

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 31/10/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34163-leg-tima-defesa-putativa>

Autore: Karen Medeiros Chaves

Legítima defesa putativa

LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

Karen Medeiros Chaves *

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. A teoria do delito e seus institutos – 2.1. Tipicidade – 2.2. Antijuridicidade – 2.3. Culpabilidade – 3. Causas de justificação e causas exculpantes – 3.1. Causas de justificação – 3.2 Causas exculpantes – 4. Legítima defesa – 5. Legítima defesa putativa – 5.1. A legítima defesa putativa e as teorias acerca do erro - 5.1.1. Erro de fato e erro de direito - 5.1.2. Teorias do dolo - 5.1.3 Teorias da culpabilidade – 5.1.4 Teoria dos elementos negativos do tipo – 5.2 A legítima defesa putativa na legislação penal brasileira – 5.3 Excesso na legítima defesa putativa – 6. Conclusão – Referências Bibliográficas

RESUMO:

O presente trabalho visa abordar o tema da legítima defesa putativa. Desse modo, analisaram-se os elementos do delito antes de iniciar o entendimento do instituto da legítima defesa, a qual se configura uma causa de justificação, ou seja, uma causa que exclui a antijuridicidade de determinada conduta. No âmbito da legítima defesa, este estudo tem como núcleo a compreensão da legítima defesa putativa. Diante desta, por se tratar de um erro, fez-se necessária a análise de algumas correntes doutrinárias acerca das teorias do erro. Ressalta-se que a teoria do erro é um dos temas mais controvertidos da teoria do delito, logo não é possível falar em consenso ao se referir ao instituto da legítima defesa putativa.

PALAVRAS-CHAVE:

Teoria do delito – tipicidade – antijuridicidade – culpabilidade – legítima defesa – legítima defesa putativa – teorias do erro

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal destina-se à tutela de bens jurídicos, o que se realiza pela proibição de determinadas condutas e da permissão de outras, que a lei descreve. Ao se abordar a permissão de condutas, destaca-se a questão das causas de justificação, na qual se encaixa a legítima defesa.

A legítima defesa pode ser compreendida como exceção a regra de que só o Estado é detentor da força punitiva, sendo que este instituto visa proteger o interesse individual do cidadão e reafirmar o ordenamento jurídico. A legítima defesa destaca-se no âmbito das causas de justificação, despertando um forte interesse dogmático pelos distintos elementos que a compõe e pela necessidade de fixar limites claros a sua aplicação.¹ Nesse direcionamento, Francisco Muñoz Conde afirmou que a legítima defesa constitui um “direito fundamental do indivíduo, tão elementar e tão velho como a própria condição humana e o instinto de sobrevivência.”²

Para a configuração de uma situação de legítima defesa, é necessária a existência de alguns pressupostos, quais sejam: encontrar-se em uma situação de agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou de outrem, devendo se defender fazendo uso moderado dos meios necessários. Ocorre que há situações em que o indivíduo faz uma interpretação errônea da realidade em que está inserido, acreditando, pois, estar diante de um caso em que pode agir em legítima defesa, entretanto, na verdade, a agressão inexistente. Nesse caso, configura-se a legítima defesa putativa, ou seja, uma legítima defesa fictícia, imaginária, sendo esta uma situação em que ocorre o erro. No estudo da legítima defesa, faz-se necessário o entendimento de que forma o erro foi tratado em diversas correntes doutrinárias.

A legítima defesa putativa é, pois, configurada na situação em que um agente tem uma visão fantasiosa do que poderá ocorrer e se antecipa a fim de proteger de injusta agressão um bem jurídico. No direito brasileiro, a doutrina faz-se pacífica ao diferenciar a legítima

¹ SCHETTINI, Julián Ariel.; CILLERUELO, A. R. Análisis de La legítima defensa. Los tres elementos. Revista de Derecho Penal. v. 59, n. 1/2, p. 207-235. jul. 2006, p. 212.

² CONDE, F. M. Legítima Defensa Putativa? Um caso límite entre justificação e exclusão de culpa. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. v. 11. N. 1/2, p. 343-363. jul/set. 1996, p. 344.

defesa real da legítima defesa putativa, sendo que na legítima defesa não há ilicitude do fato, enquanto na legítima defesa putativa existe ilicitude, entretanto não há incidência do dolo.³

O objetivo, portanto, que se busca alcançar no presente trabalho é compreender a legítima defesa putativa como um erro, analisando as teorias doutrinárias que a abordam, além de seus efeitos e repercussões no ordenamento jurídico.

2 A TEORIA DO DELITO E SEUS INSTITUTOS

O conceito de delito que prevalece hoje já passou por diversas variações no decorrer da história dogmática penal, visando aprofundar seus institutos. Define-se de modo generalizado o delito como sendo uma ação típica, antijurídica e culpável, sancionada com uma pena adequada, consideradas as condições de punibilidade. Desse modo, passado por diversas teorias ressalta-se modernamente a existência necessária na constituição de um delito da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, institutos esses sobre os quais faremos uma breve abordagem no presente estudo a fim de possibilitar a compreensão da legítima defesa putativa.

Faz-se fundamental esclarecer que há amplas divergências doutrinárias quanto aos institutos do delito e quanto à composição desses próprios institutos. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, por normalmente serem elementos comuns a todos os delitos serão elencados neste.

2.1 Tipicidade

Diante de diversas condutas socialmente reprováveis, o Direito Penal seleciona aquelas que devem adentrar sua esfera de atuação por apresentarem-se mais intoleráveis e lesivos aos bens jurídicos de maior importância, estabelecendo uma pena. O legislador estabelece essas condutas que devem ser punidas em um “tipo legal”.

³ RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. Legítima Defesa Putativa. Revista Magister Direito Penal e Processual Penal. V. 33, n. 33/ p. 25/28. 2007, p. 25.

O tipo é a descrição e definição do fato que se considera delito, ou seja, é a adequação do fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal.

2.2 Antijuridicidade

A antijuridicidade faz parte da teoria geral do delito, localizando-se nesta em um segundo lugar, precedida pela tipicidade.⁴

O Direito, ao autorizar que uma conduta típica seja realizada, se valerá da antijuridicidade, entendida aqui como sinônimo de ilicitude. O conceito de antijuridicidade é bem explanado por Juarez Cirino dos Santos, que a define como uma contradição entre ação humana (realizada ou omitida) e o ordenamento jurídico no conjunto jurídico de suas proibições e permissões.⁵ Vê-se aqui um conceito com caráter formal, podendo, pois, ser a antijuridicidade materialmente definida como uma lesão injusta a bem jurídico, como dimensão graduável do conteúdo de injusto das ações típicas e antijurídicas. Ou seja, uma conduta socialmente danosa, anti-social. Os conceitos material e formal da antijuridicidade devem ser compreendidos em conjunto, assim expõe Aníbal Bruno que “à chamada antijuridicidade material deve atender o legislador para que o ilícito formulado nas leis corresponda à realidade das exigências sociais”.⁶ Nesse ponto, deve ficar claro que atua antijuridicamente quem, sem estar autorizado, realiza um tipo jurídico-penal e lesa um bem jurídico protegido.

Ao analisar a antijuridicidade por uma perspectiva prática, ressalta-se a sua função de juízo, na qual é direcionada a uma constatação negativa, devendo, assim, verificar se ocorre ou não uma causa de justificação. Esse juízo de antijuridicidade deve recair sobre a conduta considerada típica, e não sobre o agente. Luiz Régis Prado afirma que “uma ação ou omissão típica será ilícita, salvo quando justificada”.⁷ O referido autor esclarece também que a antijuridicidade deve ser compreendida como um juízo de desvalor objetivo sobre a conduta típica, realizado com base no ordenamento jurídico. Essa conduta deve ser considerada de

⁴ SCHETTINI, Julián Ariel.; CILLERUELO, A. R. Op. cit., p. 227.

⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris ICPC, 2008, p. 226.

⁶ BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte Geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Rio, 1967, p. 357.

⁷ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 10ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 359.

modo unitário com relação aos seus elementos objetivos e subjetivos, ou seja, não é possível considerar ao formular o juízo de antijuridicidade apenas o lado externo, objetivo da conduta, como foi proposto pela teoria causalista.⁸

Há divergências doutrinárias quanto aos conceitos de antijuridicidade e de injusto, sendo algumas vezes tratadas como se fossem estruturas idênticas. A antijuridicidade é a relação de oposição da conduta com a ordem jurídica, enquanto o injusto é a própria conduta já valorada como ilícita. O conceito de injusto engloba a conduta típica e ilícita. A antijuridicidade deve ser compreendida como o atributo com que se qualifica uma ação para alegar que é contrária ao direito, enquanto o injusto é um substantivo utilizado para denominar uma ação já qualificada como antijurídica. Assim, Luiz Régis Prado esclarece que o injusto é mensurável em qualidade e quantidade, além de ser específico, já a antijuridicidade é unitária e global.⁹ O “tipo de injusto” é empregado, pois, para qualificar ações antijurídicas tidas como típicas na hipótese de fato de uma norma penal e para limitar o âmbito do comportamento tipicamente relevante sobre o qual deve recair o juízo de antijuridicidade.¹⁰

A antijuridicidade deve ser abordada diante do seu aspecto objetivo e do seu aspecto subjetivo. Assim, define-se objetivamente a antijuridicidade como a correspondência com a ordem jurídica em seu conjunto e, subjetivamente, como o conhecimento e a vontade do agente da realização da conduta permissiva.¹¹ Essa caracterização será de grande importância quanto às causas de justificação que será abordada em tópico posterior. Assim, a pessoa que se defende deve estar diante de uma situação objetiva que requeira um posicionamento de defesa e deve ter conhecimento e vontade de exercer o ato defensivo. Quando está ausente algum aspecto elemento do objetivo ou subjetivo, não haverá a configuração de uma causa justificante, assim a questão deverá ser resolvida no âmbito da culpabilidade.

Faz-se essencial compreender a antijuridicidade nos sistemas bipartido e tripartido do fato punível.

⁸ PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 358.

⁹ PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 360.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Delito. Tradução e nota de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 86.

¹¹ SCHETTINI, Julián Ariel.; CILLERUELO, A. R. Op. cit., p. 212.

No sistema bipartido do fato punível prevalece a unidade conceitual entre tipicidade e antijuridicidade, como elementos integradores do tipo de injusto. Ou seja, considera-se o tipo não como indício de injusto, mas como o próprio injusto tipificado.¹² Segundo esse sistema, todo fato que exclui o injusto excluirá também o tipo. A teoria dos elementos negativos do tipo inclina-se para o mesmo lado do sistema bipartido do fato punível, ao considerar tipicidade e antijuridicidade como descrição e valoração do conceito de tipo total de injusto, respectivamente, sendo que o tipo reúne os elementos positivos, e as justificações reúne os elementos negativos do tipo de injusto. Nessa teoria, as causas de justificação são separadas dos tipos legais por motivos de técnica legislativa, assim as causas justificantes no tipo legal constituem-se o âmbito negativo do tipo de injusto, enquanto a descrição do tipo legal constitui-se o âmbito positivo. Entende-se, pois, que segundo esta teoria e também segundo o sistema bipartido do fato punível, uma causa de justificação exclui a tipicidade, deixando o ato de ser uma conduta típica justificada para ser uma conduta atípica. Por exemplo, matar alguém em estado de necessidade será uma ação atípica.¹³

Por outro lado, o sistema tripartido do fato punível, ao admitir os conceitos de tipo de injusto e de culpabilidade, afirma a autonomia dos conceitos de tipicidade e antijuridicidade, uma vez que ressalva-se que estes dois conceitos não se esgotam ao constituírem tipo de injusto. O tipo legal descreve as ações proibidas sancionadas por pena, enquanto a antijuridicidade estabelece preceitos permissivos que excluirão a contradição de determinadas condutas com o ordenamento jurídico. Segundo essa teoria, a permissão não pode estabelecer uma identidade entre ação típica justificada e ação atípica. Ou seja, diante de uma causa de justificação como, por exemplo, a legítima defesa, o bem jurídico não deixou de ser lesionado, mas sua lesão pôde ser justificada.¹⁴

2.3 Culpabilidade

A responsabilidade penal pelas ações jurídicas na esfera penal é abordada no âmbito da culpabilidade. Aqui, busca-se encontrar quem deve ser responsabilizado pela ação

¹² PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 359.

¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 225.

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 226.

típica e antijurídica, valendo-se de pressupostos que possam reprovar ao autor a conduta antijurídica, ressaltando que o autor deve ser entendido em sentido amplo, incluindo-se tanto a participação dolosa, quanto a derivada de imprudência ou negligência.

Welzel define culpabilidade como a reprovabilidade da configuração da vontade, assim, só pode ser reprovado a um indivíduo como culpabilidade aquilo que este pode voluntariamente.¹⁵ A teoria da culpabilidade deve, pois, expor os pressupostos pelos quais é reprovada ao autor determinada conduta antijurídica. A conduta deste não foi como se exige o Direito, ainda que ele pudesse ter observado as exigências jurídicas de dever ser ou se motivar de acordo com a norma. Entende-se, pois, que na culpabilidade será feita uma reprovação da conduta do agente.

Há diversas concepções sobre o conceito de culpabilidade, as quais variam de acordo com a análise que se faz da conduta para imputar um autor. De modo geral, devem estar presentes na pessoa do autor alguns requisitos para que este possa ser penalmente responsabilizado pela conduta típica e antijurídica em questão. Logo, o autor deve ter capacidade para se sentir motivado pela norma, conhecendo o seu conteúdo e estando em uma situação na qual pode se motivar normalmente por esta.¹⁶ De modo geral, atua culpavelmente quem pratica um ato antijurídico, podendo e sabendo atuar de outro modo, conforme o direito.

No decorrer da evolução dogmática diante da teoria do delito, os elementos que integram a culpabilidade mudaram. Dessa maneira, os elementos dolo e culpa deixaram de integrar a culpabilidade, a qual passou a ser integrada como elementos comuns nas teorias modernas pela imputabilidade, pela exigibilidade de conduta diversa e pelo conhecimento da ilicitude. Estes três elementos são essenciais à compreensão da legítima defesa putativa como um erro.

3 CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO E CAUSAS EXCULPANTES

O Direito Penal, apesar de possuir determinada essência punitiva, faz concessões e permissões ao indivíduo, nas formas de causas de justificação ou de exculpação. Assim,

¹⁵ WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal. p. 52; Derecho Penal alemán, p 77 apud PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 358.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Delito. Op. cit., p. 91.

uma causa de justificação, causa de exclusão da antijuridicidade, faz com que uma conduta típica não seja punida, uma vez que o ato cometido, apesar de típico, é lícito. Por outro lado, as causas exculpantes, causas de exclusão da culpabilidade, abrangem as condutas que mesmo o ordenamento jurídico as reputando como antijurídica, o Direito Penal, por razões como política criminal ou fins da pena, entende ser mais razoável não as reprovar ou as atenuar, de maneira que o agente que incorreu em uma destas causas terá sua pena excluída ou diminuída, de acordo com os graus de culpabilidade.

3.1 Causas de justificação

Conforme já foi explanado, a realização de uma conduta típica não é suficiente para determinar a sua antijuridicidade, sendo necessário, portanto, analisar se a ação ou a omissão não estão cobertas por uma norma permissiva, ou seja, uma causa de justificação, que irá excluir a antijuridicidade. Assim, toda ação compreendida em um tipo de injusto, será ilícita se não houver uma causa justificante.¹⁷ Santiago Mir Puig esclarece ainda que “o dispositivo que estabelece a causa de justificação delimita o âmbito do proibível”.¹⁸

O injusto é fundamentado no desvalor da ação e no desvalor do resultado, logo, as causas justificantes, que excluem o injusto, devem estar subordinadas a um juízo de valor sobre a ação e sobre o seu resultado. A questão do desvalor do resultado é esclarecida por Luiz Régis Prado ao expor que “ao desvalor do resultado, como efeito sobre determinado bem jurídico, corresponde o valor do resultado capaz de compensá-lo.” As causas justificantes devem, portanto, possuir valorações positivas que superem as valorações negativas do injusto.¹⁹

Diante da teoria do delito, ressalta-se que ao ser analisada uma conduta típica justificada, não cabe falar em comprovação de culpabilidade, uma vez que culpabilidade só é verificada depois de comprovada a existência de antijuridicidade.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 361.

¹⁸ MIR PUIG, Santiago. Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Mobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 146.

¹⁹ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 361.

A análise de uma causa como excludente de ilicitude está relacionada ao conhecimento dos pressupostos objetivos e da existência de elementos subjetivos. Estes serão analisados no presente estudo diante de uma análise metodológica em que uma causa justificante é integrada pelos componentes da situação justificante e da ação justificada. A situação justificante se baseia nos pressupostos objetivos das justificações, enquanto a ação justificada, ou seja, ação de defesa do agredido, foca em elementos subjetivos e deve ser orientada por parâmetros.²⁰ A situação justificada e a ação justificante, assim como os pressupostos objetivos e subjetivos serão melhor compreendidas na abordagem sobre a legítima defesa.

A temática das causas de justificação é abordada no artigo 23 do Código Penal Brasileiro, o qual dispõe que “não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Parágrafo único: O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.” Ressalta-se aqui que as causas justificantes enumeradas não devem ser compreendidas como um rol taxativo.

Munõz Code esclarece muito bem que “diversamente do que ocorre com as causas de exculpação, as de justificação não só impedem que se possa impor uma pena ao autor de um fato típico, como convertem esse fato em lícito, aprovado pelo ordenamento jurídico.”²¹

3.2 Causas exculpantes

Pelo que se analisou na culpabilidade, é possível compreender que as causas de exculpação estão relacionadas à exclusão total ou parcial dos três elementos deste instituto, os quais são: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e conhecimento da ilicitude.

Juarez Cirino esclarece que causas de exculpação estabelecem situações de inexigibilidade de comportamento diverso porque podem excluir ou reduzir a dirigibilidade normativa; situações de redução de culpabilidade por força da pressão psíquica do acontecimento e situações em que não a prevenção geral ou especial não se faz necessária.

²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 234.

²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Delito. Op. cit., p. 91.

Desse modo, entende-se que há causas de exculpação legais e extralegais, de acordo com o modo de previsão explícita ou implícita do ordenamento jurídico vigente.²²

4 Legítima Defesa

A legítima defesa pode ser conceituada como “a repulsa ou o impedimento da agressão ilegítima, atual, ou iminente, pelo agredido ou terceira pessoa, contra o agressor, sem ultrapassar a necessidade de defesa e dentro da racional proporção dos meios empregados para impedi-la ou repeli-la.”²³

A legítima defesa rege-se por dois princípios fundamentais: a afirmação do direito em defesa da ordem jurídica e a proteção individual dos bens ou interesses.²⁴ Esses princípios são aceitos pela teoria dualista, sendo que a teoria monista contempla em sua variante subjetiva a defesa dos bens jurídicos e em sua variante objetiva, a proteção da ordem jurídica.²⁵ Juarez Cirino esclarece que o princípio da proteção individual justifica ações típicas necessárias contra agressões ilícitas, atuais e iminentes visando à defesa de bens jurídicos individuais, enquanto o princípio da afirmação do direito justifica defesas necessárias para prevenir ou repelir a agressão injusta e manter a ordem jurídica, independente de meios alternativos de proteção.²⁶

No sistema penal brasileiro, a legítima defesa é explicitamente abordada no artigo 25 do Código Penal, nos seguintes termos: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

Desse modo, como já explicitada, sendo a legítima defesa uma causa de justificação, é possível organizá-la como integrada pelos componentes da situação justificante e da ação justificada, ou seja, ação de defesa do agredido.

²² SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 334.

²³ JIMENEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Losada, 1977, p. 26 apud PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 369.

²⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 235.

²⁵ SCHETTINI, Julián Ariel.; CILLERUELO, Alejandro Rodolfo. Op. cit., 218.

²⁶ ROXIN, Claus. Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 1997, p. 529 apud SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 234.

A situação justificante é caracterizada pelos pressupostos objetivos, sendo estes definidos na legítima defesa, conforme disposto na lei penal referida, pela agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio. Cada um desses pressupostos será explicado particularmente.

Primeiramente, a agressão deve ser compreendida como uma ação dirigida à produção de um resultado lesivo a um bem jurídico, sendo esta ação violenta ou não.²⁷ A ação citada abrange a omissão de ação e a imprudência.

O termo injusta se refere à agressão antijurídica, ilícita, não amparada pelo ordenamento jurídico, mesmo que não necessariamente punível. Uma agressão antijurídica é imotivada ou não provocada pelo agredido e é marcada pelo desvalor de ação e de resultado. Cabe ressaltar, portanto, que não se deve falar em legítima defesa contra legítima defesa ou contra qualquer causa justificante.

Agressão atual é uma agressão que já se iniciou e ainda não foi concluída, enquanto iminente se refere à agressão imediata, ou seja, que logo vai acontecer. Resumidamente, a agressão deve estar em realização, em continuação ou ser imediata. Há teorias divergentes quanto ao conceito de iminência. Vê-se que não tem relevância se o ataque era previsível ou evitável, uma vez que diante de uma agressão que atenda os requisitos dispostos, não há fundamento jurídico para impor limites à autonomia do indivíduo.²⁸

Ainda no âmbito dos pressupostos objetivos, destaca-se que a agressão deve lesar direito próprio ou de outrem. Foca-se aqui nos bens jurídicos, nas necessidades ou interesses individuais ou sociais que recebem proteção do Direito, entretanto há controvérsias quanto aos bens jurídicos sociais que podem ser suscetíveis de legítima defesa, sendo que esta é assegurada a todos os bens jurídicos individuais, como saúde, vida, honra, propriedade, liberdade.

Além do exposto acerca dos pressupostos objetivos, os meios utilizados para repelir a agressão devem ser necessários e empregados com moderação. Estes meios são entendidos como aqueles impostos pela vítima suficientes para afastar a agressão ou impedir a

²⁷ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 370.

²⁸ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 371.

ação do agente agressor²⁹, sem exceder o limite necessário apenas a repulsa. Deve, pois, haver uma determinada proporcionalidade entre a agressão sofrida e a reação de defesa, em relação aos bens e direitos ameaçados, ponderando-se a gravidade do ataque e a natureza e relevância do bem jurídico. Ressalva-se que a análise dos meios utilizados precisa ser feita minuciosamente diante do caso concreto, uma vez que particularidades do evento em si precisam ser consideradas. Juarez Cirino dos Santos leciona que a moderação é delimitada pela extensão da agressão, ou seja, enquanto persistir a agressão, é moderado o uso de meios necessários, mas cessada a agressão, a continuidade do uso desses meios será imoderada, o que constituirá o excesso na legítima defesa.³⁰

Por outro lado, no patamar dos elementos subjetivos da ação justificada, busca-se compreender se é suficiente o conhecimento da situação justificante ou se é necessário também a vontade de defesa, de proteção, além dos sentimentos. É válida a correlação pela qual os elementos subjetivos das justificantes configuram a contrapartida dos elementos subjetivos do injusto.³¹ Há, entretanto divergências doutrinárias quanto a essa questão, uma vez que a teoria majoritária, defendida por Kühl, Roxin e Otto alega que o elemento subjetivo consiste apenas no conhecimento da situação justificante, enquanto a teoria minoritária, defendida por Welzel, Jescheck/Weigend e Maurach/Zipf, aceita como elementos subjetivos o conhecimento da situação e a vontade de defesa, além de outros componentes emocionais e psíquicos.³²

Diante das divergências, Cirino afirma que o conhecimento é limiar subjetivo mínimo das ações justificadas, sendo a vontade a energia emocional que mobiliza a ação de defesa ou de proteção.³³ Nesse mesmo direcionamento, Luiz Régis Prado reforça que o elemento subjetivo faz parte da própria normatividade permissiva, devendo conter a consciência e a vontade de realizar uma conduta visando salvaguardar um interesse preponderante.³⁴ Vê-se, pois, que as teorias doutrinárias convergem ao compreender que só pode atuar em legítima defesa quem tem o conhecimento da situação, sabe que está se

²⁹ FERNANDES, Diogo Cunha Lima. Legítima Defesa e Excesso. Disponível na internet: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/1512/LEGITIMA_DEFESA_E_EXCESSO

³⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 247.

³¹ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 361.

³² SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 241.

³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 242.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 372.

defendendo. Juarez Cirino dos Santos alega ainda que “a ausência do elemento subjetivo significa dolo não justificado e reduz a legítima defesa à existência objetiva da situação justificante.”³⁵

Ao se analisar o aspecto subjetivo, vale ressaltar que a vontade é aqui considerada quanto à direção externa que lhe é conferida, e não da liberdade interna da vontade, a qual deve ser tratada no âmbito da culpabilidade.³⁶

5 LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

A legítima defesa putativa configura-se na situação em que um indivíduo, por erro, acredita que vai ser vítima de uma agressão injusta e com este pensamento atenta contra a integridade física de outrem. Ocorre aqui uma agressão por erro de representação, uma vez que o autor representa a existência de uma agressão inexistente, atual ou iminente, a bem jurídico próprio ou de terceiro. Ao discorrer sobre a legítima defesa putativa, Francisco Muñoz Conde a considerou um dos aspectos mais discutidos e confusos do direito à defesa, uma vez que incide na delimitação entre as causas de justificação e de exclusão de culpa, “verdadeiro campo de batalha na diferenciação entre ilícito e culpabilidade”.³⁷

Na legítima defesa putativa, alguém acredita com fundamento que vai ser vítima de uma agressão e emprega força ou violência contra uma pessoa que, na verdade, não é um agressor, ou seja, trata-se de uma defesa que se utiliza para repelir uma agressão imaginada. Deve ficar claro que a legítima defesa putativa não é considerada verdadeiramente legítima defesa, mas um erro. O erro na legítima defesa deve ser entendido, pois, como uma má interpretação da realidade ou incorreta utilização deste instituto jurídico para justificar determinada conduta.

5.1 A legítima defesa putativa e as teorias acerca do erro

³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 242.

³⁶ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 359.

³⁷ MUNOZ CONDE, Francisco. Legítima Defesa Putativa? Um caso limite entre justificação e exclusão de culpa. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. v. 11. N. 1/2, p. 343-363. jul/set. 1996, p. 345.

A questão do erro faz-se extremamente controversa na dogmática penal moderna, destacando-se o erro sobre os pressupostos objetivos das causas de justificação. No presente estudo, dá-se um enfoque ao erro sobre os pressupostos objetivo da legítima defesa, no qual se encaixa a legítima defesa putativa. Desse modo, visando melhor compreender a legítima defesa putativa, serão analisadas algumas teorias que discorrem sobre o erro nessa situação.

Para que seja melhor visualizada a legítima defesa putativa, expõe-se uma situação em que esta ocorre: Mário, dono de um supermercado, o qual já havia sido vítima de vários roubos, observa ao fechar o seu estabelecimento que entra com determinada precipitação um jovem, extremamente parecido com um dos que já o haviam roubado anteriormente, mas que na realidade é um trabalhador que tinha se esquecido de comprar alguns alimentos para o jantar. O comerciante, nervoso e assustado, acreditando estar na iminência de outro roubo, saca uma arma de fogo e dispara contra o trabalhador, ferindo-o gravemente.

Nesse caso, Mário supôs erroneamente estar diante dos pressupostos fáticos da legítima defesa, ou seja, acreditou estar diante de uma agressão injusta iminente ou atual. Assim, se a situação fosse real, estaria caracterizada a legítima defesa, e a ação defensiva estaria conforme o direito.³⁸ Seu erro, incidente sobre pressuposto fático da legítima defesa, comporta diferentes soluções no âmbito da doutrina do direito penal, conforme a corrente seguida.

Um caso real também pode ser usado para exemplificar a legítima defesa putativa: o Caso Goetz. Este ocorreu em Nova Iorque, ficou conhecido pelo mundo e foi amplamente debatido no universo jurídico. Bernhard Goetz estava em um vagão do metrô, quando quatro jovens negros o rodearam, assim, Goetz, que já havia sido roubado naquele metrô, entendeu que aquela ação se tratava novamente de um roubo e disparou contra os homens cinco tiros, acertando um dos jovens, o qual ficou gravemente ferido.

Diante da visualização de uma situação concreta, inicia-se a análise do erro direto sobre a concorrência dos pressupostos objetivos da legítima defesa dentro das seguintes

³⁸ MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. Teorias da culpabilidade e legítima defesa putativa. Disponível na internet: <http://jus.com.br/revista/texto/991/teorias-da-culpabilidade-e-legitima-defesa-putativa>

teorias: teorias que distinguem erro de fato e erro de direito; teorias estrita e limitada do dolo; teorias estritas e limitadas da culpabilidade e teoria dos elementos negativos.

Antes de adentrar no defendido por essas teorias, deve ser definido o que são erro de tipo e erro de proibição, constituindo-se estes as duas espécies principais de erros. O erro de tipo incide sobre as circunstâncias ou elementos objetivos, normativos, fáticos do tipo legal, enquanto o erro de proibição incide sobre a própria proibição do tipo de injusto, no sentido de valoração jurídica de forma geral, recaindo sobre a própria ilicitude. O erro de tipo permissivo também deve ser definido, o qual é ressalvado por possuir natureza híbrida, incidindo sobre os pressupostos objetivos das causas de justificação, constituída pela representação errônea da circunstância justificante, onde pode se encaixar a legítima defesa putativa.³⁹

Além disso, deve-se compreender previamente que o erro inevitável, invencível ou inultrapassável ocorre na situação em que a interpretação errônea dos pressupostos objetivos seja racional e fundada, ou seja, plenamente justificada pelas circunstâncias. Neste, o autor não tinha possibilidade de interpretar corretamente a situação, mediante reflexão ou informação, logo não deve ser alcançável pela determinação da norma. Já o erro evitável, vencível ou ultrapassável é aquele em que seria possível fazer uma interpretação real diante das circunstâncias em que se estava inserido. O julgamento de evitabilidade depende de variáveis, como a posição social, a capacidade individual, as representações de valor do autor, dentre outras, e deve ser analisada a partir de critérios normas de reflexão ou informação.⁴⁰ Nesse sentido, o artigo 21 do Código Penal, em seu parágrafo único dispõe: “Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.”

5.1.1 Erro de fato e erro de direito

A teoria acerca do erro de direito e erro de fato passou por diversas fases, mas sua tese é sintetizada na análise se o erro afeta dados fáticos ou se afeta o próprio Direito. De

³⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 305.

⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 316.

modo prático, entende-se que este se trata do erro de direito e parte do princípio de que todos devem conhecer as normas, sendo a ignorância alegada da lei irrelevante se o erro for em relação ao Direito Penal e, em caso de Direito Extrapenal, pode ocorrer a exclusão da pena nos delitos dolosos. Aquele se trata do erro de fato, o qual é capaz de excluir o dolo, se invencível, e, sendo vencível, será punido em sua forma imprudente, desde que tipificado expressamente.⁴¹

Von Liszt segue essa corrente doutrinária e defende que o dolo abrange o conhecimento da significação anti-social do fato, assim o erro que interfere no conhecimento da danosidade social da ação deve excluir o dolo. Essa exclusão do dolo se encaixa na situação da legítima defesa putativa, em que há a suposição errônea quanto à existência dos pressupostos da legítima defesa. Ou seja, na legítima defesa putativa, o agente não tem conhecimento dessa significação anti-social da sua ação, ele acredita que sua ação é permitida.

Ocorrem, pois, diversas divergências doutrinárias quanto ao enquadramento da legítima defesa putativa como um erro de fato ou como um erro de direito, uma vez que alguns acreditam que se trata de um erro sobre os limites ou alcance da legítima defesa, o que configuraria um erro de fato, enquanto outros crêem estar diante de um erro sobre os pressupostos objetivos desta causa de justificação, configurando um erro de direito, segundo o qual o autor deveria ser punido sem qualquer atenuante, uma vez que o erro de Direito Penal faz-se irrelevante. Esta teoria mostra-se, portanto, ultrapassada e não é capaz de enquadrar devidamente o instituto da legítima defesa putativa.

5.1.2 Teorias do dolo

Primeiramente, ressalva-se que as teorias do dolo são defendidas pelos adeptos das concepções clássica e neoclássica do delito. Expõe-se aqui que para a concepção clássica, o tipo é objetivo, a antijuridicidade é valorativa e formal, sendo que a parte subjetiva do delito localiza-se na culpabilidade, assim a incidência do erro afeta o dolo ou a imprudência. Na concepção neoclássica, o tipo possui característica descritiva e valorativa, e a culpabilidade

⁴¹ BARREALES, Maria A. Trapero. Op. cit., p. 52.

possui um juízo valorativo com a concepção psicológica nas formas de dolo ou culpa. Além disso, faz-se necessário ressaltar que o conceito de culpabilidade nas teorias do dolo, do modo geral, se baseia sobre o princípio do conhecimento, sendo que o conteúdo antijurídico de uma questão só pode ser reprovado ao indivíduo quando este conhecia a ilicitude.

Juarez Cirino dos Santos leciona que na teoria do dolo, a consciência do injusto faz-se integrante do conceito de dolo, logo este será constituído tanto pela consciência (e vontade) do fato, quanto pela consciência (e vontade) do desvalor do fato, configurando o *dolus mallus*, fundamento do crime doloso como uma rebeldia contra o direito. Essa concepção acarretará no caso de que todo e qualquer erro exclui o dolo, logo não há a dicotomia erro de fato/erro de direito ou erro de tipo/erro de proibição.⁴²

As teorias do dolo são divididas em teoria limitada e teoria estrita. Luis Régis Prado diferencia de modo claro essas duas teorias ao disciplinar que a teoria estrita do dolo considera que a falta de consciência da ilicitude afeta o dolo, colocando como coisas idênticas o erro de tipo e o erro de proibição, sendo que ambos excluem o dolo. Por outro lado, na teoria limitada do dolo, a consciência da ilicitude constitui-se um elemento do dolo, assim quando ocorre ausência dessa consciência, o dolo é eliminado, ainda existindo a culpa. Além disso, a teoria estrita do dolo exige o conhecimento atual e concreto do injusto, enquanto a teoria limitada exige apenas o conhecimento potencial.⁴³

Pode-se concluir que para os defensores da teoria estrita do dolo, na legítima defesa putativa, o delito doloso deve ser excluído, podendo ocorrer comissão culposa, caso o sujeito tenha agido sem o dever de cuidado necessário ou quando se equivoca sobre o meio utilizado na defesa porque supõe ser aquele o meio adequado. Assim, nessa teoria, deixa de ter importância diferenciar o erro sobre os elementos fáticos ou sobre os elementos normativos nos pressupostos da legítima defesa ou sobre os limites ou existência desta.⁴⁴

Uma das críticas que se faz a teoria estrita do dolo é baseada na legítima defesa putativa, uma vez que admite a legítima defesa frente a legítima defesa putativa pelo fato de o

⁴² SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 307.

⁴³ PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 402.

⁴⁴ BARREALES, Maria A. Trapero. El error en las causas de justificación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 273.

suposto ofensor está diante da agressão ilegítima de outrem que, por erro, crê estar agindo em legítima defesa.⁴⁵

A teoria limitada do dolo, apesar de convergir com a teoria estrita no que tange considerar que o erro encontra-se na culpabilidade, como uma causa de exclusão desta, irá se afastar dessa teoria ao admitir o conhecimento potencial da ilicitude e ao defender a punição por delito doloso do agente que alegar o desconhecimento do caráter proibido da sua conduta, sendo estes casos muitas vezes denominados por “cegueira jurídica” ou “hostilidade do Direito”.⁴⁶

Pode-se verificar nas teorias do dolo que a legítima defesa putativa mais uma vez não se encaixa, já que as duas teorias citadas do dolo não estabelecem nenhuma particularidade no tratamento do erro direto sobre os pressupostos objetivos da legítima defesa.

5.1.3 Teorias da culpabilidade

As teorias da culpabilidade surgem vinculadas à teoria finalista, a qual faz uma nova abordagem sobre o dolo, acarretando em mudanças significativas no entendimento do erro. Faz-se primordial compreender inicialmente que conhecimento e erro constituem estados psíquicos em relação de exclusão lógica, assim o conhecimento exclui o erro, enquanto o erro indica o desconhecimento sobre dado objeto.⁴⁷ No finalismo, dolo e culpa integram a conduta que foi deslocada para o tipo, ou seja, o finalismo retirou o dolo e a culpa da culpabilidade, antecipando a análise desses dois elementos para dentro do tipo penal.

Nesse teoria, Welzel estabelece que o conceito de culpabilidade tem base sobre o princípio da responsabilidade.⁴⁸ Assim, o indivíduo é responsável pelas suas decisões de forma que estas estejam conforme o Direito, considerando os limites da capacidade de compreensão ético-social do indivíduo.

⁴⁵ BARREALES, Maria A. Trapero. Op. cit., p. 278.

⁴⁶ BARREALES, Maria A. Trapero. Op. cit., p. 279.

⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 305.

⁴⁸ WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal. p. 122 apud PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 369.

Juarez Cirino dos Santos leciona que a teoria da culpabilidade separa o conhecimento do fato do conhecimento da antijuridicidade do fato, de maneira que o dolo, elemento subjetivo do crime doloso, é constituído pela consciência e pela vontade do fato, e a consciência da ilicitude é o elemento especial da culpabilidade, fundamentando concretamente o juízo de reprovação.⁴⁹ Essa disjunção entre dolo e consciência da ilicitude possibilitou a distinção entre erro de tipo e o erro de proibição. Logo, o erro de tipo exclui o dolo se inevitável e, se evitável, o delito poderá ser considerado culposos, caso esteja previsto na lei; enquanto o erro de proibição exclui ou reduz a reprovação, de acordo com a relevância que possuir no âmbito da culpabilidade.

Nesse ponto, ressalta-se que assim como as teorias do dolo, as teorias da culpabilidade dividem-se em limitada e estrita, esta também denominada rigorosa ou extrema.

A teoria estrita da culpabilidade foi desenvolvida por Welzel e é dominante entre os finalistas. Esta considera o erro sobre a antijuridicidade do fato sempre como um erro de proibição, atribuindo a qualquer forma deste erro as mesmas conseqüências, quais sejam: a exclusão da reprovação de culpabilidade, quando o erro for invencível, não sendo responsabilizado o indivíduo pelo delito doloso; a atenuação da reprovação de culpabilidade, nos casos em que o erro é vencível, sendo o indivíduo responsabilizado com atenuação de pena pelo delito doloso.⁵⁰ O erro de proibição é aqui tratado como o erro sobre a antijuridicidade do fato, assim o agente sabe o que faz, entretanto supõe erroneamente que sua conduta é permitida, ou não conhece devidamente a norma, ou supõe erroneamente o acontecimento de uma causa de justificação. Dessa forma, a legítima defesa putativa representa na teoria estrita da culpabilidade um erro de proibição, no qual a culpabilidade será excluída, caso o erro seja inevitável.

Diversas críticas foram elaboradas contra a teoria estrita da culpabilidade, destacando-se aquela que utiliza o argumento de que é equivocado generalizar todo erro sobre uma causa de justificação como erro de proibição, uma vez que o erro sobre os elementos da legítima defesa não se relacionam com a ignorância de proibição da conduta.

⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 307.

⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 308.

Por outro lado, a teoria limitada da culpabilidade estabelece modalidades de erro de proibição, os quais são o erro de proibição direto, o erro de proibição indireto ou erro de permissão e o erro de tipo permissivo.

O erro de proibição direto possui como objeto a lei penal, considerada pela existência, validade e significado da norma, excluindo ou reduzindo a reprovação da culpabilidade. Já o erro de proibição indireto possui como objeto os limites jurídicos de causa de justificação legal ou a existência de causa de justificação não prevista em lei, sendo que esta espécie de erro também irá excluir ou reduzir a reprovação de culpabilidade. Por último, o erro de tipo permissivo possui como objeto os pressupostos objetivos de justificação legal e, logo, se destaca quando ocorre uma errônea representação da situação justificante, incidindo sobre a realidade do fato, o que irá excluir o dolo, como um erro de tipo, e não apenas a reprovação da culpabilidade, como nas outras modalidades aqui estabelecidas.⁵¹

A legítima defesa putativa se encaixa na perspectiva da teoria limitada da culpabilidade como um erro de tipo permissivo. Assim, pela equiparação feita entre erro de tipo de permissivo e erro de tipo, vê-se que o agente deseja agir conforme o direito, mas erra sobre a veracidade do fato. Nesse ponto, Juarez Cirino dos Santos esclarece bem a questão ao lecionar que “a representação errônea da existência de situação justificante exclui o dolo, como decisão fundada no conhecimento das circunstâncias do tipo legal, mas com desconhecimento da inexistência de situação justificante”.⁵² Ou seja, na situação de erro de tipo permissivo, o autor não sabe o que faz, ao contrário das outras modalidades de erro de proibição, nas quais o autor sabe o que faz, mas erra quanto à licitude do fato. O erro de tipo permissivo configura-se um erro sobre a verdade do fato, em que o autor mantém-se fiel ao direito, entretanto erra sobre os pressupostos fáticos deste.

De modo geral, o que deve ficar claro é que a legítima defesa putativa não deve ser considerada um erro de tipo porque o sujeito quer realizar o tipo, sendo que a característica do erro de tipo é a ausência de dolo como vontade de cometimento do fato descrito pelo tipo, nem deve ser considerada um erro de proibição, uma vez que não tem por base uma valoração da ordem jurídica.

⁵¹ WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. De Gruyter, 1969, p. 168 apud. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 308.

⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.* p., 309.

Diante da teoria da culpabilidade, faz-se essencial compreender que o tratamento atribuído às causas justificantes baseadas em pressupostos objetivos reais é distinto daquele dado às causas justificantes putativas. Naquelas, a impunidade constitui-se da exclusão da antijuridicidade, ou seja, a conduta é lícita, uma vez que as causas de justificação mostram-se completas diante dos pressupostos objetivos e dos elementos subjetivos. Já nestas, a impunidade ocorre quando o erro é invencível, diante da exclusão da culpabilidade, sendo que se configura aqui uma categoria de delito capaz de solucionar as representações errôneas do autor sem afetar os elementos integrantes da tipicidade nem excluir a antijuridicidade da conduta.⁵³

5.1.4 Teoria dos elementos negativos do tipo

A teoria dos elementos negativos do tipo fundamenta de modo distinto da teoria limitada da culpabilidade o erro sobre a situação justificante. Primeiramente, é preciso compreender que esta teoria compreende os componentes do tipo legal como os elementos positivos do tipo, e as causas de justificação como os elementos negativos. A teoria acaba por tratar o erro sobre os elementos do tipo e o erro sobre os pressupostos das causas de justificação como uma única coisa: erro de tipo. Logo, a legítima defesa putativa, erro sobre os pressupostos objetivos das causas de justificação que é, será considerada um erro que incide sobre a própria configuração típica do delito, excluindo-se totalmente a responsabilidade, se inevitável; aceitando-se o delito negligente, se evitável.⁵⁴

Uma das conseqüências que se deduz da teoria dos elementos negativos do tipo é que o fato irá deixar de ser antijurídico, logo a vítima do erro, ou seja, o suposto agressor não poderia repelir a agressão sofrida alegando legítima defesa.⁵⁵

⁵³ MUNOZ CONDE, Francisco. Legítima Defesa Putativa? Um caso limite entre justificação e exclusão de culpa. Op. cit., p. 351.

⁵⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 310.

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Legítima Defesa Putativa? Um caso limite entre justificação e exclusão de culpa. Op. cit., p. 349.

5.2 A legítima defesa putativa na legislação penal brasileira

No Brasil, o erro é abordado nos artigos 20 e 21 do Código Penal, sendo que este aborda o erro de proibição e aquele aborda o erro de tipo. A situação da legítima defesa putativa enquadra-se no artigo 20, §1º: “É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias supões situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.” Neste, vê-se a definição da evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude. Desse modo, é possível concluir que a legislação penal brasileira, no que tange as discriminantes putativas, segue a denominada “teoria limitada da culpabilidade”, admitindo, pois, a legítima defesa putativa como um erro de tipo permissivo, devendo ser punida na forma culposa.⁵⁶

Vale frisar que no âmbito da legítima defesa putativa, o erro normalmente será inevitável, uma vez que o autor, supondo erroneamente estar diante dos pressupostos objetivos de uma agressão, acreditará que precisa agir rapidamente, o que o impossibilitará de fazer um exame das circunstâncias. Welzel, entretanto, expõe um caso em que haverá um erro considerado evitável, sendo a agressão ilegítima: “A quer subtrair uma motocicleta de B, já que é o único meio para levar rapidamente seu filho gravemente enfermo; B sabe, mas o impede à força, por crer que nem sob estas circunstâncias está autorizado um terceiro perturbar sua propriedade.”

5.3 Excesso na legítima defesa putativa

Na legítima defesa putativa, o excesso se relaciona aos casos em que alguém imagina erroneamente uma agressão que não existia e ao se defender, movido por afetos astênicos de confusão, medo, pânico, susto, dentre outros, ultrapassa os limites que deveria ter observado no caso de uma situação de defesa real, utilizando de forma imoderada um meio de defesa necessário, excesso extensivo, ou utilizando um meio de defesa desnecessário, excesso intensivo.

⁵⁶ Exposição de Motivos do Código Penal. Disponível na internet: http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/LEIS/L7209_84.PDF. Item 17

Entende-se atualmente que o excesso intensivo na legítima defesa real e na legítima defesa putativa configura-se uma espécie de erro não-essencial da legítima defesa. Esta espécie de erro não configura uma situação de justificação, mas uma hipótese de erro de tipo permissivo, ou hipótese de exculpação legal, pertencente à culpabilidade.

Juarez Cirino dos Santos leciona que o excesso na legítima defesa putativa constitui duplo erro, uma vez que “o autor utiliza meio de defesa desnecessário por erro (1) sobre a atualidade da agressão e (2) sobre a intensidade da agressão.”⁵⁷

A doutrina dominante rejeita o excesso na legítima defesa ao argumentar que “onde uma ação não está em imediata conexão com uma situação de defesa real (seja concomitante, anterior ou já acabada) não há limites que podem ser ultrapassados”, conforme afirmou Roxin.⁵⁸ Ou seja, não é possível haver limites a serem excedidos se não existe uma situação de legítima defesa real. Esse posicionamento recebe diversas críticas, uma vez que a representação errônea da agressão inexistente tem efeitos idênticos à representação correta da agressão existente. A agressão presumida pelo autor em erro equivale a uma agressão real no psiquismo do suposto agredido.⁵⁹

Assim, se for considerado o excesso na legítima defesa, deve-se falar no princípio da ponderação de bens, assim como ocorre na legítima defesa real.⁶⁰ Faz-se necessário compreender também que na legítima defesa de forma geral o excesso não absorve toda ação, somente o ato que ocasionou abuso ao repelir a injusta agressão.⁶¹

6 CONCLUSÃO

Inicialmente, abordaram-se os elementos que, dentro da teoria do delito se fazem fundamentais para o estudo das causas de justificação e das causas exculpantes, passando, pois, para o estudo da legítima defesa, como causa de justificação que o é, e, posteriormente,

⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 329.

⁵⁸ ROXIN, Claus. *Über den Notwehrexzess*. apud. MUNOZ CONDE, Francisco. *Legítima Defesa Putativa? Um caso limite entre justificação e exclusão de culpa*. Op. cit., p. 342.

⁵⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 342.

⁶⁰ RODA, Juan Córdoba. *Consideraciones sobre legítima defensa*. *Estudios Penales em Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Madrid: Edisofer, 2008, p. 770.

⁶¹ FERNANDES, Diogo Cunha Lima. *Legítima Defesa e Excesso*. Op. cit..

adentrou-se no complexo instituto da legítima defesa putativa, analisada como erro por diversas teorias. Por fim, discorreu-se sobre o excesso na legítima defesa putativa. É necessário ressaltar que o estudo aqui elaborado não possui, nem poderia possuir, qualquer direcionamento com o intuito de esgotamento do tema, uma vez que se faz extremamente amplo, complexo e controvertido.

A legítima defesa faz-se um assunto muito debatido dentro e fora do meio jurídico, entretanto, vê-se a preocupação por parte da legislação, da doutrina e da jurisprudência em não tornar este instituto num marco à impunidade, logo o magistrado deverá, mediante minucioso exame probatório decidir pela exclusão ou não da ilicitude. Assim, a legítima defesa deve ser explicada e provada, considerando a fragilidade da fronteira entre o dolo, a culpa e o excesso. No âmbito das causas excludentes de ilicitude, Miguel Reale Junior entende que “uma ação concreta, apesar de adequada ao tipo, será lícita se, a partir dessa idéia de direito como espelho dos valores culturais positivos, construir meio justo para um fim justo.”⁶²

Vale ressaltar que a legítima defesa é enquadrada de modos diferentes de acordo com cada ordenamento jurídico, logo os institutos derivados dela, como é o caso da legítima defesa putativa, em que há um erro sobre a concorrência dos pressupostos fáticos dessa causa de justificação, também dependerão da forma como a legítima defesa foi lograda no sistema jurídico vigente.

A legítima defesa putativa, como erro que se configura, acompanha o direcionamento que cada doutrina estabelece diante dos elementos do delito, o que torna evidente a impossibilidade de se falar em consenso. A legítima defesa putativa será enquadrada, pois, de acordo com o modo que cada corrente doutrinária organiza, compreende a teoria do delito. A partir desse enquadramento da legítima defesa putativa, os efeitos práticos serão bem distintos.

Além dos elementos objetivos, os elementos subjetivos da legítima defesa são admitidos por algumas correntes doutrinárias, sendo estes elementos a consciência e a vontade de defender-se, sendo que este último elemento não é aceito por todas as correntes adeptas ao elemento subjetivo. Nesse ponto, fazendo um paralelo com a legítima defesa putativa,

⁶² REALE JUNIOR, Miguel. Teoria do Delito. São Paulo: RT, 1998, p. 145.

ressalta-se que se os elementos subjetivos forem considerados ao analisar a legítima defesa, estes também deverão ser considerados na legítima defesa putativa.

Diante do estudo realizado, ficou claro que os juízos de tipicidade e antijuridicidade, que têm como objeto a conduta humana e por enfoque a violação ao bem jurídico protegido, não o esgotam em termos de composição, sendo que o delito também é composto de uma valoração da ordem jurídica sobre o autor da conduta típica e antijurídica, juízo de censura que a culpabilidade encerra. A culpabilidade, pois, é o terceiro elemento que dá estrutura à infração penal, assim, na sua ausência, apesar de típico e antijurídico, o fato não se constitui em infração penal.

O excesso na legítima defesa putativa mostrou-se um núcleo de divergências, visto que corrente dominante defende não ser possível nem mesmo mencionar esse tipo de excesso pelo fato de não haver uma situação de fato real. Por outro lado, a corrente minoritária admite o excesso na legítima defesa putativa, podendo este ser intensivo ou extensivo, como na legítima defesa real, uma vez que a agressão presumida pelo agente em erro é idêntica a uma agressão real no psiquismo do suposto agredido.

No caso da legislação penal brasileira, enfocou-se na abordagem feita pela teoria limitada da culpabilidade sobre o erro, sendo a legítima defesa putativa aqui considerada como um erro de tipo permissivo. Por fim, o que se propôs aqui foi o entendimento da legítima defesa putativa em consonância com o ordenamento jurídico vigente, prezando por princípios deste, como o princípio da legalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARREALES, Maria A. Trapero. El error em las causas de justificaci3n. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BRUNO, An3bal. Direito Penal. Parte Geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Rio, 1967.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. C3digo Penal Comentado. S3o Paulo: Verbo Jur3dico, 2007.

Exposi3o de Motivos do C3digo Penal. Dispon3vel na internet: http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/LEIS/L7209_84.PDF

FERNANDES, Diogo Cunha Lima. Leg3tima Defesa e Excesso. Dispon3vel na internet: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/1512/LEGITIMA_DEFESA_E_EXCESSO

GRAUL, Eva. ¿Leg3tima Defesa o Defesa Putativa? Revista de Derecho Penal y Criminolog3a. V. 3, 2/2, p. 181-205. jan. 1999.

MIR PUIG, Santiago. Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito. Tradu3o de Cl3udia Viana Garcia e Jos3 Carlos Mobre Porci3ncula Neto. S3o Paulo: RT, 2007.

MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. Teorias da culpabilidade e leg3tima defesa putativa. Dispon3vel na internet: <http://jus.com.br/revista/texto/991/teorias-da-culpabilidade-e-legitima-defesa-putativa>

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Delito. Tradu3o e nota de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 2008

_____. Leg3tima Defesa Putativa? Um caso limite entre justific3o e exclus3o de culpa. Revista Portuguesa de Ci3ncia Criminal. V. 11. N. 1/2, p. 343-363. jul/set. 1996.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 10ª ed. S3o Paulo: RT, 2010.

PLEE, Ra3l Omar. Jerarquia de los biens jur3dicos y la leg3tima defensa. Doctrina Penal - Teor3a y Pr3ctica em las Ciencias Penales. V. 41. N. 1/3. p. 503/511. 1988.

REALE JUNIOR, Miguel. Teoria do Delito. S3o Paulo: RT, 1998

RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. Legítima Defesa Putativa. Revista Magister Direito Penal e Processual Penal. V. 33, n. 33/ p. 25/28. 2007.

RODA, Juan Córdoba. Consideraciones sobre legítima defensa. Estudios Penales em Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I. Madrid: Edisofer, 2008. p. 761-778.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris ICPC, 2008.

SCHETTINI, Julián Ariel.; CILLERUELO, Alejandro Rodolfo. Análisis de La legítima defensa. Los tres elementos. Revista de Derecho Penal. v. 59, n. 1/2, p. 207-235. jul. 2003.