excesso culposo refere-se tanto a culpa própria, quanto a imprópria, isto também na esteira do que dizia Carrara. Na doutrina brasileira, devido à indecisão teórica sobre se o excesso é doloso ou culposo, se explica que o excesso culposo, mesmo em se tratando de uma ação dolosa, a lei lhe impõe a pena do crime culposo, no caso de culpa imprópria – erro ou perturbação.

A nosso ver, ao criminalizar o excesso, o legislador não fez mais do que remetê-lo às regras gerais, ou seja, disse mais do que precisava ser dito.

Não é possível que o excesso culposo abranja a culpa imprópria. Não se discute a natureza do excesso, em primeiro lugar porque não é pacífico, em segundo, porque a opção pelo critério de tratamento do excesso foi feita pelo legislador. Cabe ao aplicador respeitá-lo diante da legalidade desta opção.

Por outro lado, se se admitir o excesso culposo como um caso de culpa imprópria, além de se misturar tipo com culpabilidade, complica-se a votação no júri e, pior, proíbe-se na prática o exame do erro ou da perturbação emocional no caso do excesso doloso. Num caso limite, por exemplo, o pai de família que ao chegar em casa surpreende o agente que acabou de matar seu filho e está estuprando sua mulher, afugenta-o e o persegue por instantes, até alcançá-lo e matá-lo com requintes de crueldade, responderá pelo quê? Neste caso, não se fala em culpa imprópria, porque não havia agressão. O excesso seria o doloso, supondo que o homicídio ocorreu no contexto inicial de defesa de terceiro. Por fim, sem se examinar a reprovação de sua conduta, a única solução legal seria a condenação por homicídio, quando, na verdade, a perturbação de espírito poderia escusar.

6 *Problemas fundamentais de direito penal*, 3ª ed., trad. de Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz; Maria F. Palma; Ana I. de Figueiredo, Lisboa: Veja, 1998, p. 199.

O excesso culposo, portanto, só pode tratar da culpa como falta de cuidado objetivo para a escolha ou uso dos meios. A explicação do quesito aos jurados deve sustentar-se em fundamentos teóricos da culpa: aquele que reagiu faltou ao cuidado objetivo para escolher ou usar os meios de defesa necessários? Quais seriam esses cuidados objetivos?

Isto deve ser assim não por opção teórica acerca da natureza do excesso, mas em respeito à opção legislativa.

Poder-se-ia argumentar que o erro ou a perturbação emocional poderia ser votado em quesito separado, o que é verdade. Porém, com a consequência de uma complicação desnecessária dos quesitos sem necessidade sistemática alguma. Diante do reconhecimento geral de que o excesso, ocorrido nas circunstâncias especialíssimas de uma defesa à agressão injusta, pode ser desculpável, diante da sistematização diferenciada em outras legislações que reconhecem esse *plus* como exculpante ou atenuante, e diante da possibilidade de incluir o erro ou a perturbação num quesito só, mais simples e inteligível, sem afrontar a teoria da culpa e da culpabilidade, nada impede que se vote o excesso exculpante nos termos do artigo 20, § 1º, do CP.

4.3 - O excesso exculpante

O excesso exculpante nada mais é do que o chamado excesso fortuito, ou seja, aquele que não deve ser reprovado. O problema é sua sistematização, a construção do quesito, a sua aplicação ao excesso doloso e culposo e a sua votação.

Como já foi dito, várias legislações penais optaram por não punir o excesso como consequência de uma perturbação causada pelo temor ou medo, seguindo o critério do Código Penal da Alemanha.

Claus Roxin informa que, na Alemanha, o legislador deixou de fixar a natureza jurídica do excesso exculpante, para não se intrometer em disputa teórica, até hoje não resolvida. Preferiu afirmar, no § 33 do Código Penal alemão, que o sujeito não será castigado. Isso significa que o sujeito que se excede se comporta culpavelmente, e que o legislador renuncia à punição, por falta de necessidade de prevenção geral ou especial. Também explica por que o legislador só considerou exculpante o excesso proveniente de perturbação causada por emoções astênicas, ou seja, por que considerou que, no caso de emoções estênicas, os estados agressivos são mais perigo-

sos e, assim, passíveis de pena. Enfim, trata-se de uma opção político-criminal do legislador alemão, que se justifica à falta de uma posição teórica clara sobre a natureza jurídica do excesso de legítima defesa e sobre a exclusão da culpabilidade por causas emocionais.⁷

Outras teorias procuram sistematizar o excesso exculpante. Mayer ensina que se trata de uma norma que atribui impunidade ao sujeito que se excede porque agiu com domínio da vontade fortemente diminuída, diante de uma situação psíquica anormal. Outra teoria diz que a impunidade do excesso exculpante se dá por uma dupla redução da culpabilidade, ocasionada pelo estado emocional que também reduz o injusto, de tal modo que, com um conteúdo tão pequeno de reprovação, o legislador renuncia à punição.⁸ Essas teorias não explicam por que o benefício só se aplica à legítima defesa e só alcança estados emocionais astênicos. Além disso, segundo Claus Roxin, é duvidoso falar em diminuição da culpabilidade quando aquele que se defende perturbado emocionalmente mata o agressor a tiros quando só seria necessária uma pequena lesão para repelir a agressão.⁹

A conclusão que interessa a esse estudo é que a isenção de pena para o excesso exculpante é política e criminalmente motivada, seja qual for o fundamento teórico apresentado.

Essa isenção de pena por motivação político-criminal sofre críticas. Schmidhäuser, na Alemanha, diz que ela é praticamente inútil no excesso culposo e injusta no excesso doloso, ao que Cavaleiro de Ferreira acrescenta que a justiça da regulamentação dessa causa exculpativa no Código português é duvidosa.¹⁰

Os efeitos da perturbação emocional, não só nos crimes praticados em legítima defesa, como excludentes da culpabilidade é uma opção do legislador e implica na discussão da sistematização dos estados emocionais como causa exculpante de crimes.

No sistema brasileiro, o legislador optou por uma norma que incrimina o excesso, doloso ou culposo. O reconhecimento do estado emocional como causa exculpativa depende primeiro de ser opção do legis-

7 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General, fundamentos, La estructura de la teoria del delito*, vol. 1, p. 927.

8 MAYER, Max Ernest. Lehrbuch, p. 282 e ss., *apud* Hans-Reinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, p. 445-446.

9 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General, fundamentos, La estructura de la teoria del delito*, vol. 1, p. 926/930.

10 Schmidhäuser, StuB AT2, 8/31, *apud* ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos de la estructura de la teoria del delito*, v. 1, p. 933.

lador, depois de reconhecer que o excesso culposo só se refere à culpa própria, derivada da falta de cuidado objetivo. O critério de criminalização do excesso culposo no Brasil remonta a Carrara, tem sua fonte no Código Penal italiano, que remete ao erro, que engloba a perturbação tanto astênica, quanto estênica. Portanto, mais completo que o sistema alemão. Outro entendimento depende de mudança legislativa, ou seja, que o legislador brasileiro aceite o estado emocional como causa de exclusão da culpabilidade.

Como se vê do artigo 28, I, do Código Penal, a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade penal. Na explicação de Nelson Hungria, isso significa que só a condescendência “com a emoção violenta no campo da culpabilidade, para atenuação da pena, e ainda assim quando derive de provocação injusta (...) é uma atenuante comum (artigo 48, IV, letra c) e, tratando-se de homicídio ou de lesões corporais, constitui causa de facultativa diminuição especial da pena. É a confirmação do antigo princípio de que as perturbações afetivas *non excusant in totum, sede tamen faciunt ut delinquem mitius puniatur*.¹¹

Não se ignora que a medicina legal conhece graus de perturbação ocasionada por emoções astênicas e estênicas, que podem ocasionar desde uma simples emoção, comum no momento da realização de um crime, até a completa desorganização da conduta de uma pessoa, a reações completamente anormais. Ao agente que reage excessivamente diante da pessoa que lhe matou o filho e está estuprando a mulher, não se pode deixar simplesmente de admitir a existência de uma perturbação grave que o impede de compreender a ilicitude de sua conduta, quer reaja durante, ou logo após a agressão injusta aos entes queridos, só para não vilipendiar o sistema de punição dos fatos emocionais.

De um lado, não se trata de legítima defesa de terceiros, porque no caso citado não havia agressão atual. De outro lado é incontestável que o delito foi cometido no contexto da defesa da família e que houve excesso. Por fim não se pode negar que um fato desta proporção causa perturbação emocional gravíssima que pode levar ao erro quanto aos limites do que lhe era permitido fazer na legítima defesa, tudo isso admitindo a explicação do excesso *de moderamen* exposto por Carrara e até hoje seguido.

O critério adotado pelo legislador brasileiro não permite reconhecer a legítima defesa, mas permite a exculpação quando a perturbação é bastante para fazer desaparecer qualquer hipótese de culpabilidade. E com

11 HUNGRIA Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, t. 2, p. 302-304.

a vantagem da possibilidade da não-punição, ou punição com a pena prevista para os crimes culposos, do fato criminoso praticado sob perturbação causada por estado emocional estênico.

Para Sebastián Soler, o temor, a surpresa, a agitação de ânimo, podem determinar um erro de cálculo, que retira do fato excessivo o caráter doloso, para torná-lo imputável só a título de culpa.¹² Enrique Bacigalupo, também analisando o critério de punição do excesso no artigo 35 do Código Penal argentino, argumenta que, neste caso, o excesso deve ser tratado com uma questão relativa ao erro de proibição.¹³

O legislador brasileiro, ao optar por tratar do excesso em legítima defesa como um crime doloso ou culposo, optou por um critério que permite a votação do excesso exculpante por erro de proibição causado por perturbação emocional astênica e estênica. Com isso, foi fiel ao critério adotado, e também deixou de sistematizar a perturbação dos sentidos como uma causa de exclusão de culpabilidade, optando pela diminuição da pena no caso de homicídio e lesões dolosas. A crítica que pode ser feita a este sistema de tratamento diz respeito à natureza jurídica do excesso, que está ainda a ser elucidado. Francisco de Assis Toledo, que foi coordenador das Comissões de Reforma Penal de 1984, afirma que o excesso fortuito é isento de culpa e pena, anotando também, “que a culpa levíssima, ao contrário do que ocorre no Direito Civil, é equiparada ao fortuito em Direito Penal”. O problema é que ele sistematiza a não-punição do caso fortuito pelo Direito Penal brasileiro como excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa extralegal, “dada a situação de imprevisibilidade do evento, na qual ele se encontrava quando da realização do fato típico”, como sugere o artigo 28, §§ 1º e 2º, do Código Penal. Ele conclui seu entendimento com uma decisão do STF que manda que, no caso de excesso, reconhecido sempre que o júri nega a necessidade dos meios empregados, se vote a natureza do elemento subjetivo caracterizador do excesso. Sugere então que, negada a necessidade dos meios, ou a moderação pelos jurados, se vote o excesso de defesa perguntando se ele derivou de dolo, da culpa *stricto sensu*, do fortuito, ou de erro escusável. Concordamos em parte com esse entendimento. Diante do que já foi exposto e a nosso ver, votado o elemento subjetivo do excesso, restariam duas perguntas: a primeira se o excesso foi exculpante por erro de proibição ocasionado por perturbação emocional

12 SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, v. 1, p. 386.

13 BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*, Parte general, p. 259.

causada por medo, terror ou erro. A segunda se o erro era vencível ou invencível. Só assim se pode punir ou deixar de punir atendendo ao disposto pelo artigo 20, § 1º, do Código Penal.

5. Conclusões finais

Para concluir nosso entendimento, é necessário que se frise que partimos de determinados pressupostos:

a) A norma do artigo 23, parágrafo único, do CP é uma norma penal incriminadora.

b) Os elementos subjetivos do excesso são o dolo e a culpa.

c) O excesso doloso se refere à falta de pressupostos da legítima defesa e à falta de moderação intencional na escolha e no uso dos meios, enquanto o excesso culposos se refere à falta de cuidados objetivos na escolha e uso dos meios.

d) O excesso exculpante é um caso de erro de proibição, que pode derivar de perturbação emocional, causada pelo medo ou terror diante da situação concreta. O excesso exculpante aplica-se tanto ao excesso doloso quanto ao culposos.