

O caso dos torcedores

João Pedro Ayrosa 

Fatos

It's so obvious you're constantly blocking me from rational thinking.

(Dance Gavin Dance, *Alex English*)

A e B eram famosos na cidade por suas discussões acaloradas sobre futebol. Após mais um bate-boca, B, maior e mais forte do que A, avisou-lhe que, se o visse em sua rua, iria arreventá-lo.

Ignorando o aviso, A passou pela referida rua, em frente à casa de B. A sabia que isso poderia causar uma nova alteração, talvez com resultados mais graves do que os anteriores, mas ponderou que o incômodo de B não era problema seu. Para evitar um confronto, A poderia ter utilizado uma rua paralela, sem que isso implicasse aumento da distância.

Ao ver A passando em frente à sua casa, B correu em sua direção gritando que ele se arrependeria. A, que nunca vira B nesse estado emocional, buscou defender-se sacando seu canivete de estimação, com o qual atingiu B no braço. B, que não esperava o golpe, caiu no chão por causa do susto e da dor provocada. Vendo o adversário caído e lembrando-se das discussões anteriores, A sentiu raiva e rancor de B e chutou-o várias vezes com força, acertando sua cabeça, pescoço, peito e braço machucado. A não contemplou a possibilidade de morte de B. B foi posteriormente atendido no hospital da cidade e liberado no mesmo dia, sem maiores problemas de saúde. Os golpes resultaram em escoriações e cortes.

Punibilidade dos envolvidos?

Complexo fático 1 – O aviso**A) Punibilidade de *B* por constrangimento ilegal: artigo 146, *caput*, do CP**

I – Tipicidade: tipo objetivo (-)

II – Conclusão intermediária

B) Punibilidade de *B* por tentativa de constrangimento ilegal: artigo 146, *caput*, c/c o artigo 14, II, do CP

I – Análise prévia (+)

II – Tipicidade

1. Tipo subjetivo: decisão de praticar o fato (+)

2. Tipo objetivo (+)

a) Início da execução (+)

b) Inexistência de crime impossível (+)

III – Antijuridicidade (+)

IV – Culpabilidade (+)

V – Arrependimento eficaz (+)

VI – Conclusão intermediária

C) Punibilidade de *B* por ameaça: artigo 147, *caput*, do CP

I – Tipicidade

1. Tipo objetivo (+)

2. Tipo subjetivo (+)

II – Antijuridicidade (+)

III – Culpabilidade (+)

IV – Conclusão intermediária

Complexo fático 2 – O primeiro golpe

A) Punibilidade de *B* por lesões corporais: artigo 129, *caput*, do CP

I – Tipicidade: tipo objetivo (-)

II – Conclusão intermediária

B) Punibilidade de *B* por tentativa de lesões corporais: artigo 129, *caput*, do CP c/c o artigo 14, II, do CP

I – Análise prévia (+)

II – Tipicidade

1. Tipo subjetivo: decisão de praticar o fato (+)

2. Tipo objetivo

a) Início da execução (+)

b) Inexistência de crime impossível (+)

III – Antijuridicidade (+)

IV – Culpabilidade (+)

V – Desistência voluntária (+)

VI – Conclusão intermediária

C) Punibilidade de *A* por tentativa de homicídio: artigo 121, *caput*, c/c o artigo 14, II, do CP

D) Punibilidade de *A* por lesão corporal: artigo 129, *caput*, do CP

I – Tipicidade

1. Tipo objetivo

a) Resultado (+)

b) Causalidade (+)

c) Imputação objetiva (+)

2. Tipo subjetivo (+)

II – Antijuridicidade: legítima defesa

1. Situação de legítima defesa

- a) Contra direito do defensor ou de outrem (+)
- b) Agressão (+)
- c) Atualidade ou iminência (+)
- d) Injusta (+)

2. Ação de defesa

- a) Direcionada contra o agressor (+)
- b) Necessidade (+)
- c) Moderação: limitação do direito à defesa em decorrência de provocação (+)
 - (a) Vigência no direito brasileiro (+)
 - (b) Provocação (-)

3. Elemento subjetivo da legítima defesa (+)

III – Conclusão intermediária

Complexo fático 3 – Os chutes

A) Punibilidade de A por tentativa de homicídio: artigo 121, *caput*, c/c o artigo 14, II, do CP

B) Punibilidade de A por lesão corporal: artigo 129, *caput*, do CP

I – Tipicidade

1. Tipo objetivo

- a) Resultado (+)
- b) Causalidade (+)
- c) Imputação objetiva (+)

2. Tipo subjetivo

II – Antijuridicidade

1. Legítima defesa

a) Situação de legítima defesa

aa) Contra direito do defensor ou de outrem (+)

bb) Agressão (+)

cc) Atualidade ou iminência (-)

2. Estado de necessidade

a) Situação de necessidade

aa) Ameaça a direito próprio ou alheio (+)

bb) Perigo (+)

cc) Atualidade (-)

III – Culpabilidade: excesso em legítima defesa

a) Vigência no direito brasileiro (+)

b) Excesso (+)

c) Afetos (-)

IV – Conclusão intermediária

C) Punibilidade de A por lesão corporal qualificada por perigo de vida: artigo 129, caput, § 1º, II, do CP

I – Tipicidade: tipo objetivo (-)

II – Conclusão intermediária

D) Concurso de delitos e de leis

E) Conclusão

F) Resolução

Complexo fático 1 – O aviso

A) Punibilidade de B por constrangimento ilegal: artigo 146, caput, do CP

Ao dizer a A que iria arrebatá-lo caso passasse por sua rua, B pode ter praticado o delito de constrangimento ilegal, nos termos do art. 146, caput, do CP.

I – Tipicidade: tipo objetivo

Para isso, *B* precisaria ter constrangido *A*, mediante violência ou grave ameaça, ou, depois de lhe haver reduzido a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite ou a fazer o que ela não manda. Violência é definida como o emprego de força física sobre o corpo da vítima para a supressão de resistência real ou esperada¹. No ato de avisar não foi empregada qualquer força física sobre o corpo de *A*. Assim, a conduta de *B* não preencheu o elemento violência. Ameaça, por sua vez, é o anúncio de um mal futuro sobre o qual o agente tem ou afirma ter influência². *B* comunicou a *A* um mal futuro (arrebentá-lo) sobre o qual teria influência (a sua realização sujeitava-se ao capricho de *B*). Assim, *B* ameaçou *A*. Grave é a ameaça quando o mal anunciado é de tal seriedade que pareça apto a motivar a vítima no sentido desejado pelo autor³. No caso, a ameaça de violência física feita por alguém mais forte surge como apta a motivar o comportamento da vítima. Portanto, a ameaça foi grave.

Além disso, *B* precisaria ter exigido que *A* omitisse algo permitido por lei ou que fizesse algo por ela não comandado. *B* exigiu que *A* não passasse pela rua de sua casa. Não há nenhuma referência a qualquer proibição legal de trânsito pela rua de *B*, de modo que *A* poderia utilizá-la. Logo, exigiu-se de *A* que ele não fizesse algo permitido.

Contudo, a consumação do constrangimento ilegal ocorre apenas quando a vítima é, de fato, constrangida a deixar de fazer algo que não é vedado ou a fazer algo a que não é obrigada⁴. *A* não deixou de passar pela rua de *B*, de modo que não foi constrangido, o que impede a consumação do delito.

II – Conclusão intermediária: B não é punível por constrangimento ilegal.

B) Punibilidade de *B* por tentativa de constrangimento ilegal: artigo 146, *caput*, c/c o artigo 14, II, do CP

Ao dizer a *A* que iria arrebentá-lo caso passasse por sua rua, *B* pode ter praticado uma tentativa de constrangimento ilegal, conforme os arts. 146, *caput*, e 14, II, ambos do CP.

1 RENGIER, *Strafrecht* BT, § 23, nm. 2.

2 RENGIER, *Strafrecht* BT, § 23, nm. 39.

3 RENGIER, *Strafrecht* BT, § 23, nm. 44.

4 FRAGOSO, *Lições de direito penal* PE, p. 210; BUSATO, *Direito penal* PE, p. 278.

I – *Análise prévia*: o delito não se consumou, conforme demonstrado *supra* A.I.

II – *Tipicidade*

1. *Tipo subjetivo: decisão de praticar o fato*

A vontade do agente deve estar direcionada a concretizar o resultado, o que pressupõe que o autor represente e queira a realização de todas as elementares do tipo objetivo⁵. *B* tinha conhecimento de que constringia *A*, por meio de grave ameaça, a não fazer o que a lei permite (passar por sua rua), bem como era esse o seu objetivo [para definições e subsunções: *supra* A.1]. Portanto, *B* agiu com dolo.

2. *Tipo objetivo*

a) *Início da execução* (art. 14, *caput*, II, do CP): a punibilidade por tentativa pressupõe que o autor tenha começado a executar o delito. Como demonstrado *supra* A.I., *B* realizou a conduta prevista no tipo. Houve início da execução.

b) *Inexistência de crime impossível* (art. 17, *caput*, do CP): o meio escolhido é eficaz (grave ameaça) e o objeto da ação (liberdade de *A*) é próprio para a realização do constrangimento ilegal. Portanto, não se trata de crime impossível⁶.

III – *Antijuricidade*: nenhuma causa de exclusão da antijuricidade é aplicável ao caso. Logo, *B* agiu de forma antijurídica.

IV – *Culpabilidade*: nenhuma causa de exclusão da culpabilidade é aplicável ao caso. Assim, *B* agiu de forma culpável.

V – *Arrependimento eficaz* (art. 14, II, *c/c* o art. 15, *caput*, do CP): caso a falta de consumação decorra da conduta do autor, pode ser aplicável a desistência voluntária ou o arrependimento eficaz. Para isso, primeiro exige-se que a tentativa não seja falha. Diz-se falha a tentativa quando, do ponto de vista do

5 GOÉS, Nova 1, p. 127

6 Fundamentalmente, o método de resolução estruturada envolve quatro fases: frase introdutória, definição, subsunção e resultado; cf. MINORELLI, *RICP* 8, p. 168. Contudo, levando em conta que uma resolução bem-sucedida deve identificar os principais problemas do caso, quando determinado ponto da análise for incontroverso – “lei e fatos se encaixam como peças de quebra-cabeça”, HILDEBRAND, *Juristischer Gutachtenstil*, p. 42 –, pode-se optar pelo modelo “encurtado”: sem frase introdutória, sem definição, na própria subsunção apresentar a definição, resultado. Sobre e tratando ainda de outros modelos: HILDEBRAND, *Juristischer Gutachtenstil*, p. 43-44; HILGENDORF, *Fälle zum Strafrecht*, p. 4-5.

autor, o resultado típico não pode mais ser atingido ou exige para isso condutas que não podem ser realizadas no momento⁷. A poderia deixar de passar pela rua de *B*, não havendo uma tentativa falha. Tratando-se de uma tentativa acabada, situação na qual o agente fez tudo que considerava necessário para a realização do tipo⁸, exige-se que o agente impeça que o resultado se produza (arrependimento eficaz). *B* não tomou nenhuma medida para que *A* não deixasse de passar por sua rua. O arrependimento eficaz não é aplicável ao caso.

VI – Conclusão intermediária: B é punível por tentativa de constrangimento ilegal.

O art. 14, II, do CP prevê que tentativa é a execução iniciada que não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Há, portanto, uma discrepância entre os planos subjetivo e objetivo: enquanto o autor intenciona realizar o tipo objetivo, circunstâncias exteriores o impedem. Assim, é possível pensar em duas formas de estruturar a análise do delito tentado: seguir a que já é adotada para os delitos consumados, iniciando-se a análise no plano objetivo, ou invertê-la, colocando o seu início no plano subjetivo.

A favor da manutenção da estrutura do delito consumado é possível ponderar que não haveria perda dogmática alguma decorrente dessa opção. Parece-me, porém, que na tentativa há um acento maior no aspecto subjetivo, naquilo que o agente objetivou, mas não conseguiu atingir. Assim, é mais lógico determinar primeiro o conteúdo da vontade do agente por meio da análise do dolo, ou seja, examinar, a partir de sua perspectiva, se estão presentes os elementos que integram o tipo objetivo do delito consumado (resultado, nexos causal, imputação objetiva) e, eventualmente, se estão presentes os outros elementos que podem compor o tipo subjetivo (elementos subjetivos especiais). Depois, no plano objetivo, passa-se a avaliar o início ou não da execução e a possibilidade de configuração de um crime impossível⁹. Por fim, após a antijuridicidade e a culpabilidade, analisa-se o elemento “não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente” dentro do tópico da desistência voluntária/arrependimento eficaz.

7 KASPAR, *Strafrecht*, § 8, nm. 88.

8 KASPAR, *Strafrecht*, § 8, nm. 105.

9 Com essa estrutura: GOÉS, *Nova* 1, p. 127.

C) Punibilidade de *B* por ameaça: artigo 147, *caput*, do CP

Ao dizer a *A* que iria arrebatá-lo caso passasse por sua rua, *B* pode ter praticado o delito de ameaça, nos termos do art. 147, *caput*, do CP.

I – Tipicidade

1. *Tipo objetivo*: *B* precisaria ter ameaçado *A*, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave. Ameaça é o anúncio de um mal futuro sobre o qual o agente tem ou afirma ter influência¹⁰. Mal é toda desvantagem ou prejuízo¹¹. Sofrer uma agressão é um prejuízo à integridade física, de forma que se trata da ameaça de um mal. Injusto, por sua vez, indica a incompatibilidade entre a desvantagem/prejuízo e o ordenamento jurídico. Agredir alguém em decorrência de uma discordância esportiva não está autorizado pelo direito, de modo que se trata de um mal injusto. Para a definição e subsunção da elementar “grave”, cf. *supra* A.1. Assim, o tipo objetivo foi preenchido.

2. *Tipo subjetivo*: conforme previsão do art. 18, *caput*, I, do CP, o agente deve ter atuado dolosamente. Na definição do Código, age com dolo quem quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo. *B* agiu com conhecimento e vontade. Portanto, o tipo subjetivo foi preenchido.

II – *Antijuricidade*: nenhuma causa de exclusão da antijuricidade é aplicável ao caso. Portanto, *B* agiu de forma antijurídica.

III – *Culpabilidade*: nenhuma causa de exclusão da culpabilidade é aplicável ao caso. Portanto, *B* agiu de forma culpável.

IV – *Conclusão intermediária*: *B* é punível por ameaça.

Complexo fático 2 – O primeiro golpe

A) Punibilidade de *B* por lesões corporais: artigo 129, *caput*, do CP

Ao correr na direção de *A* gritando que este se arrependeria, *B* pode ter praticado uma lesão corporal, nos termos do art. 129, *caput*, do CP.

10 RENGIER, *Strafrecht* BT II, § 23 nm. 39.

11 RENGIER, *Strafrecht* BT II, § 23 nm. 44.

I – Tipicidade: tipo objetivo

O *caput* do art. 129 exige que o agente ofenda a integridade corporal ou a saúde de outrem. Ofensa à integridade corporal significa causar, de forma não insignificante, uma perda de substância ou deformações¹². Ofender a saúde, por sua vez, é a alteração patológica não insignificante da condição corporal ou de seu bem-estar¹³, como falha ou redução de funções corporais, hematomas, machucados e infecções. No caso, A não sofreu nem uma ofensa à sua integridade corporal, nem uma ofensa à sua saúde. Portanto, o tipo objetivo não foi preenchido.

O art. 14, II, do CP prevê que tentativa é a execução iniciada que não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Há, portanto, uma discrepância entre os planos subjetivo e objetivo: enquanto o autor intenciona realizar o tipo objetivo, circunstâncias exteriores o impedem. Assim, é possível pensar em duas formas de estruturar a análise do delito tentado: seguir a que já é adotada para os delitos consumados, iniciando-se a análise no plano objetivo, ou invertê-la, colocando o seu início no plano subjetivo.

Goés sugere como exemplos de ofensa à integridade corporal a perda de substância, falha ou redução de funções corporais, e deformações¹⁴. Aqui, trabalharei considerando como casos de ofensa à integridade corporal apenas a perda de substância ou deformações, pois me parece que a falha ou redução de funções se amolda com maior facilidade à categoria de ofensa à saúde. O exato conteúdo de ofensa à integridade corporal e à saúde ainda estão em disputas, de forma que outras definições podem e devem ser sugeridas.

II – Conclusão intermediária: B não é punível por lesões corporais¹⁵.

12 GOÉS, *Nova* 1, p. 128; RENGIER, *Strafrecht* BT II, § 13 nm. 9-10.

13 GOÉS, *Nova* 1, p. 128; RENGIER, *Strafrecht* BT II, § 13 nm. 16-17.

14 GOÉS, *Nova* 1, p. 128.

15 É claro desde o início que não há uma lesão corporal consumada por ausência de resultado. Contudo, a fim de manter a resolução integral, optou-se por fazer uma exposição completa. É possível e até recomendável, porém, que o aluno, para evitar perda de tempo, resolva tópicos semelhantes em poucas palavras. Em situações análogas ao longo do texto, irei adotar a abordagem mais econômica, de modo a economizar espaço e não enfadar o leitor.

B) Punibilidade de B por tentativa de lesões corporais: artigo 129, *caput*, c/c o artigo 14, II, do CP

Ao correr em direção a A gritando que este se arrependeria, B pode ter praticado uma tentativa de lesão corporal, conforme os arts. 129, *caput*, e 14, II, ambos do CP.

I – Análise prévia: o delito não se consumou, conforme demonstrado *supra* A.I. [complexo fático 2].

II – Tipicidade

1. Tipo subjetivo: decisão de praticar o fato

A vontade do agente deve estar direcionada a concretizar o resultado, o que pressupõe que o autor represente e queira a realização de todas as elementares do tipo objetivo¹⁶. No caso, B correu em direção a A enquanto proferia ameaças cujo conteúdo demonstrou a intenção de ofender a integridade corporal e/ou saúde de A. Assim, B agiu com dolo.

2. Tipo objetivo

a) Início da execução (art. 14, *caput*, II, do CP): o ato de correr em direção a A, ameaçando-o e com a intenção de lesioná-lo, pode representar um ato de início da execução. Há diversas teorias que buscam traçar as fronteiras entre os atos preparatórios e o início da execução: a) segundo a teoria formal-objetiva, o início da execução é o momento em que começa a prática da ação típica; b) a teoria material-objetiva busca localizar o início da execução nas condutas que graças à sua estreita vinculação com a ação típica surgem como uma parte natural dessa; c) a teoria individual-objetiva, por seu turno, volta os olhos para a perspectiva do autor: a tentativa inicia-se quando este, segundo o seu plano, inicia a realização do tipo; d) uma quarta posição foi nomeada de teoria dos atos intermediários, cuja ideia central é afirmar o início da execução quando entre a conduta do autor e a realização do tipo for dispensável qualquer outro ato essencial¹⁷.

Entre as posições expostas, a única que nega de forma clara o início da execução por B é a teoria formal-objetiva, pois correr em direção à vítima não

16 GOÉS, Nova 1, p. 127.

17 Sobre as teorias mencionadas: VIANA, REC 79, p. 78 e ss.

corresponde a uma ofensa à integridade física ou à saúde. As outras teorias, ao trabalharem com termos como “parte natural da ação típica” (teoria material-objetiva), “ausência de outro ato essencial” (teoria dos atos intermediários) e “perspectiva do autor” (teoria individual-objetiva), dão abertura para o reconhecimento do início da tentativa, visto que a corrida em direção à vítima pode ser encarada como parte natural da ação típica de ofender a integridade física/saúde; como um ato não essencial, pois autor e vítima estavam próximos; e como o início da execução de seu plano, com base no exposto *supra* sobre o elemento subjetivo. Portanto, a resposta depende de uma tomada de posição tão só quanto à teoria formal-objetiva. Aponta-se como grande vantagem dogmática da teoria a clareza por ela conferida à fixação do início da tentativa, bastando analisar quando o autor começou a realizar o tipo; contudo, um olhar mais atento revela um problema: ao vincular o início da punibilidade à execução da conduta típica, em muitos casos haverá uma sobreposição entre o início e o fim da tentativa. Pense-se, por exemplo, no disparar da arma em uma tentativa de homicídio: não o sacar nem o apontar bastarão para a punibilidade, mas apenas o puxar o gatilho. Como consequência, o início da tentativa ocorreria no mesmo momento em que ela possivelmente terminaria, de modo que o bem jurídico só receberia proteção penal em momento demasiadamente próximo à sua lesão¹⁸. Assim, tal teoria formal-objetiva não pode ser aceita. Houve início da execução.

b) Inexistência de crime impossível (art. 17, *caput*, do CP): o meio escolhido é eficaz (agressão física) e o objeto da ação (corpo de A) é próprio para a realização de lesões corporais. Portanto, não se trata de um crime impossível.

III – Antijuricidade: nenhuma causa de exclusão da antijuridicidade é aplicável ao caso. Portanto, B agiu de forma antijurídica.

IV – Culpabilidade: nenhuma causa de exclusão da culpabilidade é aplicável ao caso. Portanto, B agiu de forma culpável.

V – Desistência voluntária (art. 14, II, *c/c* o art. 15, *caput*, do CP): a tentativa pressupõe a falta de consumação por conta de circunstâncias alheias à vontade do agente. Para as definições, cf. *supra* B.II.2.a [complexo fático 2]. Não há uma tentativa falha. Por se tratar de uma tentativa inacabada, exige-se que o agente tenha renunciado a prosseguir com a execução do delito. O golpe de faca de A

está fora do controle de *B* e impediu a consumação, de forma que o delito não se consumou por uma circunstância alheia à vontade do autor. Não houve, portanto, uma desistência voluntária.

VI – Conclusão intermediária: B é punível por tentativa de lesões corporais.

C) Punibilidade de A por tentativa de homicídio: artigo 121, caput, c/c o art. 14, II, do CP

Ao golpear *B* no braço com um canivete, *A* pode ter praticado uma tentativa de homicídio, nos termos dos arts. 121, *caput*, e 14, II, ambos do CP. Contudo, não há dolo de matar na conduta de *A*, o que exclui a punibilidade por tentativa.

D) Punibilidade de A por lesão corporal: artigo 129, caput, do CP

Por meio do golpe com o canivete contra o braço de *B*, *A* pode ter cometido uma lesão corporal, nos termos do art. 129, *caput*, do CP.

I – Tipicidade

1. Tipo objetivo

a) Resultado: o *caput* do art. 129 exige que o agente ofenda a integridade corporal ou a saúde de outrem. Para a definição de ofensa à integridade corporal e saúde, cf. *supra* A.I. [complexo fático 2]. Um corte é uma deformação corporal, bem como produz uma perda não insignificante de substância (pele e sangue). Logo, há uma lesão à integridade física de *B*. Além disso, por conta do machucado e da dor decorrentes do golpe sofrido, houve alterações patológicas não insignificantes da condição corporal de *B*. Há, assim, uma ofensa à saúde. Portanto, estão configuradas tanto a ofensa à integridade física quanto à saúde.

b) Causalidade: conforme dispõe o art. 13, *caput*, do CP, o resultado só é imputável a quem lhe deu causa. Causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Se *A* não tivesse golpeado *B* com o canivete, o braço deste não teria sido cortado. Portanto, a conduta de *A* foi causal para o resultado.

c) Imputação objetiva: o resultado só é imputável àqueles autores que criam um risco desaprovado e apenas quando esse risco se realiza no resultado. Gol-

pear alguém com um canivete cria um risco proibido de lesão, que, no caso, se realizou no resultado. Assim, o resultado é imputável ao autor.

2. Tipo subjetivo

Conforme previsão do art. 18, *caput*, I, do CP, o agente deve ter atuado dolosamente. Na definição do Código, age com dolo quem quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo. Da narrativa dos fatos é possível afirmar que A agiu tanto com conhecimento de que a sua conduta lesionaria B quanto com a intenção de que isso ocorresse. Assim, A agiu dolosamente.

II – Antijuridicidade: legítima defesa (art. 25, *caput*, do CP)

A conduta de A, para ser punível, deve ser antijurídica. Nos termos do art. 25, *caput*, do CP, a figura da legítima defesa pode intervir em seu favor.

1. Situação de legítima defesa

a) *Contra direito do defensor ou de outrem*: a legítima defesa pressupõe a colocação em perigo de um direito do defensor ou de terceiro. Direito, aqui, deve ser lido como bem jurídico individual¹⁹. No caso, a integridade corporal de A, um bem jurídico individual, foi colocada em perigo pela conduta de B. Assim, há um direito apto à defesa.

b) *Agressão*: a situação de legítima defesa pressupõe uma agressão. Esta é definida como a colocação em perigo de bens jurídicos reconduzível a uma conduta humana. B, ao correr em direção a A para agredi-lo, colocou em perigo a integridade física do defensor. Portanto, houve uma agressão.

c) *Atualidade ou iminência*: atual é a agressão que já teve início ou ainda está ocorrendo²⁰. Já iminente é a conduta perigosa que está em vias de se concretizar em uma lesão ao bem jurídico²¹. Este “em vias de se concretizar” pode ser interpretado de pelo menos três maneiras: a) como algo equiparado ao início da tentativa; b) por meio da busca da maior eficiência, o que autorizaria a defesa sempre que a espera a dificultasse ou impossibilitasse; c) como o estágio final dos

19 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 15 nm. 30; com uma breve exposição da discussão sobre a legítima defesa de bens jurídicos coletivos e ulteriores referências: AYROSA/CARVALHO, *RICP* 8, p. 189-191.

20 CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal* PG, p. 227.

21 SCALCON/CAMPANA, *Nova* 1, p. 138.

atos preparatórios (preparação próxima à tentativa), o que englobaria as condutas que se aproximam da agressão atual sem tornar o defensor refém do início da punibilidade do agressor pela tentativa²². Como todas as posições afirmam a atualidade quando a agressão já é punível por tentativa (cf. *supra* B.VI [complexo fático 2]), uma tomada de posição é desnecessária. Há uma agressão iminente.

d) *Injusta*: a agressão precisa ser injusta. Injusta é a agressão que não está agasalhada por nenhuma causa de justificação²³. Não há nenhuma causa de justificação que poderia intervir em favor de B. Dessa forma, a agressão era injusta.

2. Ação de defesa (art. 25, caput, do CP)

a) *Direcionada contra o agressor*: uma ação só pode ser adjetivada de defensiva se for dirigida exclusivamente contra o agressor²⁴. Isso ocorre quando apenas os bens deste são atingidos. A conduta de A atingiu exclusivamente a integridade física de B. Assim, trata-se de uma defesa.

b) *Necessidade*: a ação de defesa pressupõe que o agente empregue apenas os meios necessários. Necessário é o meio que é apto a colocar um fim à agressão e representa o relativamente menos gravoso ao agressor²⁵; quando há dúvida sobre a sua efetividade, decide-se em favor do defensor²⁶. No caso, havia quatro alternativas à disposição de A: fugir, enfrentar B sem utilizar o canivete ou enfrentar B utilizando o canivete. Não há um dever de fuga limitando a conduta do defensor, pois um direito cuja salvaguarda depende da fuga nada mais é do que um direito “vazio”²⁷. Resta analisar, portanto, se A estava obrigado a renunciar ao uso do canivete. B era maior e mais forte do que A, de modo que um confronto corporal implicaria riscos de lesões para o defensor. Da mesma forma, caso A tivesse apenas ameaçado o emprego do canivete, não se pode excluir o risco de lesões, visto que B estava próximo e não dava sinais de que interromperia a sua investida. Assim, o golpe no braço com o canivete era o único meio apto a colocar fim à agressão sem expor o defensor a incertezas. Portanto, o canivete era o meio necessário.

22 Sobre a discussão: ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 15 nm. 21-24.

23 ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 15 nm. 14.

24 FRISCH, *Strafrecht* AT, § 4 nm. 127.

25 HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht* AT, § 5 nm. 37.

26 HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht* AT, § 5 nm. 39.

27 ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 15 nm. 49, que ressaltam existir um dever de evasão em alguns casos de restrições ético-sociais, mas cuja discussão não se dá no plano da *necessidade* da defesa; sobre a inexistência da fuga em geral: GRECO, GA 165, p. 679.

c) *Moderação*: limitação do direito à defesa em decorrência de provocação

A ação de defesa exige que a utilização do meio necessário seja moderada. Questiona-se o conteúdo do termo *moderado*, sendo possível antever ao menos três possibilidades interpretativas: (i) tratar o termo “moderado” como um comando de proporcionalidade na legítima defesa²⁸ – o que é pouco convincente, considerando, de um lado, as dificuldades de definição da fronteira do proporcional (matar para proteger um bem no valor de R\$ 1.000,00 é proporcional? E matar para evitar uma importunação sexual?) e de fixação dos critérios relevantes para realizar o exercício de ponderação (a percepção social do que é justo deveria ser considerada?)²⁹, e, de outro, que se o direito à legítima defesa é manifestação do próprio direito atacado (patrimônio, dignidade sexual, etc.), negar ao titular a sua defesa é simplesmente negar-lhe o próprio direito subjetivo³⁰ com base em considerações de proporcionalidade³¹; (ii) tratar o termo “moderado” como a defesa necessária quando ainda há uma agressão, de forma que, cessada esta, não há mais moderação possível³² – esta explicação também não convence, pois, se não há mais uma agressão atual ou iminente, não há qualquer defesa possível, moderada ou imoderada; (iii) por fim, pode-se compreender a moderação como o emprego do meio necessário que não está limitado por uma restrição ético-social ou, caso esteja, é o emprego do meio dentro dessas fronteiras³³. Essa posição, além de evitar um uso tautológico ou incompatível com os fundamentos da legítima defesa do termo moderado, abre as portas para discussões sobre as restrições ético-sociais. Portanto, o termo moderação será trabalhado no sentido da terceira posição.

28 Aparentemente: MARTINELLI/BEM, *Direito penal* PG, p. 681.

29 GRECO, GA 165, p. 671-672.

30 Ao menos em sua *função de exclusão*, segundo a qual se pode exigir a abstenção de terceiros de intervir na relação entre o titular e o seu direito. Nesse sentido: AMARAL, *Jota* (11 nov. 2019): “Somente quando a função de gozo e a função de exclusão estão combinadas é possível dizer que alguém possui um direito a algum bem. Dessa forma, o direito à legítima defesa não é um direito qualquer, mas é um elemento necessário de qualquer direito subjetivo [...] Antes disso, veja-se, finalmente, que a legítima defesa, sendo um elemento necessário de todo direito subjetivo, já está logicamente pressuposta a cada momento em que o Estado reconhece um direito subjetivo”.

31 GRECO, GA 165, p. 676 ss., com maiores precisões sobre os limites do direito à defesa, em cuja definição a proporcionalidade não tem vez.

32 CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, p. 233.

33 Nesse sentido: VIANA, *Direito penal*, p. 393; VIANA, *Lições fundamentais de teoria do delito*, p. 122.

34 MOURA, *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*, p. 65-66; VIANA, *Direito penal*, p. 391; RENGIER, *Strafrecht AT*, § 18 nm. 56.

Restrições ético-sociais são limitações adicionais ao direito à legítima defesa derivadas dos próprios fundamentos do instituto. Algumas negam o direito à legítima defesa de forma categórica (p. ex., crassa desproporção), outras (p. ex., provocação) impõem respeito à teoria dos três níveis, a qual prevê um “roteiro” de conduta a ser seguido: primeiro, deverá o defensor recorrer a eventuais possibilidades de fuga ou esquiva; segundo, caso a fuga não seja possível, poderá o agente realizar apenas ações de defesa, sem que isso implique lesões ao agressor (defesa protetiva); por fim, caso isso não seja suficiente para pôr fim à agressão, poderá ele exercer a legítima defesa em toda a sua extensão (defesa agressiva/ofensiva)³⁴. A sua vigência no Direito brasileiro, contudo, é objeto de disputa doutrinária, como será brevemente demonstrado na sequência da presente resolução.

(a) *Vigência no Direito brasileiro*³⁵: ao passar pela rua de B, mesmo ciente do risco de um confronto, a conduta de A pode classificada como uma provocação, o que restringiria o seu direito à defesa. Para isso, contudo, as restrições ético-sociais devem ser aplicáveis ao Direito brasileiro.

Sustenta-se, de um lado, que essas restrições não têm força normativa no Direito nacional por ausência de previsão legal, de forma que o princípio da legalidade vedaria a sua aplicação³⁶. Levando isso em conta, não seria possível cogitar que o direito à defesa de A estivesse restringido. Outra posição admite a aplicação dessas restrições ao direito pátrio, principalmente com ancoragem no termo “moderadamente” presente no art. 25, *caput*, do CP. Caso se adote esse ponto de vista, é possível que A tenha o seu direito à defesa limitado. Como as duas posições conduzem a soluções diferentes para o caso, faz-se necessária uma tomada de posição.

Contra a admissão das restrições ético-sociais, argumenta-se que a redução do alcance do art. 25, *caput*, do CP, ao restringir as ações defensivas justificadas pela legítima defesa, expandiria a punibilidade em desfavor do defensor sem um

35 Há autores que simplesmente adotam as restrições ético-sociais sem maiores considerações sobre a sua aplicabilidade ao Direito brasileiro: MARTINELLI/BEM, *Direito penal* PG, p. 756; TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 500-502; CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal* PG, p. 328-331.

36 Tomando como referência o direito português: MOURA, *Ilícitude penal e justificação*, p. 381; sobre o argumento, mas do ponto de vista do Direito alemão: ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 15 nm. 56 ss.

ponto de apoio normativo. Assim, haveria uma violação ao princípio da legalidade (art. 5º, *caput*, XXXIX, da CF e art. 1º, *caput*, do CP)³⁷.

A favor da admissão das restrições, argumenta-se que as causas de justificação não são exclusivamente penais, mas têm origem também em outros campos do direito, de forma que a elas não se aplicariam as barreiras do princípio da legalidade em todo o seu rigor³⁸. Aponta-se, ainda, que o referencial normativo poderia ser encontrado no advérbio “moderadamente” ancorado no *caput* do art. 25 do CP³⁹, como apontado antes. Por fim, as restrições estariam em harmonia com a *ratio* da legítima defesa, especialmente a ideia de defesa do Direito, em sua manifestação de proibição de abuso⁴⁰. Assim, há argumentos suficientes para se negar uma violação ao princípio da legalidade e defender a vigência das restrições ético-sociais no Direito brasileiro⁴¹.

A vigência ou não das restrições ético-sociais no Direito brasileiro não está resolvida. Como exposto, há argumentos tanto a favor quanto contra o seu reconhecimento no direito nacional, de forma que uma resolução poderia optar por uma resposta negativa a esta pergunta, desde que oferecesse razões para isso.

(b) *Provocação*: para que o direito de A à legítima defesa seja restringido, a sua conduta prévia precisa se amoldar ao conceito de provocação. Provocação é

37 Assim, por exemplo, MOURA, *Illicitude penal e justificação*, p. 381: “[...] o facto é que toda a discussão em torno das restrições ético-sociais à legítima defesa tem se desenvolvido em um cenário onde o legislador democraticamente legitimado parece já não marcar presença, ao menos não de uma forma tão incisiva ou expressiva como seria de se esperar em um Direito Penal suficientemente atento ao *nullum crimen*”. Próximos: MARTELETO/MOURA, *REC* 81, p. 232-233, que, contudo, reconhecem ser possível fundamentar as restrições ético-sociais nos “deveres jurídico-penais de salvação expressamente consagrados na lei”. A crítica à violação da legalidade também aparece no debate alemão, conforme breve relato em ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 15 nm. 56.

38 VIANA, *Direito penal*, p. 388-389.

39 VIANA, *Direito penal*, p. 393; VIANA, *Lições fundamentais de teoria do delito*, p. 122, “[...] é justamente a elementar ‘moderação’ que permitirá a discussão, *lege lata*, sobre as restrições ético-sociais na legítima defesa”.

40 VIANA, *Direito penal*, p. 392, que trabalha com a dupla fundamentação da legítima defesa (proteção imediata do bem jurídico atacado e proteção mediata do ordenamento jurídico [p. 384-385]). Se essa é a melhor posição, deixo em aberto. O que importa é ser o argumento também válido para uma fundamentação focada no *direito do indivíduo atacado*, pois, se legítima defesa está intimamente ligada ao direito subjetivo colocado em perigo pelo agressor, este direito também não pode ser abusado pelo defensor.

41 A apresentação de uma discussão teórica pode ser estruturada de forma diversa. Enquanto aqui se adotou a estrutura de, em um primeiro momento, expor as posições em jogo e realizar a sua subsunção ao caso concreto, e, em um segundo, discutir os argumentos a favor e contra determinada posição, é possível, logo após descrever uma posição e realizar a sua subsunção, indicar os argumentos favoráveis e contrários e, a partir disso, passar à próxima posição. Cf. VALERIUS, *Einführung in den Gutachtenstil*, p. 31.

a ação capaz de gerar uma agressão antijurídica por parte do sujeito provocado⁴². Contudo, nem toda conduta apta a despertar uma resposta violenta pode ser subsumida à provocação no contexto das restrições ético-sociais, sob pena de reduzir de forma indevida o alcance do direito à defesa. Assim, exige-se uma adjetivação extra à conduta denominada de provocação.

Há, fundamentalmente, duas posições. De um lado, defende-se que a conduta precisa ser antijurídica, como, por exemplo, uma injúria. Aplicando-se ao caso, *A* não praticou ilícito algum ao passar em frente à casa de *B*, de modo que não haveria qualquer restrição ao seu direito à defesa. De outro, afirma-se que basta o comportamento ser socialmente inadequado. Por passar em frente à casa de *B* consciente dos possíveis efeitos anímicos dessa conduta sobre ele, poder-se-ia imputar a *A* um comportamento socialmente inadequado e, portanto, apto a restringir o seu direito à defesa.

Como as duas posições conduzem a resultados diversos, é necessária uma tomada de posição. Que uma conduta antijurídica é suficiente para limitar o direito à legítima defesa parece não haver dúvida⁴³. Questionável é se comportamentos socialmente inadequados bastariam para configurar uma provocação. A favor desse ponto de vista, argumenta-se que o comportamento ser taxado de ilícito ou apenas socialmente inadequado não influencia em nada o efeito concreto do ato de provocar⁴⁴. Contrariamente, afirma-se que esse raciocínio traz consigo o perigo de transmutar qualquer conduta incômoda em uma causa limitadora da justificante, o que restringiria demasiadamente o direito à defesa⁴⁵. Ademais, não haveria um critério claro para delimitar qual comportamento é ou não uma provocação, visto que não há clareza quanto ao que constitui um comportamento “socialmente inadequado”, o que deixaria a restrição ao direito de defesa a critério do julgador e de suas convicções pessoais sobre comportamentos apropriados e inapropriados.

Assim, a postura mais restritiva merece acolhida. *A*, ao passar em frente à casa de *B*, não praticou qualquer ato ilícito; se a conduta é ou não socialmente

42 RENGIER, *Strafrecht AT*, § 18 nm. 74a.

43 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, § 15 nm. 72; RENGIER, *Strafrecht AT*, § 18 nm. 75.

44 RENGIER, *Strafrecht AT*, § 18 nm. 78.

45 RENGIER, *Strafrecht AT*, § 18 nm. 78.

inadequada, é uma pergunta irrelevante para o caso. Portanto, o direito à legítima defesa de *A* contra a agressão de *B* não estava restrito⁴⁶.

3. Elemento subjetivo da legítima defesa: o elemento subjetivo da legítima defesa precisa estar preenchido para que a conduta possa ser justificada. Questionável é, contudo, qual o conteúdo do tipo subjetivo nas causas de justificação. Três posições sobre esse tema são destacadas. A primeira exige que o agente atue tanto com conhecimento da situação de defesa quanto com vontade de se defender; a segunda, que o agente atue com conhecimento da situação de defesa, dispensando-se o elemento volitivo; por fim, a última defende a desnecessidade de qualquer elemento subjetivo para o reconhecimento da justificante. *A*, no caso, agiu com conhecimento e vontade de se defender, de forma que a tomada de posição sobre esse problema pode ser deixada de lado⁴⁷.

III – Conclusão intermediária: A agiu de forma justificada. Portanto, A não é punível por lesão corporal.

Complexo fático 3 – Os chutes

A) Punibilidade de *A* por tentativa de homicídio: artigo 121, *caput*, c/c o artigo 14, II, do CP

Por ter desferido chutes contra a cabeça, o pescoço, o peito e o braço de *B*, *A* pode ser punível por tentativa de homicídio. Contudo, não há dolo de matar na conduta de *A*, o que exclui a punibilidade por tentativa.

B) Punibilidade de *A* por lesão corporal: artigo 129, *caput*, do CP

Por ter desferido chutes contra a cabeça, o pescoço, o peito e o braço de *B*, *A* pode ter cometido uma lesão corporal, conforme o art. 129, *caput*, do CP.

46 Caso se tivesse afirmado o caráter de provocação da conduta de *A*, ainda seria necessário investigar a conexão temporal entre a provocação e o ataque, cf. FRISCH, *Strafrecht AT*, § 4 nm. 184.

47 Geralmente, quando a interpretação de um determinado elemento de um dispositivo legal não for clara e existir uma controvérsia sobre o seu conteúdo, é necessário apresentar as diferentes posições, aplicá-las ao caso e tomar posição em favor de uma. Como na presente resolução a posição adotada é irrelevante para o resultado, os dois últimos passos são dispensáveis. Diferentemente seria se, por exemplo, *A* tivesse agido sem uma “vontade de defesa”. Cf. HILGENDORF, *Fälle zum Strafrecht*, p. 6. Tratando sobre o elemento subjetivo nas causas de justificação em uma resolução de caso: SCALCON/CAMPANA, *Nova 1*, p. 139 ss.

I – Tipicidade

1. Tipo objetivo

a) *Resultado*: o *caput* do art. 129 exige que o agente ofenda a integridade corporal ou a saúde de outrem. Para definições, cf. *supra* A.I. [complexo fático 2]. B, após os golpes, apresentou escoriações e cortes. Escoriações e cortes implicam perda não insignificante de substância, já que há perda de pele e sangue. Portanto, há uma ofensa à integridade corporal de B. Além disso, escoriações e cortes são machucados que permanecem temporariamente no corpo e geram dor na vítima, de modo que representam uma alteração patológica não insignificante da condição corporal. Há, portanto, também uma lesão à saúde. Assim, estão configuradas tanto a ofensa à integridade física quanto à saúde.

b) *Causalidade*: a conduta de A deve ser causal para o resultado. Para definição, cf. *supra* D.I.1.b. [complexo fático 2]. Se A não tivesse desferido chutes contra B, este não teria sofrido escoriações e cortes. Portanto, a conduta de A é causal para o resultado.

c) *Imputação objetiva*: o resultado deve ser imputável ao autor. Para a definição, cf. *supra* D.I.1.c. [complexo fático 2]. Os golpes de A criaram um risco desaprovado de lesão a B e esse risco se realizou no resultado. Portanto, este é imputável ao autor.

2. Tipo subjetivo

Conforme previsão do art. 18, *caput*, I, do CP, o agente deve ter atuado dolosamente. Para definição, cf. *supra* C.I.2 [complexo fático 1]. Da narrativa dos fatos é possível afirmar que A agiu tanto com conhecimento de que a sua conduta lesionaria B quanto com a intenção de que isso ocorresse. Assim, A agiu dolosamente.

II – Antijuridicidade

A conduta de A, para ser punível, deve ser antijurídica.

1. Legítima defesa (art. 25, *caput*, do CP)

Os chutes desferidos por A contra B podem ser justificados pela legítima defesa.

a) Situação de legítima defesa.

aa) *Contra direito do defensor ou de outrem*: para definição e subsunção, cf. *supra D.II.1.a. [complexo fático 2]*.

bb) *Agressão*: para definição e subsunção, cf. *supra D.II.1.b. [complexo fático 2]*.

cc) *Atual ou iminente*: para definição, cf. *supra D.II.1.c. [complexo fático 2]*. No caso, a agressão de fato ocorreu. Contudo, quando A começou a desferir chutes contra B, a agressão já não era mais atual, pois B se encontrava caído no chão, o que exclui a atualidade, sem dar sinais de que empreenderia um novo ataque no momento, o que exclui a iminência. Portanto, A não agiu sob a justificante da legítima defesa.

2. Estado de necessidade (art. 24, caput, CP)

Os chutes desferidos por A contra B podem ser justificados pelo estado de necessidade.

a) Situação de necessidade.

aa) *Ameaça a direito próprio ou alheio*: o direito à integridade física de A estava ameaçado.

bb) *Perigo*: é necessário haver um perigo. Perigo é um estado em que a lesão ao bem jurídico não é completamente improvável⁴⁸. A foi atacado por B. Assim, havia um perigo.

cc) *Atual*: o perigo, contudo, deve ser atual. Atual é o perigo cuja concretização em um momento futuro não pode mais ser evitada ou que apenas poderá sê-lo sob riscos consideravelmente maiores⁴⁹. No momento dos chutes, B estava caído no chão e não dava sinais de que tentaria qualquer nova investida contra A. O perigo não era atual.

III – *Culpabilidade: excesso em legítima defesa (art. 45, parágrafo único, CPM)*⁵⁰

48 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 16 nm. 14.

49 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 16 nm. 20; CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal PG*, p. 239.

50 O autor agradece a Vítor Gabriel Carvalho pelas conversas e recomendações bibliográficas sobre o tema do excesso em legítima defesa.

A, para ser punido, não pode ter sido exculpado. É possível que a figura do excesso em legítima defesa intervenha; porém, antes de analisar a aplicação da exculpante ao caso concreto, é necessário definir se ela de fato vige no Direito brasileiro.

a) *Vigência no Direito brasileiro*: uma primeira posição não reconhece a exculpante e argumenta não haver um ponto de apoio normativo óbvio a dar suporte à figura do excesso em legítima defesa. Contudo, por se tratar de uma causa de exculpação, ou seja, uma figura que reduz a punibilidade, uma eventual violação ao princípio da legalidade, desenvolvido principalmente para a *proteção do indivíduo perante o Estado*, não é um argumento forte. Além disso, considerando que as outras posições oferecem saídas que possibilitam o reconhecimento da figura, a sua simples negação não é convincente⁵¹.

A segunda posição trata o excesso em legítima defesa como uma causa supralegal de exculpação⁵². Uma tentativa de fundamentá-la parte da ideia de “poder agir de outro modo”, o que não estaria presente nas situações de excesso. Contra essa posição, há o problema intrínseco de toda e qualquer causa supralegal de exculpação: ela não oferece balizas claras para o intérprete aplicá-la.

Por fim, a última posição toma o art. 45, parágrafo único, do Código Penal Militar⁵³ e o aplica de forma analógica a casos envolvendo civis⁵⁴. Por ser uma norma mais vantajosa ao réu, não se estaria violando o princípio da legalidade por meio dessa operação. Contrariamente, argumenta-se que o dispositivo do CPM representa uma aglutinação de intencionalidades normativas, pois mistura diversas fundamentações da exculpação pelo excesso em um dispositivo confuso; além disso, afirma-se que limitar o procedimento analógico ao parágrafo único do art. 45 do CPM ignora o contexto normativo em que a norma se encontra⁵⁵.

A despeito dos problemas do art. 45 do CPM, manejar um dispositivo concreto é preferível à intangibilidade de uma causa supralegal, especialmente em se tratando de um ordenamento jurídico no qual “sequer as linhas mestras do insti-

51 Há uma consideração prática que pode influenciar na opção do estudante: ao se negar a possibilidade de exculpar alguém pelo excesso em legítima defesa, abre-se mão de continuar discutindo um ponto relevante do caso.

52 CARVALHO, *Delictae* 7, p. 195; CARVALHO/ÁVILA, *Nova* 1, p. 81, com ulteriores referências à doutrina nacional.

53 Art. 45, parágrafo único, do CPM: “Excesso escusável: não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação”.

54 LEITE, *Liberdades* (número especial), p. 95; LEITE, *RBCCrim* 82, p. 45-46, nota 32; EISELE, *Direito penal* PG, p. 631.

55 MOURA, *A não-punibilidade*, p. 217-219; concordando: CARVALHO, *Delictae* 7, p. 196-197.

tuto foram compreendidas”⁵⁶, de forma que, enquanto o legislador não positivar a exculpante do excesso em legítima defesa no Código Penal, o dispositivo do Código Penal Militar deve ser adotado de forma analógica.

Trabalhar com o excesso em legítima defesa no Direito brasileiro não é tarefa fácil. Diferente de outros países, como Alemanha (§ 33 StGB) e Portugal (art. 33.º CP português), o Código Penal brasileiro não prevê um dispositivo que fixe os requisitos e limites dessa causa de exculpação. Qual caminho o estudante vai seguir depende de quais argumentos lhe soam mais convincentes.

A poderia ser exculpado por excesso em legítima defesa, conforme o art. 45, parágrafo único, do CPM. Para isso, ele precisaria exceder-se em razão de surpresa ou perturbação de ânimo.

*b) Excesso*⁵⁷: primeiro, é necessário haver um excesso. Há duas formas de excesso: intensivo, quando o agente ultrapassa os limites da necessidade de defesa⁵⁸, e extensivo, quando o agente ultrapassa os limites temporais da legítima defesa⁵⁹. Quando A chutou B em diversas partes do corpo, não havia uma agressão atual ou iminente. Tem-se, portanto, um excesso extensivo da legítima defesa.

Quanto à possibilidade de o excesso extensivo fundamentar uma exculpação destacam-se três posições. Conforme uma primeira opinião, o excesso extensivo seria irrelevante para efeitos de exculpação⁶⁰. Aplicada ao caso, o excesso extensivo de A não poderia ser levado em conta, com a conseqüente afirmação da punibilidade. No outro extremo, sustenta-se a relevância de todo e qualquer excesso extensivo, ou seja, tanto prévio quanto posterior ao fato⁶¹. Assim, A poderia, pelo menos *prima facie*, ser exculpado. Por fim, há uma terceira posição intermediária, segundo a qual apenas o excesso extensivo posterior é admissível⁶². Da mesma forma que a anterior, ela possibilita que A, em teoria, venha a ser exculpado.

56 LEITE, *Liberdades* (número especial), p. 95, nota 161.

57 É possível iniciar a análise de forma invertida, ou seja, pelos afetos, cf. PUPPE, *Strafrecht AT*, § 18 nm. 11.

58 PUPPE, *Strafrecht AT*, § 18 nm. 1.

59 “Descoincidência temporal entre defesa e agressão”, cf. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal PG*, p. 330.

60 FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal PG I*, p. 625; FRISCH, *Strafrecht AT*, § 5 nm. 183.

61 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 22 nm. 88.

62 MOURA, *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*, p. 229 ss., que admite o “excesso atrasado”.

Apenas a primeira posição conduz a um resultado diferente, de forma que é necessária uma tomada de posição com relação a ela.

O principal argumento apresentado em favor da primeira posição parte do próprio nome da exculpante: excesso *em* legítima defesa. Dessa forma, para haver excesso, seria necessária uma situação de legítima defesa, a qual faltaria tanto no excesso extensivo prévio quanto no posterior⁶³. Contudo, as melhores razões falam em favor da admissão de uma leitura mais ampla do termo “excesso”. Não viola a linguagem ou a lógica considerar que há um excesso quando a vítima se excede imediatamente após ou antes da agressão⁶⁴. Ademais, a pressão psicológica que influencia o defensor está presente nos dois extremos temporais, de modo que a lógica subjacente à fundamentação da exculpação em casos de excesso intensivo também é aqui aplicável⁶⁵. Houve, portanto, um excesso englobado pela causa de exculpação.

c) *Afetos*: para que o agente seja exculpado, é necessário que ele tenha agido em razão de surpresa ou perturbação de ânimo. Surpresa corresponde a um estado de desorientação temporária decorrente de um evento inesperado. Aqui, como *A* contava que, ao passar pela rua de *B*, este poderia fazer algo contra ele, não se pode falar de surpresa. Quanto à perturbação de ânimo, pode-se interpretá-la como um estado em que qualquer afeto influencia a capacidade de julgamento do indivíduo. Contudo, essa interpretação acaba por englobar situações em que a exculpação parece de difícil justificação, como casos em que o agente é motivado por raiva, ira ou vingança (afetos estênicos). Mais correta é uma interpretação restritiva, segundo a qual o conteúdo de perturbação de ânimo deve corresponder ao estado em que o agente não mais consegue se determinar por conta de afetos astênicos, os quais correspondem a fraquezas humanas, como confusão e medo⁶⁶.

63 RENGIER, *Strafrecht AT*, § 27 nm. 17.

64 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 22 nm. 88-89.

65 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 22 nm. 88-89.

66 A diferenciação entre afetos estênicos e astênicos corresponde àquela adotada em outros ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, no § 33 do Código Penal alemão, que limita os efeitos da exculpante a afetos astênicos: “Não é punido o agente que excede os limites da legítima defesa por confusão, medo ou susto”; no mesmo sentido, o art. 33.º, 2, do Código Penal português: “O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis”. Essa separação já foi recepcionada por alguns autores no direito nacional: MARTINELLI/BEM, *Direito penal PG*, p. 769-770; em parte: TAVARES, *Fundamentos de teoria do delito*, p. 501-502. Crítico à simples diferenciação entre afetos astênicos e estênicos: DIAS, *InDret 2/2023*, p. 428.

No caso, *A* agiu por rancor e raiva de *B*, ou seja, em razão de afetos estênicos. Conseqüentemente, *A* não pode ser exculpado.

IV – Conclusão intermediária: A é punível por lesões corporais simples, conforme o art. 129, caput, do CP.

C) Punibilidade de *A* por lesão corporal qualificada por perigo de vida: artigo 129, caput, § 1º, II, do CP

Por meio dos diversos golpes contra o corpo de *B*, *A* pode ter realizado a qualificadora de “perigo de vida”, nos termos do art. 129, caput, § 1º, II, do CP.

I – Tipicidade: tipo objetivo

A qualificadora exige a presença de um perigo de vida decorrente da conduta do agente. Questionável é, porém, se tal perigo de vida deve ser um perigo concreto ou se basta um perigo abstrato. A leitura do dispositivo responde à pergunta: “Se resulta perigo de vida”, ou seja, a vida da vítima precisa ter corrido perigo efetivo. A qualificadora, portanto, se refere a um perigo concreto⁶⁷.

A chutou *B* em partes sensíveis como cabeça e pescoço inúmeras vezes e com força, o que poderia indicar um perigo de vida. Porém, a narrativa fática dá conta de que *B* foi levado ao hospital e liberado no mesmo dia, sem problemas sérios à sua saúde, o que exclui a suspeita de que a sua vida tenha de fato corrido perigo. Assim, o tipo objetivo da qualificadora não foi preenchido.

II – Conclusão intermediária: A não é punível por lesão corporal de natureza grave, conforme o art. 129, caput, § 1º, II, do CP.

Concursos de delitos e de leis: no complexo fático 1, *B* praticou tanto uma ameaça quanto uma tentativa de constrangimento ilegal. O crime de ameaça está contido dentro do de constrangimento ilegal, de modo que há uma coincidência de desvalores⁶⁸, o que conduz ao reconhecimento da subsidiariedade do primeiro delito. Assim, *B* deve ser punido apenas pela tentativa de constrangimento ilegal.

67 Nesse sentido: BRUNO, *Direito penal* PE, p. 206; HUNGRIA, *Comentário ao Código Penal*, p. 321; GUEIROS/JAPIASSÚ, *Direito penal*, p. 573-574; BUSATO, *Direito penal* PE, p. 116-117.

68 GRECO/LEITE, *RICP* 7, p. 154.

Conclusão: B é punível por tentativa de constrangimento ilegal (art. 146, caput, c/c o art. 14, II, do CP) e tentativa de lesão corporal (art. 129, caput, do CP c/c o art. 14, II, do CP). A não é punível pelo golpe com o canivete, pois agiu em legítima defesa (art. 25, caput, do CP). Com relação aos golpes contra a cabeça, pescoço, peito e braço machucado, A é punível por lesão corporal simples (art. 129, caput, do CP).

Referências

AMARAL, Rodrigo José dos Santos. Existe um direito de legítima defesa? *Jota*, São Paulo, 11 nov. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/existe-um-direito-de-legitima-defesa>. Acesso em: 21 nov. 2024.

AYROSA, João Pedro; CARVALHO, Vítor Gabriel. Possibilidades e limites de legítima defesa em favor de animais. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, v. 8, n. 1, p. 183-213, 2023. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2023v8n1p183-213.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte especial. Crimes contra a pessoa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Atlas, v. I, 2014.

CARVALHO, Vítor Gabriel. O excesso na legítima defesa derivado do medo e os agentes de segurança. *Delictae*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 174-209, 2022. DOI: 10.24861/25265180.v7i12.176.

CARVALHO, Vítor Gabriel; ÁVILA, Beatriz Vilela de. O excesso intensivo na legítima defesa putativa: sobre a delimitação entre a justificação, o erro e o excesso. *Nova Revista de Direito Penal*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 76-94, 2022. Disponível em: <https://nrdp.org.br/index.php/revista/article/view/14>. Acesso em: 21 nov. 2024.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, t. I, 2007.

DIAS, Leandro. Emociones y exceso en la legítima defensa en el derecho penal alemán. *InDret*, Barcelona, n. 2, p. 397-444, 2023. Disponível em: <https://indret.com/emociones-y-exceso-en-la-legitima-defensa-en-el-derecho-penal-aleman/>. Acesso em: 21 nov. 2024.

EISELE, Andreas. *Direito penal: teoria do delito*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

FRISCH, Wolfgang. *Strafrecht: Examenswissen, Examenstraining*. Munique: Vahlen, 2023.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

- GOÉS, Guilherme de Toledo. O caso do corredor presunçoso. *Nova Revista de Direito Penal*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 104-134, 2022. Disponível em: <https://nrpd.org.br/index.php/revista/article/view/10>. Acesso em: 21 nov. 2024.
- GRECO, Luís. Notwehr und Proportionalität. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 165, n. 12, p. 665-683, 2018.
- GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Concurso de delitos: uma primeira tentativa de reorientação. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 131-158, 2022. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2022v7n1p131-158.
- GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Direito penal*: volume único. São Paulo: Atlas, 2018.
- HILDEBRAND, Tina. *Juristischer Gutachtenstil*: Ein Lehr- und Arbeitsbuch. 2. ed. Stuttgart: UTB, 2016.
- HILGENDORF, Eric. *Fälle zum Strafrecht I*: Klausurenkurs für Anfänger. 4. ed. München: C. H. Beck, 2020.
- HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2022.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 1979.
- KASPAR, Johannes. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*: Einführung. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei nº 236/2012 do Senado Federal). *Revista Liberdades*, São Paulo, Edição Especial – Reforma do Código Penal, p. 59-97, 2012.
- MARTELETO FILHO, Wagner; MOURA, Bruno de Oliveira. Restrições ético-sociais da legítima defesa, legítima defesa putativa e erro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 20, n. 81, p. 225-254, 2021.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal*: lições fundamentais. Parte geral. 6. ed. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2021.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal*: lições fundamentais. Parte geral. 9. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2024.
- MINORELLI, Lucas. A teoria a serviço da prática mediante análise estruturada de casos (*Gutachtenstil*). O quê? Por quê? Como? *Revista do Instituto de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 153-182, 2023. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2023v8n1p153-182.

MOURA, Bruno de Oliveira. *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*. Coimbra: Coimbra, 2013.

MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa*. Coimbra: Coimbra, 2015.

PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*. 5. ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2023.

RENGIER, Rudolf. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 13. ed. München: C. H. Beck, 2021.

RENGIER, Rudolf. *Strafrecht: Besonderer Teil*. 24. ed. München: C. H. Beck, 2023.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5. Auflage. München: C. H. Beck, v. I, 2020. (= ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito penal: parte geral. Fundamentos*. São Paulo: Marcial Pons, t. 1, 2024.)

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SCALCON, Raquel Lima; CAMPANA, Felipe Longobardi. O caso do vizinho sequestrador. *Nova Revista de Direito Penal*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 135-153, 2022. Disponível em: <https://nrdp.org.br/index.php/revista/article/view/18>. Acesso em: 21 nov. 2024.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.

VALERIUS, Brian. *Einführung in den Gutachtenstil: 15 Klausuren zum Bürgerlichen Recht, Strafrecht und Öffentlichen Recht*. 4. ed. Berlin: Springer, 2017.

VIANA, Eduardo. Aproximações para o leitor brasileiro. In: KASECKER, Izabele; VIANA, Eduardo; ESTELLITA, Heloísa. *Lições fundamentais de teoria do delito*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 121-122.

VIANA, Eduardo. O problema dos limites entre atos preparatórios e tentativa. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 79, p. 70-100, 2020.

VIANA, Eduardo. Proibição de analogia e restrições ético-sociais na legítima defesa. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MELLO, Cleyson de Moraes; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (org.). *Direito penal*. Rio de Janeiro: Processo, 2022. p. 377-396.

Agradecimentos

O presente trabalho foi realizado com apoio da Fundação Konrad Adenauer (*Konrad-Adenauer-Stiftung*, KAS). O autor agradece as leituras e os comentários críticos de Guilherme Goés, Hellen Luana de Souza, Luís Greco e Vítor Gabriel Carvalho.

Sobre o autor:

João Pedro Ayrosa | *E-mail:* joabayrosa@gmail.com

Mestre (LL.M.) e Doutorando em Direito pela Universidade Humboldt de Berlim (HU-Berlin/Alemanha).

Recebimento: 18.07.2024

Aprovação: 15.10.2024