

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

CAMILA CARDOSO DE MELLO PRANDO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

DIAULAS COSTA RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Camila Cardoso De Mello Prando, Diaulas Costa Ribeiro, Márcio Ricardo Staffen – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-168-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Penal. 3. Constituição.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

As articulações teóricas entre Direito Penal e Democracia permitem avançar nas discussões da Dogmática Penal, da Criminologia e do Direito Penal. Neste livro, perspectivas diversas de análise contribuem para pensar as experiências punitivas contemporâneas.

A sociedade da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo, do reposicionamento do Direito Penal, desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Intacto neste processo não restou o ordenamento jurídico. Afinal, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentido amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão-somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Parte dos textos enfrentaram as dinâmicas atuais do sistema de justiça criminal e as violações de direitos no sistema democrático. Luciana Correa Souza faz uma revisão bibliográfica apontando para a realização das funções de seletividade e reprodução social do sistema penal legitimado pelas promessas de segurança jurídica da Dogmática Penal. Edyleno Italo Santos Andrade e Daniela Carvalho Almeida da Costa descrevem a tendência de administrativização do direito penal e sua consequente violação dos princípios limitadores constitucionais penais. Lenice Kelner discute o processo de expansão do encarceramento e as violações sistemáticas de direitos dos presos. Bruna Nogueira Almeida Ratke e Celia Camelo de Souza, desde uma pesquisa empírica, revelam a ineficácia do direito à educação no sistema prisional frente às regras internas de segurança e à precária estrutura material dos estabelecimentos. Ezilda Claudia de Melo, por fim, problematiza os efeitos da espetacularização midiática nas decisões do Tribunal do Juri.

O modo como o regime de gênero afeta o funcionamento do sistema de justiça criminal e, por consequência, obstaculiza a realização democrática, também foi abordado sob perspectivas

diversas. Mariana Faria Filardi e Maria Rosineide da Silva Costa exploraram as possibilidades alternativas à pena de prisão como forma de resposta mais adequadas aos crimes de violência doméstica contextualizados pela Lei 11.340/2006. Mayara Aparecida da Silva discutiu as previsões legais e doutrinárias e sua compatibilidade constitucional em relação ao não reconhecimento do marido como sujeito ativo do crime de estupro. E, por fim, Vitor Amaral Medrado e Nayara Rodrigues Medrado apontaram as incompatibilidades, desde uma macroanálise, entre as demandas punitivistas do movimento feminista e a realização de igualdade.

Fernando Martins Maria Sobrinho e Fábio André Guaragni assinalam a necessidade de que o Direito Penal Econômico dialogue e receba insumos interdisciplinares, especialmente, de critérios provenientes da atividade empresarial e do primado da função social da empresa, para além da visão restrita de máxima lucratividade.

Em linhas similares, o artigo “A construção do Direito Penal Ambiental e seu conflito no ordenamento jurídico brasileiro”, de autoria de Maurício Perin Dambros e Patrícia de Lima Félix, ao retomar o debate sobre bens jurídicos relevantes e o intuito protecionista do ambiente, defende um constante e perene diálogo do Direito Ambiental com o Direito Penal e com Direito Administrativo.

A proposta de Luiz Eduardo Dias Cardoso, em seu artigo, verte a importância da aproximação do Direito com a Economia, sob o viés da Análise Econômica do Direito. Para tanto, em termos específicos, clama pela relevância de aferição da efetividade aos crimes tributários à luz da Análise Econômica do Direito no Brasil. Assim, busca o autor verificar a hipótese de que a repressão aos crimes fiscais no Brasil é ineficiente, sobretudo em decorrência do mau aparelhamento do aparato repressivo estatal, conforme critérios fixados por Gary Becker.

Fábio Augusto Tamborlin insere questionamentos sobre a função do Direito Penal em cenários globalizados e orientados por uma sociedade de risco. Nestes termos, coloca o Direito Penal diante de uma das mais complexas situações de atuação, isto é, a passagem do Direito Penal para além das fronteiras nacionais.

No texto “Breves reflexões acerca do princípio do bis in idem e o Direito Ambiental”, a autora, Larissa Gabriela Cruz Botelho, retoma o estudo das convergências e divergências da teórica clássica do Direito Penal em relação aos preceitos de proteção ambiental. Para tanto, busca insumos na apreciação dada à problemática pela Corte Constitucional espanhola e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo de Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, destina uma crítica contundente à lei brasileira de combate ao tráfico de seres humanos, ao tempo que tal dispositivo aborda a prostituição no Brasil uma vez que este é o único propósito previsto pela legislação nacional, o que dificulta não só a real compreensão das diversas formas existentes de exploração, mas também as respostas adequadas por Estado.

No texto “O Patriot Act americano nas visões de Hannah Arendt e Giorgio Agamben: o direito penal do inimigo como remontagem do homo sacer”, os autores retomam a pauta da criminalização do terror e das novas fronteiras da persecução penal por “razões de Estado”, importando em progressiva mitigação de Direitos Humanos e garantias processuais pelos atos pós-11 de setembro de 2001.

A proteção penal do patrimônio cultural e da paisagem demonstra, na visão das autoras, que não se tutela apenas aqueles mas, sobretudo o liame subjetivo que os conecta com o ser humano, garantindo identidade e pertencimento ao meio, pretendendo responder qual o fundamento jurídico para a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância e garantir solidariedade intergeracional na proteção do patrimônio cultural material e da paisagem na tutela penal brasileira.

Márcio de Almeida Farias, introduz uma posição crítica em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais e a necessidade de uma lei geral de adaptação, para tanto, conclui com a síntese da necessidade de ampla reestruturação dogmática do direito penal e processual penal para dar guarida às pessoas jurídicas.

Fabíola de Jesus Pereira e Andreia Alves de Almeida analisam a eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção e o efeito dominó na operação Lava Jato, tema de grande atualidade e relevância na maior operação de combate à corrupção já realizada no Brasil.

Nelson Eduardo Ribeiro Machado argui a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que pune o porte de drogas para uso próprio, concluindo que a não criminalização do porte de drogas para consumo próprio quantificando um valor para a posse de pequena quantidade, bem como medidas alternativas à criminalização, de cunho administrativo, devem ser adotadas, tais como a possibilidade de tratamento do usuário, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme prescrito no art. 28 da Lei nº 11.343/06, inciso III. Enfim, deve haver um esforço conjunto entre Poder público e sociedade em prol do enfrentamento do problema.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima e Nathália Ribeiro Leite Silva apresentam uma análise dogmática dos mandamentos constitucionais criminalizadores e dos princípios constitucionais penais. Colocando em foco os princípios constitucionais penais e os mandamentos constitucionais criminalizadores, os autores concluíram que se deve ter em mente que, sendo os primeiros originários do Estado Liberal, e os segundos decorrentes do Estado Social, tal qual o Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje deve constituir uma síntese e superação desses seus dois antecessores, também é preciso que, ao se estudar o Direito Penal Constitucional, leve-se em conta que tanto os princípios como os mandamentos desempenham papel de relevância no Direito Penal hodierno, e que entre eles deve haver a necessária correlação para que coexistam a fim de consagrar um Direito Penal mínimo e eficiente, que faça jus ao avanço das sociedades, enquanto democráticas.

Gerson Faustino Rosa e Gisele Mendes de Carvalho indagam se o casamento ainda é um bem jurídico penal ante o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. A pergunta é respondida desafiando o crime de bigamia. Quanto ao casamento como bem jurídico específico, concluem os autores que, por óbvio, também deve-se, não somente dispensar, mas evitar a intervenção da ingerência penal, a qual decorre de um tempo em que não se admitia o divórcio, onde as pessoas uniam-se para a eternidade, onde criminalizava-se o adultério e outros fatos que hoje inexistem, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, que revolucionou o Direito de Família.

Fernando Andrade Fernandes e Leonardo Simões Agapito trataram da hermenêutica midiática e das distorções dos critérios de atribuição de responsabilidade criminal. Frente às análises realizadas ao longo do texto, compreendem que a progressiva redução das garantias processuais e violação das liberdades individuais pela ultra exposição de fatos sigilosos do processo, à margem de conceitos normativos e critérios técnicos, sem a crítica necessária às instituições judiciárias e desprendido de qualquer autorreflexão, acabam por gerar uma distorção dos fatos, por consequência, do próprio direito penal e suas categorias, pensadas justamente como um contrapeso à intervenção punitiva sem controles.

Ana Clara Montenegro Fonseca e Vinícius Leão de Castro analisaram o impacto dogmático das chamadas circunstâncias concomitantes na formação do conceito finalista de culpabilidade normativa pura e seu confronto com a moderna perspectiva funcional-sistêmica. Após um detido enfrentamento do tema, os autores concluem que o funcionalismo normativo-sistêmico e, conseqüentemente, sua concepção de culpabilidade-, com seu método exageradamente normativista, não é bem-vindo vez que não limita a intervenção punitiva do Estado – pelo contrário, possibilita a sua maximização. Ademais, é esse modelo funcional incompatível com o ordenamento pátrio, que se funda na teoria finalista.

Diego José Dias Mendes tratou da não punibilidade do excesso na legítima defesa e as possíveis repercussões para a valoração da agressão lícitamente precipitada pela vítima. Após comparar sistemas jurídicos que já superaram a questão, o autor concluiu que se hoje a mera proposta de explicação do comportamento criminoso à luz de atitudes da vítima já causa escândalo na sociedade, isto ocorre porque se trata de forma de pensar (técnica de neutralização) que de fato – segundo demonstra a vitimologia crítica – mobiliza comportamentos criminosos; conceber que dê azo também à impunidade não soa de modo algum sequer suportável à luz das finalidades preventivas e da necessária formalização do direito penal.

Halyny Mendes Guimarães analisou o efeito irradiante do princípio da presunção de não culpabilidade na esfera administrativa das corporações militares estaduais, concluindo que as previsões contidas nos estatutos das Corporações Militares devem estar ajustados a esse princípio constitucional.

André Eduardo Detzel e Aline Martinez Hinterlang de Barros Detzel trataram da superação das vedações dogmáticas para a responsabilização penal da pessoa jurídica, apresentando reflexões sobre o modelo construtivista de autorresponsabilidade. Os autores chegaram à conclusão de que a principal crítica feita ao modelo construtivista de autorresponsabilidade penal dos entes coletivos é que ele apresentaria imperfeições teóricas que o assimilariam ao conceito clássico de imprudência. Mas resumiram, por fim, que é possível, apesar das críticas, concluir que o modelo construtivista de autorresponsabilidade contempla fundamentos necessários para investigar, denunciar, processar e condenar uma pessoa jurídica pela prática de um crime ambiental, isto é, é possível assegurar a vigência do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

À guisa de conclusão, o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição cumpriu às inteiras o seu objetivo, reunindo os excelentes artigos que agora são disponibilizados nesta publicação.

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (UNB)

Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro (UCB)

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)

Coordenadores

**NÃO PUNIBILIDADE DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA E POSSÍVEIS
REPERCUSSÕES PARA A VALORAÇÃO DA AGRESSÃO LICITAMENTE
PRECIPITADA PELA VÍTIMA**

**EXCESS IN SELF-DEFENSE AND ITS CONSEQUENCES TO THE ASSESMENT
OF THE VICTIM'S LEGAL CRIME PRECIPITATION**

Diego José Dias Mendes ¹

Resumo

Aborda a repercussão do debate contemporâneo sobre a não punibilidade do excesso na legítima defesa para o problema do sujeito que reage a uma lícita precipitação vitimal. Na primeira parte, descreve a estrutura geral do excesso; na segunda, as teorias que disputam sua melhor fundamentação, enfocando aquelas que arrancam da autonomia do agressor original para, finalmente, questionar o eventual traslado dos seus argumentos para a valoração do comportamento lícito da vítima. Conclui que elas não podem prosperar sem estender a exculpação também aos crimes contra vítimas inocentes, sendo a limitação aos casos de agressão injusta artificial e moralmente inaceitável.

Palavras-chave: Vitimodogmática, Excesso, Legítima defesa

Abstract/Resumen/Résumé

This article explores the ongoing debate concerning excessive self-defense and its possible consequences to the assessment of victim legal precipitation of crimes. While part one introduces excess in its most accepted structure, part two describes theories that pursue the best reasons why the excess may, in certain cases, not be punished, focusing the ones who claim that those reasons relate to aggressor's self-responsibility, then applying their arguments to the evaluation of legal crime precipitation. It concludes that these theories can only hold by discriminating moral value of guilty and innocent victims, which is unacceptable.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Victim jurisprudence, Excessive self-defense, Victim precipitation

¹ Mestrando em Direito Público no Programa de Pós-graduação da Universidade Federal da Bahia

INTRODUÇÃO

A valoração do comportamento lícito da vítima, nas hipóteses em que, apesar de não manifestar prévio consenso ou acordo, contribui de algum modo (oportunidade ou provocação) para a prática do ilícito que vulnera sua própria esfera jurídica, é dos temas mais polêmicos do debate público contemporâneo. Prova cabal é a repercussão de pesquisa recentemente divulgada pelo IPEA – Instituto Pesquisa Econômica Aplicada acerca da violência de gênero, apenas a interface mais notória e atual de antiga controvérsia jurídica: a precipitação do crime mediante exercício regular de direito constitui circunstância capaz de mitigar a pena aplicada ao perpetrador?

Tema destacado da vitimologia, feminismos e psicologia, trata-se de questão relevante também para o direito, tanto em matéria de responsabilidade civil (mormente no que diz respeito à mensuração da reparação à vítima), quanto no direito penal (principalmente em matéria de dosimetria da pena privativa de liberdade).

O que, de pronto, exige do potencial pesquisador que decida sobre a extensão da sua investigação. Constatando-se, porém, não haver na doutrina qualquer discussão sobre necessidade de investigação comum a estas duas disciplinas (pelo caráter compartilhado do problema), reputou-se mais adequada uma abordagem unilateral do fenômeno, afeta apenas ao direito penal.

Além das limitações práticas de tempo e espaço que desautorizariam objeto demasiadamente amplo, concorreram para tanto outras boas razões: não há, ainda hoje, consenso sobre as finalidades da responsabilidade civil e penal; ademais, a culpabilidade é categoria de maior relevo apenas para esta última, sendo tamanha a sua importância para o tema proposto que parece hoje ainda impossível examinar o tema sem enfrentamento detido às questões a ela associadas.

Atende-se, assim de mais a mais, à proposta, recentemente gizada pela doutrina, de que qualquer tentativa de sistematização da individualização da pena (disciplina ainda quase incipiente) deve arrancar dos pressupostos da já madura teoria do fato punível – responsável pela formulação dos elementos que compõem o tradicional ‘conceito estratificado do delito’ (TEIXEIRA, 2015).

Procede-se, por isso, a partir do método intrasistêmico de direito comparado, a uma análise da questão em tela a partir de sua relação com instituto que já encontra estado mais avançado de desenvolvimento na doutrina nacional e estrangeira: conhecendo-se os modos como a dogmática valora o excesso de legítima defesa (reação a uma conduta ilícita da

vítima), será possível compreender melhor a valoração merecida das condutas criminosas que se apresentam como reação a comportamentos lícitos das vítimas.

1. LINHAS GERAIS DO EXCESSO SEGUNDO A OPINIÃO DOMINANTE.

O excesso na legítima defesa é um problema tradicional do direito penal. No cenário comparado, é grande a diversidade de regimes legais disponíveis, bem como a heterogeneidade dos seus alicerces teóricos (MOURA, p. 72-75; ROXIN, 1997, p. 929).

Cuida-se da reação a uma agressão injusta que ultrapassa os limites de legitimidade impostos pelo ordenamento jurídico, obrando o autor do excesso (a vítima original), portanto, também ilicitamente. Deve haver cuidado para não se confundi-lo com outras figuras: nomeadamente, a legítima defesa putativa (HUNGRIA, 1978, p. 237), a provocada¹ (MELIÁ, 2004, p. 25-44), nem o próprio excesso em cada uma delas, em que pese a sua similitude fática e normativa (em alguns casos específicos até identidade²).

Apesar de oferecerem discussões afins e se possa vislumbrar, também nelas, possíveis projeções para a valoração do comportamento lícito da vítima (principalmente no que tange à legítima defesa provocada), convém abordar aqui apenas o problema do excesso na legítima defesa real.

Antes que se possam examinar seus fundamentos dogmáticos, contudo, é preciso conhecer sua estrutura geral e fenomenologia segundo a opinião da doutrina dominante, sendo o caminho mais rápido e preciso a análise das três mais importantes classificações sobre o tema: o excesso no plano objetivo; no plano subjetivo; e no que diz respeito à qualidade dos afetos.

No plano objetivo, há excesso extensivo quando o defensor não observa os limites temporais da reação, atuando extemporaneamente: seja quando o agressor já não mais oferecia perigo (excesso posterior) ou – numa hipótese menos lembrada e, como se verá adiante, até contestada – quando sequer chegara a oferecê-lo (o que engloba a ausência de iminência ou atualidade do dano: excesso extensivo-temporal anterior)³.

¹ Donde avulta o problema da provocação imprudente e inconsciente, uma das hipóteses de comportamento lícito da vítima que precipita a agressão por parte de terceiro: DIETER, 2008, p. 110 - 117; MOURA, 2013, p. 222-229; ZILIO, 2012, p. 282-296.

² Como se observará, em alguns casos o excesso coincide com legítima defesa putativa: o extensivo anterior ou em uma das modalidades do excesso intensivo, na qual a vítima avalia erroneamente a dimensão da agressão.

³ Além do excesso extensivo-temporal, MOURA aponta ainda a existência de uma segunda hipótese classificatória na literatura estrangeira, o excesso extensivo-espacial ou direcional, no qual o defensor atinge terceiro inocente, embora o próprio autor não reconheça aqui um autêntico problema de legítima defesa e, portanto, de excesso (2013, p. 236-240).

Também pode ocorrer do defensor infringir os limites da conduta de defesa quanto ao uso moderado dos meios necessários para rechaçar a agressão injusta, hipótese em que se faz presente o excesso intensivo. Para a maior parte da doutrina, somente este pode conduzir à impunidade do defensor, dentre outras razões, porque no excesso extensivo, onde não estão de fato presentes os requisitos da legítima defesa (seu pressuposto), não caberia sequer se falar propriamente em excesso (JESCHECK, 1978, p. 530; MACHADO, 2010, p. 241; MAURACH, 1962, p. 76; TOLEDO, 1994, p. 330) ⁴.

Já do ponto de vista subjetivo, o excesso pode ser consciente ou inconsciente, os quais, na dicção do Código brasileiro, são denominados de excesso doloso ou culposo. Esta última nomenclatura é admissível apenas na medida em que se entenda que a conduta do defensor no chamado excesso culposo é também dolosa, já que se dirige intencionalmente à lesão de bens jurídicos do oponente, sendo culposa, a rigor, apenas a infração ao tipo permissivo (PIERANGELI e ZAFFARONI, 2006, p. 512). De qualquer modo, importante é ter em mente que aqui, de acordo com a doutrina majoritária⁵, tanto o excesso consciente quanto o inconsciente podem deixar de ser castigados (DIAS, 2004, p. 576; DOS SANTOS, p. 340; MOURA, p. 241-245; ROXIN, 1997, p. 933).

Finalmente, o excesso pode ter origem em afetos astênicos ou estênicos. Os primeiros, também considerados de índole fraca, correspondem a emoções como medo, susto ou temor; enquanto os últimos, de índole forte, constituem-se em espírito combativo, como raiva, fúria e sentimento de vingança.

Neste âmbito, há praticamente consenso no sentido de que apenas os afetos astênicos podem dar lugar à impunidade⁶. Discute-se, apenas, se esta deve subsistir ainda que a conduta tenha sido motivada de modo concorrente (e em qual medida) por afetos estênicos⁷, entendendo a doutrina pela adequação da impunidade apenas quando se tratar de excesso preponderantemente motivado por afetos astênicos (JESCHECK, 1978, p. 673).

⁴ Contra, admitindo a eficácia exculpante do excesso temporal atrasado ou posterior, desde que a conduta ainda se situe no contexto de reação, no sentido de uma conexão temporal imediata, e não agressão autônoma: MOURA, 2013, p. 229-233; BRUNONI, 2010, p. 290; DOS SANTOS, 2008, p. 341; DIAS, 2004, p. 575-576. No direito alemão: ROXIN, Claus. Em posição isolada, entendendo que excesso propriamente dito é apenas o extensivo: PIERANGELI e ZAFFARONI, 2006, p. 512. Considerando esta distinção inútil e prejudicial à compreensão do nosso direito, por serem ambas as situações puníveis, ao menos segundo o Código (porém contraditório, na medida em que reconhece, mais adiante em sua obra e sem maior fundamentação, a possibilidade de não se punir o excesso quando se possa subsumi-lo à cláusula espanhola do *medo insuperável*): BUSATO, 2013, p. 499.

⁵ Minoritários: JESCHECK, seguido por MACHADO, 2010, p. 242 e WELZEL, p..

⁶ Em posição contrária isolada: BRUNONI, 2010. No direito alemão, segundo informa, Bruno de Oliveira Moura (2013, p. 206), também se mostram contrários Hippel e Mayer.

⁷ Fala-se aqui em feixe de motivos: DOS SANTOS, 2008; MOURA, 2013, p. 246-250.

2. A FUNDAMENTAÇÃO DO EXCESSO IMPUNÍVEL DE LEGÍTIMA DEFESA COM FULCRO NO PODER AGIR DE OUTRO MODO – INSUFICIÊNCIAS

No Brasil, a despeito de disposição expressa (art. 23, parágrafo único, CP) e tácita⁸ (art. 28, CP - irrelevância da emoção e paixão⁹) do Código Penal, tem o excesso impunível sido admitido e explicado doutrinariamente -- ao menos pela quase totalidade dos autores que o reconhecem¹⁰ -- como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, de acordo com o critério do “poder agir de outro modo” (inexigibilidade de conduta diversa). Neste sentido, figuram os posicionamentos de Cláudio Brandão (2010, p. 221), Assis Toledo (1994, p. 331-336), Heleno Fragoso (1985, p. 194-195 e 200), Cirino dos Santos¹¹, Davi Tangerino (2011), Guilherme Nucci¹² (2011, p. 297), Ariel Dotti (2012, p. 401), Rogério Greco (2011, p. 356-357) e Nivaldo Bruno (2010).

Na Espanha, tampouco se verifica cláusula expressa que permita livrar o autor do excesso de punição, admitindo o Código porém a sua atenuação, por tratar o excesso como situação *eximente* incompleta¹³. Não obstante, também ali a doutrina considera cabível a ausência de punição, mas apenas por contarem com a rubrica do medo insuperável¹⁴ -- figura

⁸ Em abono à interpretação ora empreendida (a de que a disposição conteria recusa implícita), Alaor Leite (2012, p. 94) considera haver contradição entre a reprodução deste dispositivo no Novo Projeto de Código Penal (art. 33, I) ao mesmo tempo em que prevê a não punibilidade do excesso por medo (art. 29, § 3.º). Em sentido divergente, reconhecendo nesta cláusula direito positivo apenas um silêncio do legislador em relação ao tema do excesso, e não uma recusa de exculpação em virtude do medo: BRUNONI, 2010, p. 292.

⁹ Críticos a respeito desta disposição: PIERANGELI e ZAFFARONI, 2006, p. 543-544.

¹⁰ Boa parte da doutrina brasileira sequer menciona a possibilidade de não punição, referindo-se apenas à possibilidade de atenuação da pena (art. 65, III, c), acatando a solução cristalizada no Código: BITENCOURT, 2007; FERRÉ OLIVÉ *et alli.*, 2011; GALVÃO, 2013; PIERANGELI e ZAFFARONI, 2006; PRADO, 2002; QUEIROZ, 2008; REALE JÚNIOR, 2009. Dúbia é a posição de Paulo César Busato, pois, apesar de admitir que o excesso da conduta de defesa reste impune quando se aproxime do *medo insuperável*, não o cataloga no rol de causas supraleais de exculpação: cf. última nota.

¹¹ Quando Juarez Cirino a elenca como uma das “situações legais de exculpação”, tem provavelmente o direito alemão em mente, como bem alerta Davi Tangerino (2011, p. 197). Sobre a impossibilidade de se considerá-la uma causa legal de exculpação: BUSATO, 2013, p. 506, n. 177.

¹² Admite a não punibilidade do excesso em todas as causas de justificação, invocando para tanto a figura do medo insuperável e ao mesmo tempo a partir de analogia com a disposição do Código Penal Militar (art. 45, parágrafo único) que de fato admite a exculpação do excesso para todas as causas de justificação, porém apenas na modalidade culposa. Também invocando este dispositivo, mas entendendo, de modo incorreto, que seu teor interessa apenas à legítima defesa e a ela querendo restringir a exculpação do excesso: LEITE, 2012, p. 95. Criticando corretamente a validade da analogia, tanto na proposta de NUCCI quanto na de LEITE, neste último caso por promover um indevido “recorte verbal da norma transferida”, e defendendo uma aplicação supra positiva da exculpante: MOURA, 2013, p. 120. Considerando inadequada analogia *institutionis*, defendida por NUCCI, assim como a analogia *iuris* ou exculpação supraleal, como defende MOURA, em matéria de exculpação: MONTIEL, 2014.

¹³ Artigo 21: “Son circunstancias atenuantes”: 1.ª “Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad em sus respectivos casos”. Refere-se o Código espanhol indiscriminadamente às causas gerais de exclusão da ilicitude e da culpabilidade, pois as prevê na mesma sede, sem nominar sua natureza jurídica.

peculiar do seu direito positivo, “um dos poucos europeus a consagrá-la em sua legislação” (FERRE *et ali*, 2011, p. 500).

Outro cenário que propicia instigante comparação com o brasileiro é o do direito português. Prescreve o Código lusitano, em seu artigo 20, que apenas em caso de inimputabilidade pode ser levado em consideração o estado de perturbação mental do agente. Contudo, se o diploma normativo, neste aspecto, é muito semelhante ao brasileiro (irrelevância da emoção e da paixão para a imputabilidade) (NEVES, 2013, 169-182) identifica-se nele também diferença fundamental: a expressa previsão da não punibilidade do excesso. Trata-se de cláusula especificamente referida à legítima defesa e limitada apenas aos casos de excesso motivado por acessos astênicos, ainda assim exigida a ausência de censurabilidade da conduta do defensor¹⁵.

Tal orientação vai encontrar nas obras de Figueiredo Dias¹⁶ (2004, p. 573-577), Maria Fernanda Palma (2005, 229), Eduardo Correia (*apud* MOURA, 2013, p. 151) e José de Faria Costa (*apud* MOURA, 2013, p. 151) a sua fundamentação dominante. Também para esses autores, trata-se de causa de inexigibilidade de conduta diversa. Todavia, enquanto no Brasil se enfatiza a repercussão psicológico-individual da situação de legítima defesa (inexigibilidade de conduta diversa por anormal pressão psíquica), a doutrina portuguesa atenta mais para as repercussões do tema em seus aspectos ético e político-criminal. Apenas assim explica-se a limitação da exculpação pela cláusula da “não censurabilidade”.

Essa multiplicidade de marcos teóricos, longe de decorrer de academicismo estéril, é apenas um indício de que a fundamentação da não-punibilidade do excesso na legítima defesa dentro da categoria inexigibilidade de conduta diversa é incapaz de oferecer resposta satisfatória aos principais problemas que circundam o tema (ignorados pela maior parte da doutrina brasileira):

- a) Por que apenas o excesso na legítima defesa pode ser exculpado, e não nas demais causas de justificação?
- b) Por que apenas o excesso motivado por afetos astênicos obtém tratamento privilegiado, enquanto afetos estênicos conduzem à punição do agente¹⁷?
- c) Por que exculpar apenas o excesso intensivo, e não o extensivo?
- d) Por que inculpável é apenas o excesso inconsciente, e não também o consciente?

¹⁵ Artigo 33.º 1 — Se houver excesso dos meios empregados em legítima defesa, o facto é ilícito mas a pena pode ser especialmente atenuada. 2 — O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis.

¹⁶ Embora reconheça também uma diminuição do injusto, ainda que insuficiente para explicar a redução da primeira parte do artigo 33, sem que, no entanto, explique seus motivos.

¹⁷ Objeção que pode ser formulada não apenas em relação ao excesso na legítima defesa, mas à própria categoria do medo insuperável (mais ampla). A respeito: LORENZO, 2009, p. 469-470.

A raiz das dificuldades repousa na impossibilidade de aferição segura do “poder agir de outro modo”. Se a categoria é amplamente controvertida no debate doutrinário abstrato, é a análise da sua aplicação a cada ordenamento jurídico concreto que expõe suas vicissitudes à luz do dia.

É o que fica claro ante o cotejo do regime posto no direito positivo alemão com os comentários da sua doutrina, inclusive finalista. Embora exista previsão legal específica determinando a impunidade do agente que atua em excesso de legítima defesa (§33, *Strafgesetzbuch*¹⁸), absteve-se o legislador de indicar a natureza jurídica do instituto e sua respectiva fundamentação teórica -- “como se pode ver da expressão ‘não é punível’, ao invés do habitual ‘atua sem culpabilidade’, presente noutras causas de exculpação” (ROXIN, 2004, p. 62). Bastou-se em limitar o reconhecimento aos excessos motivados por afetos astênicos¹⁹.

Diante desse texto de lei, a doutrina majoritária reconhece haver nos casos por ele regidos apenas uma mitigação parcial da culpabilidade, o que levou o próprio Welzel (1956, p. 95) a definir como precipitada -- “demasiado rígida” -- a orientação do legislador alemão em contemplar o autor do excesso com a impunidade sem nenhuma espécie de gradação (como a redução de pena para os casos censuráveis do Código português).

Em sentido semelhante, Maurach (1962, p. 75) entendia que ao exonerar de responsabilidade, sem mais, o autor da defesa excessiva -- ainda que limitando a origem desta aos afetos astênicos --, a lei terminava impedindo que o seu aplicador procedesse ao fundamental: a análise da individual da liberdade do autor (poder de agir de outro modo), cristalizando um juízo abstrato e geral de inexigibilidade acerca da situação criada pela agressão. Entendia, portanto, que a sede normativa da impunidade situava-se na responsabilidade pelo fato (atribuibilidade), reconhecendo: “Esta interpretação imperfeita, porém imposta pela lei, mostra a deficiência da teoria dominante quando inclui o excesso na legítima defesa dentro das causas de exclusão da culpabilidade”.

Em que pese a promessa finalista de conferir à culpabilidade o sentido de limite categórico às exigências preventivas, protegendo assim a pessoa humana, trata-se de um exemplar situação em que a discussão dos esquemas abstratos da teoria da pena e do delito se

¹⁸ “§33. *Excesso na legítima defesa*. Não é punível o autor que, por motivo de desorientação, medo ou susto, ultrapasse os limites da legítima defesa”.

¹⁹ Caminha neste sentido a previsão do Novo Projeto de Código Penal brasileiro, em seu artigo 28, quando se refere à impunidade do “excesso escusável por confusão mental ou justificado medo”. Mas, no caso do Projeto, a exculpação é direcionada ao excesso em qualquer causa de justificação. Para a crítica, tanto da extensão da impunidade do excesso às justificantes em geral, quanto ao emprego da fórmula ‘confusão mental’: LEITE, 2012; MOURA, 2013.

complica ao descer ao terreno dos problemas jurídicos práticos²⁰ -- talvez dos mais ilustrativos das dificuldades e do alcance limitado da pretensão de se construir uma teoria do delito com pretensões de universalidade.

3. A MOBILIZAÇÃO DO INJUSTO (DESVALOR DA AÇÃO E DO RESULTADO) COMO FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR DA NÃO PUNIBILIDADE – INSUFICIÊNCIAS

Em um contexto em que a antes intocável separação entre injusto e culpabilidade tem se mostrado cada vez mais turva e até mesmo contestada (MOURA, 2010), bem como seguindo a tendência majoritária de distinguir entre causas de exclusão da culpa e causas de exculpação (LORENZO, 2010), a fundamentação do regime apropriado ao tratamento do excesso de legítima defesa passou a mobilizar não apenas categorias afetas à culpabilidade, mas também elementos da teoria do injusto – e é aqui onde avulta o argumento da conduta da vítima para o deslinde do problema²¹.

Exemplo desta diversa abordagem (solução a partir do injusto) colhe-se no código penal argentino: recusando a impunidade do agente, possui cláusula expressa atribuindo punição com a pena do respectivo crime culposos aos casos de excesso nas causas de justificação²². No que diz respeito a sua exegese, Zaffaroni, Alagia e Slokar ilustram com fartas referências a tormentosa controvérsia doutrinária: “poucas disposições ofereceram interpretações tão díspares quanto este artigo”.

Embora críticos da qualidade do material legislativo em questão, tais autores apenas curvam-se a aos limites do princípio da legalidade para fundamentar sua aplicação exclusivamente através da redução do grau de injusto material da conduta que “ao menos se inicia” justificada (2002, p. 644-645). O que, porém, lastrearia essa redução parcial, não puderam explicar.

Mas conclusão semelhante encontrará na doutrina majoritária alemã, aqui, porém, vinculada ao menos a uma tentativa mais elaborada de fundamentação dogmática. Para a

²⁰ Sobre a predominância da discussão abstrata em detrimento de soluções concretas: GRECO, 2009, p. 3-4. No mesmo sentido, porém restrito ao debate a respeito da culpabilidade na doutrina alemã, em torno do qual gira o problema do excesso: SCHÜNEMANN, 2000, p. 96.

²¹ Relevância para a teoria do injusto que tem sido até aqui ignorada pela doutrina brasileira que se dedica ao estudo da valoração do comportamento da vítima pela dogmática. O problema do excesso de legítima defesa não foi abordado em nenhuma das principais obras consultadas – com exceção de produção brasileira no exterior (Bruno de Oliveira Moura e Luís Greco).

²² “El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”.

doutrina ainda majoritária, na qual figuram autores como Jescheck/Weigend (op. cit., 672-675) e Paul Bockelmann (2007, p. 160), a não punibilidade do excesso de legítima defesa possui assento na chamada dupla redução da culpabilidade (MOURA, 2013, p. 176-177).

A primeira decorreria de uma redução do grau de injusto material, com fulcro no binômio desvalor da conduta/desvalor do resultado: ao primeiro corresponderia uma mitigação em virtude do ânimo de conservação dos próprios bens e de defesa do direito contra o ilícito (fim legítimo); enquanto o segundo seria mitigado pela valoração positiva da conservação dos bens defendidos. Assim, obter-se-ia uma preliminar redução mediata ou condicionada da culpabilidade, eis que esta se refere ao desvalor do injusto e portanto dele extrai sua própria dimensão.

É a partir desta fundamentação que se admite, por exemplo, a suprarreferida retirada do excesso extensivo do alcance da norma de exculpação, sob o argumento de que nele há presente apenas a motivação anormal do agente, tendo em vista a inexistência de agressão atual e, por corolário, ausência de bens a serem conservados (não havendo de se falar em redução do desvalor do resultado).

Referindo-se a estes pressupostos, José Milton Peralta salienta que o excesso nas causas de justificação representa uma hipótese daquilo que se convencionou chamar, na teoria da antijuridicidade material, de “justificação parcial” ou “eximente incompleta” (PERALTA, 2012, p. 203)²³. São circunstâncias incapazes, por si próprias, de autorizar a impunidade do agente e obrigar a vítima a suportar o dano, provocando apenas para uma diminuição do injusto penal – seja porque, estando elas presentes, realiza-se em parte um interesse valioso ou porque se deixa de realizar parte do juridicamente desvalorado²⁴.

Já a segunda redução parcial da culpabilidade decorreria imediatamente do próprio caráter dramático da situação, constatando-se, assim como nas teorias precedentes, a anormalidade da motivação do agente, em que pese inidônea para afastar toda a possibilidade de orientação pela norma do excesso. Para esta corrente, não se trata de uma questão de fundamentação da reprovabilidade, antes de sua quantificação – e que, por estar à disposição do legislador (LORENZO, 2009, p. 43), desafia a orientação da doutrina brasileira de tratar o excesso como uma causa supralegal de exculpação (quicá guindando-a ao status de exigência constitucional).

²³Sobre a existência de casos em que reduzido é apenas o injusto no excesso de legítima defesa, sem que se verifique concomitante redução da culpabilidade (caso do furto de bem patrimonial com pequeno valor econômico): Ibidem, p. 204; MOURA, 2013, p. 180-181.

²⁴ Debatendo no âmbito da *Common Law* a respeito da possibilidade de se conceber uma justificação parcial diante do caráter binário (código lícito/ilícito) que orienta o conceito formal de antijuridicidade: BERGELSON, 2005, p. 123.

Entretanto, há relevantes e consistentes críticas a este modelo. Para Roxin, referindo-se a suposta mitigação do desvalor do resultado, não há de se falar em realização de um valor com a lesão desnecessária do agressor original, seja qual for a modalidade de excesso; tratar-se sobretudo de uma lesão supérflua (1997, p. 929). E está correto, quando se compreende que também o excesso no estado de necessidade justificante ostenta o mesmo ânimo de defesa de bens, sem que, entretanto, se cogite aqui também de semelhante norma de exculpação²⁵.

A tréplica consiste em que apenas o excesso extensivo deixa de realizar qualquer valor (defesa de bem), haja vista a falta de atualidade da reação (justamente o que explicaria não haver aqui, para a doutrina majoritária, possibilidade de exculpação neste particular –do que Roxin discorda: seriam ambos aptos à exculpação). Já o excesso intensivo não poderia ser cindido em dois momentos lógicos ou duas condutas, de sorte que o valor positivo emanado pela quota necessária da reação compreenderia também a quota desnecessária (MOURA, 2013, p. 181).

Esta discussão, todavia, em que pese sua fecundidade, não interessa diretamente a este trabalho e não pode ser reproduzido em toda a sua extensão²⁶. Imprescindível é apenas saber que, reputando insatisfatória esta classe de fundamentação da impunidade do excesso de legítima no campo do injusto, erguem-se as teses ancoradas na autonomia da vítima como elemento dimensionador da antijuridicidade material ou da culpabilidade/responsabilidade.

4. A AUTONOMIA DA VÍTIMA COMO ÚLTIMO RECURSO DE FUNDAMENTAÇÃO DO EXCESSO IMPUNE – REFLEXÕES E CRÍTICA

A argumentação vitimodogmática avulta com maior destaque na teoria do delito como tópico da antijuridicidade material, preenchendo-a desde uma perspectiva político-criminal, e assume, a partir dela, a função de explicar porque a decisão de não punir alcança exclusivamente o excesso na legítima defesa, sujeitando o excesso perante outras causas de justificação a diverso tratamento.

Para Américo Taipa de Carvalho, por exemplo, é a autonomia da vítima agressiva o que explica a atenuação especial de pena conferida pelo art. 33.º -1 do Código Português (supracitado) ao excesso de legítima defesa cuja impunidade não tenha sido admitida, por ser censurável (*Apud* DIAS, op. cit., p. 573-574). E, de acordo com José Milton Peralta, são três

²⁵ Igualmente: DIAS, p. 574, §34.

²⁶ Completo a respeito: MOURA, 2013, p. 179-190. Ainda: LORENZO, 2009, p. 83-91.

os aspectos da fundamentação para a menor proteção do agressor original: a) falta de necessidade de defesa; b) consentimento; c) a criação de um risco proibido.

Os motivos para tanto seriam: a) a conduta culpável do agressor original faz desaparecer o dever de solidariedade geral que normalmente incidiria sobre o agredido²⁷; b) não se trata de uma manifestação direta ou mesmo consciente de vontade, tendo uma autolesão como objeto, mas ainda assim pode ser equiparada ao consentimento em um sentido fraco, de que se atua a despeito da plena ciência do risco de que uma reação venha a produzir esta lesão²⁸; c) a situação é equiparável à constelação de casos em que a vítima anui com o risco que envolve a conduta de um terceiro²⁹, de modo que ao menos uma parcela da concretização de uma lesão ou do próprio risco em si a ela deve-se imputar.

Argumenta este autor que “assim como o furto não pode ser interpretado como parcialmente permitido, simplesmente porque é menos grave do que o roubo” tampouco a conduta do agente que excede os limites da legítima defesa de modo impune pode ser entendida como parcialmente permitida, sendo apenas menos grave do que o excesso *tout court*. Do que se depreende: o ter ou não direito a uma conduta é questão adstrita ao binômio ‘lícito ou ilícito’ (antijuridicidade formal), não se relacionando com as gradações comuns à antijuridicidade material e culpabilidade³⁰.

Todavia, incorre em contradição quando afirma que a conduta da vítima, em que pese constitua risco contra si própria, não pode ser considerada motivo de atenuação se for juridicamente permitida: pense-se no exemplo de desfilar com a camisa de clube na frente da sede de torcida rival. (PERALTA, op. cit., p. 296). Como obtempera Heidi Hurd, interpretar o comportamento da vítima como assunção de risco ou aproximá-lo do consentimento redundaria em livrar de punição praticamente qualquer fato de alguma forma motivado pela vítima (*Apud* BERGELSON, 2005, p. 14).

²⁷ Para Peralta, a agressão injusta afastaria os deveres de solidariedade que unem as pessoas e que apenas constroem a vítima nas situações de estado de necessidade e aqueles casos de legítima defesa marcados por restrições ético-sociais - como é exemplo a agressão praticada por agente inculpável (v.g., menor de idade) - de modo que esta deve evitar o conflito ao invés de empreender conduta defensiva que lese os bens do agressor inicial. Op. cit., p. 230. O mesmo ocorre com o estado de necessidade defensivo: PAWLIK, 2013, p. 13-29; VILA, 2011.

²⁸ Neste sentido, há até mesmo quem proponha reinterpretar o instituto da legítima defesa nos moldes da imputação objetiva ao tipo, como uma “participação impune (e coagida) em autolesão”, caso de Günther Jakobs e Omar Palermo.

²⁹ Mais conhecida pelas figuras nomeadas por Roxin: participação em autocolocação em perigo consentida ou heterocolocação em perigo consentida. A respeito dela e a sua contradição com a fundamentação da não punibilidade do excesso pelo próprio Roxin, falar-se-á adiante.

³⁰ BERGELSON (2005) postula que a mitigação da punição ou mesmo exoneração do autor em virtude de condutas da vítima teria ligação com a redução ou perda do direito da vítima de não ser lesionada. Ou seja, que o seu direito seria graduável. Por isso, entende que não deve haver benefício para o autor quando o comportamento da vítima ostentar a marca da licitude (exercício regular de direito).

Surpreende-se aqui a questão que mobiliza este trabalho. Com que razões seria legítimo diferenciar o comportamento provocador lícito do ilícito? Por Peralta, a questão não é respondida. Convém analisar outras formas de fundamentações vitimodogmáticas do excesso impunível e as razões do seu especial endereçamento á legítima defesa para verificar se há solução disponível no atual estado da arte.

As demais teorias vitimodogmáticas da não punibilidade do excesso deslocam sua argumentação para momento do delito posterior à ilicitude.

Nesta perspectiva, a solução idealizada por Roxin talvez seja a mais conhecida. Ele admite que culpabilidade comparece “bastante reduzida” no excesso de legítima defesa (2010, p. 44), nos termos por ele preconizados -- de acessibilidade ao conteúdo da norma. Porém contesta que este seja o critério decisivo da exculpação para o legislador: o excedente teria, afinal, condições de agir em conformidade com a norma. Este residiria sim na falta de responsabilidade do autor, o que quer dizer: a punição nos casos elencados pela lei careceria de finalidades preventivas.

Assim, no que diz respeito à discriminação entre as distintas classes de motivação, Roxin, no que é seguido, dentre outros, por Bernd Schünemann³¹ (2000, p. 96) e Knut Amelung (1991, 107), postula que o benefício àquele que extrapola a legítima defesa motivado por afetos astênicos ancora-se em razões de prevenção especial: o sujeito não se demonstra perigoso (antes, socialmente integrado) nem carente de intimidação pela pena. Todavia, como corretamente observa MOURA (2013, p. 196), a atenção á prevenção especial recomendaria que o legislador se abstivesse de punir o excesso também “nos casos putativos, nas ofensas a terceiros e no estado de necessidade” -- e não apenas nos casos de legítima defesa real e própria.

No que diz respeito à prevenção geral negativa e positiva, o excesso astênico, por originar-se de situação excepcional, não estimularia a imitação pela população nem debilitaria a autoridade da lei penal. Isto porque o agressor original seria visto por todos como o principal culpado pelo evento.

Questiona María Martín Lorenzo, com grande razão, se a situação não demandaria, pelo contrário, atuação mais ostensiva do direito penal, no sentido de evitar que a vítima original se deixasse influenciar pelos afetos suscitados pela agressão. Além do que, salienta a

³¹ Sobre a repercussão da introdução de razões preventivas no conceito culpabilidade para a questão do excesso de legítima defesa: **La culpabilidad**: estado de la cuestión, p. 96. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Sobre el estado de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 2000. p. 91-128; **La función del principio de culpabilidad**. In: SCHÜNEMANN, Bernd, .El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991. p. 107.

autora, o Estado não pode demitir-se da tarefa de proteção dos bens jurídicos do agressor original invocando justamente, para tanto, a sua missão de prevenção de ataques a bens jurídicos (2009, p. 112).

Roxin redargue asseverando que a competência primária para manipular os juízos prognósticos de prevenção recai sobre o legislador. O problema é que esta verdadeira premissa metodológica do funcionalismo teleológico fecha as portas para qualquer crítica (ainda que de *lege ferenda*) ao direito posto, legitimando e naturalizando preconceitos populares sob o verniz da *ratio legis*, leia-se: *prevenção geral positiva*. Não estaria assim o legislador acidentalmente legitimado para retirar a punição de crimes contra comportamentos negligentes de vítimas estigmatizadas – “aquelas que andam do outro lado da ordenação social” (COSTA ANDRADE, 1992, p. 191) -- por supostas razões de prevenção geral positiva?

Observa-se, todavia, que semelhante fundamentação entra de encontro à construção que o autor erige em outro foco de sua preocupação vitimodogmática: a heterocolocação em perigo consentida³². Para o autor, esta figura não pode afastar a imputação do resultado quando a vítima não possuir pleno conhecimento do risco a que é submetida e ademais o risco concretizado tenha se afastado do acordo feito entre ela e o gestor do risco. É dizer: o controle do risco nas mãos de terceiro afasta os efeitos da sua manifestação de autonomia.

Porém, não há consenso quanto à necessidade de representação do risco pela vítima para efeitos de não imputação. Neste sentido, avulta a posição de Cancio Meliá, defendendo que aquele que se relaciona com a vítima não deve ser punido quando o risco provocado pela ação conjunta for “notório”³³ – ainda que apenas ele seja conhecedor do elemento criador de risco concreto, ignorado pela vítima. Prevalece aqui a ideia de subsidiariedade do direito penal, impondo-se à vítima dever de conhecimento e atribuindo-lhe responsabilidade preferencial por eventual lesão advinda da atividade conjunta.

Observa-se, pois, que o recurso à autorresponsabilidade da vítima oferece amplas margens para afastar a atuação do direito penal. Exposta sem mais cuidados às retóricas típicas da política-criminal, resultados indesejáveis e até absurdos do ponto de vista ético podem ocorrer.

Também Jakobs recorre à prevenção geral positiva para esboçada a sua solução do problema. E a sua fundamentação se aproxima nitidamente daquela articulada por José Milton

³² Já é amplamente conhecida a tese de Roxin acerca da autocolocação e heterocolocação da vítima em risco. Objeto dos demais trabalhos desta coletânea e de uma bibliografia que se torna cada vez mais próxima do inabarcável, não será necessário alongar qualquer explicação sobre ela.

³³ CUNHA, 2013; SILVA JÚNIOR, 2008.

Peralta, com a diferença de que situa o argumento no âmbito da culpabilidade, e não do injusto material.

Aqui a pena é vista como instrumento subsidiário de processamento do conflito, que pode ser imputado à competência (esfera de organização) da vítima – agressor original culpável – sem prejuízo à estabilidade do sistema. Vale dizer, que para Jakobs e outros autores, a legítima defesa, enquanto expressão de autonomia e consentimento em relação à reação defensiva, pressupõe culpabilidade – sem o quê deverá o conflito ser examinado à luz do regime do estado de necessidade. O defensor que exceda os limites da legítima defesa nos marcos do afeto astênico e sem que sua conduta ostente traços drasticamente delitivos, portanto, poderá continuar a ser visto como “cidadão fiel ao direito”. Não convence, porém, principalmente quando se observa que para ele a negligência da vítima não pode sequer corresponder alguma redução de pena, sob o argumento de que a deficiência não pode ser (JAKOBS, 1997, p. 136).

A seu turno, a chamada *vitimodogmática* (em sentido estrito) corresponde a uma pauta valorativa proposta por Bernd Schünemann para a interpretação teleológica restritiva de determinadas elementares típicas de teor aberto – e apenas no que diz respeito à sua zona cinzenta, nunca afetando (relativizando) o seu núcleo conceitual³⁴.

Em sua proposta original, ela alcançaria apenas tipos incriminadores responsáveis pela descrição daqueles crimes que, a partir de Raymond Hassemer, passou-se na Alemanha a classificar como crimes de relacionamento (*Beziehungsdelikte*) ou, para Tatjana Hörnle, crimes de interação, em oposição aos intitulados crimes de acometimento (*Zugriffsdelikte*).

Ilustrativo é o exemplo do estelionato, com a seguinte descrição típica: induzir a alguém a erro, mediante fraude, com o fim de obter vantagem patrimonial ilícita.

Diante da incerteza semântica obre se o estado de dúvida da vítima constituiria ‘erro’ tipicamente relevante, ou se apenas a representação contrária à realidade satisfaria a elementar em questão, propõe Schünemann que se introduza na interpretação do texto normativo a valoração de acordo com as finalidades do Direito Penal: a compreensão do texto de acordo com o princípio da *ultima ratio* – eis uma mostra clara do seu método funcionalista.

No entanto, apesar do rechaço da doutrina alemã, a proposta vitimodogmática possui potencial de expansão. Neste sentido, HÖRNLE reflete criticamente acerca a possibilidade e conveniência de se adstringir a teoria a este alcance modesto idealizado por Schünemann, na

³⁴ Para procedimento semelhante, muito típico do seu *funcionalismo*, veja-se a fundamentação que Schünemann emprega na distinção entre causas excludentes de culpabilidade e as exculpantes.

medida em que não identifica qualquer critério capaz de justificar tratamento dispar entre crimes de relacionamento (interação) ou de acometimento.

Esta perspectiva tem sido invocada por GRECO também para explicar a impunidade do autor do excesso especificamente na legítima defesa, e não em outras causas de justificação. Argumenta, em clave de eficiência, que o afeto astênico seria consequência direta do comportamento agressivo da vítima e que, para o Estado, “seria absurdo utilizar seus escassos recursos com a proteção daquele que poderia ter evitado a situação de conflito através da simples conduta conforme o Direito”. Vale dizer: podendo a vítima se resguardar através de medidas razoáveis, sua omissão implicaria em perda do merecimento de proteção por parte do Estado.

Tampouco esta posição se livra de críticas. Com efeito, mesmo dentro de um raciocínio consequencialista utilitário³⁵ (baseado, portanto, em prognósticos), a reação excessiva á agressão original constitui um risco bem mais urgente da lesão que o Direito Penal deve evitar do que o risco de imitação da agressão injusta (original) por partes dos demais membros da sociedade. Deveria prevalecer assim a comunicação mais imediata: a pena ao autor do excesso, como maneira de reforçar socialmente os limites da causa de justificação.

No que diz respeito ao problema da vítima inocente, ela não fundamenta qualquer coisa. Embora consiga de algum modo explicar a postura do legislador alemão, não pode ela subsistir sem autorizar que qualquer negligência da vítima seja tomada como motivo idôneo para afastar a atuação jurídica do Estado. Com o abandono da tutela, corre-se o risco de oferecer as vítimas mais vulneráveis ao crime. Em tempos de violência policial incontida e incentivos sociais explícitos aos linchamentos públicos, qualquer argumentação deste tipo deve ser analisada com bastante cautela.

Que o recurso à autonomia da vítima justifique a impunidade do excesso de legítima defesa apenas se pode explicar, na perspicaz lembrança de Figueiredo Dias, como uma versão atual do *versare in re illicita*³⁶, ripristinando o brocardo do direito canônico: “*qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*”. Nas palavras de George Fletcher: “Nossos sentimentos nos empurram a considerar o ato de legítima defesa como algo que vem a castigar, como a reação de vingança de um cidadão frente a quem merece sofrê-la” (*apud* LÜDERSEN, 2000, 137-180).

³⁵ Segundo a qual o bem deve ser atribuído a condutas que promovam maior satisfação geral para toda a sociedade (imparcialidade).

³⁶ Segundo o brocardo do direito canônico: *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*.

Voltando no tempo, não se afigura de todo descabida uma comparação com a figura do “Sem-paz” (*Friedlosigkeit*) do antigo direito germânico ou a vida nua do direito romano (*homo sacer*), quando o Direito começa a tolerar que o agredido original ministre uma pena informal contra o agressor³⁷.

Não pode o Estado demitir-se da tarefa de proteção de bens jurídicos sob o signo da eficiência, como quer GRECO (p. 208), com base na prevenção geral negativa. Se ele se arroga à tutela dos bens jurídicos também do autor da agressão injusta, como não pode deixar de ser, a suposta ausência de um dever de solidariedade entre os cidadãos nas situações de legítima defesa não pode legitimar lesões supérfluas (diferentemente do que ocorre no estado de necessidade derivado de conduta ilícita) (MOURA, 2013, p. 212).

Na doutrina de Roxin, orientada à prevenção geral positiva, as dificuldades da vitimodogmática na matéria ficam ainda mais claras, na medida em que não explica porque o pleno conhecimento do risco (na mesma medida do autor, inclusive) pela vítima é exigido para configurar o assentimento da vítima nos casos de heterocolocação em perigo consentida, enquanto no excesso a simples presunção geral de um risco de reação desmedida já satisfaz.

Ademais, nenhuma destas concepções se justifica quando o excesso na legítima defesa representar uma resposta a agressor inculpável, sendo que aquele que se defende dificilmente encontrar-se-á apto a avaliar a culpabilidade daquele que lhe ataca (MOURA, 2013, p. 205).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito dos ordenamentos jurídicos pesquisados, os códigos penais de Espanha, Portugal e Alemanha acolhem confortavelmente a não punibilidade do excesso na legítima defesa; já na Argentina e no Brasil, o instituto carece de vinculação direta ao direito positivo.

Não obstante, nossa manualística o respalda, muitas vezes, através da remissão ligeira a estruturas do direito estrangeiro - ou seja, sem o devido exame dos seus fundamentos e do cuidado com o seu traslado ao direito brasileiro – passando, com isso, ao largo dos importantes problemas dogmáticos que envolvem as respectivas soluções legais no exterior. Não se trata de fenômeno novo: a importação acrítica de institutos, em mau exercício do direito comparado.

³⁷Consoante admite Thomas Motsch, segundo informa MOURA (2013, p. 205, n. 674). A respeito, vide: LÜDERSEN, 2000; ZILIO, op. cit., p. 84-91.

Talvez por isso o argumento da autonomia da vítima, embora não exatamente recente no exterior, constitua uma novidade em nosso cenário. Ele comparece na dogmática mais tipicamente como elemento pertinente à antijuridicidade material, com a função de explicar a conveniência político-criminal de se deixar de punir o excesso na legítima defesa, enquanto o excesso perante outras causas de justificação não se sujeita ao mesmo tratamento.

Apesar de sua grande força retórica, talvez constitua solução meramente aparente, podendo desencadear mais e maiores problemas do que aquele inicialmente enfrentado. Isto porque, enleada numa rede sincrética de *topoi*, não justifica o decisivo: a razão da redução do desvalor do injusto necessária ao tratamento mais benevolente conferido ao autor do excesso.

Além disso, de forma incoerente em alguns autores, não se consegue evitar a instrumentalização da vítima pela normativização da sua vontade (construindo-se uma figura de consentimento em sentido lato: “aceitar as consequências da própria atuação”), típica das correntes vitimodogmáticas.

O que abre caminho para que preconceitos sejam consolidados no direito positivo sem chance para crítica posterior. Do modo como o argumento é formulado, hoje, não há nada que o impeça de ser transportado de *lege ferenda* e, em alguns casos, de *lege lata*, para o campo do crime motivado por comportamento lícito da vítima: justificando sua exculpação, sem maior refinamento. Se hoje a mera proposta de explicação do comportamento criminoso à luz de atitudes da vítima já causa escândalo na sociedade, isto ocorre porque se trata de forma de pensar (técnica de neutralização) que de fato – segundo demonstra a vitimologia crítica -- mobiliza comportamentos criminosos; conceber que dê azo também à impunidade não soa de modo algum sequer suportável à luz das finalidades preventivas e da necessária formalização do direito penal.

REFERÊNCIAS

- AMELUNG, Knut. **Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin**. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991.
- BERGELSON, Vera. **Victims and perpetrators**: an argument for comparative liability in criminal law. *Rutgers Law School (Newark) Faculty Papers*. Working Paper 19. feb. 2005. <http://law.bepress.com/rutgersnewarklwps/art19>. Acesso em: 10 de setembro de 2014.
- BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade**: considerações. Curitiba: Juruá, 2010
- BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOCKELMANN, Paul. **Direito penal**: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BUSATO, Paulo. **Direito penal**: parte geral. Atlas, 2013. VitalBook file. Bookshelf.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZABAL MALARÉE, Hernán Hormazabal. **Lecciones de derecho penal**. v. II. Madrid: Trotta, 1999.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 2, Vol. 2. 1992..
- CUNHA, Millena Marjorie Fonseca da. **A conduta da vítima na teoria do injusto penal**. 2013. 256 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Coimbra Editora, 2004.
- DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supraleais de exculpação**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, 2008.
- DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: parte geral, Curitiba: Lumen Juris, 2008.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos *et alli*. **Direito penal brasileiro**: parte geral. Revista dos Tribunais, 2011
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Luis. Duas formas de fazer dogmática penal. in: Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico, Jahrgang 1 Heft 1,

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume I. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación**. Marcial Pons, 1997.

JESCHECK. Hans-Henrich. **Tratado de derecho penal**: parte geral. Barcelona: Boch, 1978.

LEITE, Alaor. **Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo projeto de código penal** (projeto de lei 236/2012 do Senado Federal). Revista Liberdades – Volume Especial – Reforma do Código Penal (2012).

LORENZO, María Martín. **La exculpación penal**: bases para uma atribuição legítima de responsabilidad penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

LÜDERSSEN, Klaus. **Elementos de legítima defensa en la pena y elementos de pena em la legítima defensa. ¿Círculo vicioso o fuente de nuevos enfoques em torno a la cuestión del anacronismo de la pena?** In: La insostenible situación del derecho penal. Granada: Comares, 2000. p. 137-180.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Lecciones de derecho penal**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MAURACH. Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Barcelona: Ariel, 1962.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Conducta de la víctima e imputación objetiva em Derecho Penal**. Tese (Doutorado). Universidade Autónoma de Madri.

MELIÁ, Manuel Cancio; RAMOS, Enrique Peñaranda. In: GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y; PAREDES CASTAÑON, José Manuel (org.). **Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor**: (a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de 17 de septiembre de 1999, ponente, Exsmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater). León: Universidad, Secretariado de Publicaciones y Medios Audiovisuales, 2004.

MIR, Cerezo. **Derecho penal**: parte general. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONTIEL, Juan Pablo. **Regulaciones de excepción y prohibición de analogía**. InDret – Revista para el análisis del Derecho. <http://www.indret.com/pdf/986.pdf>. Acesso em 10 de setembro de 2014.

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

_____. Sobre o sentido da delimitação entre injusto e culpa no direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 2010, n. 87.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NEVES, João Curado. **As emoções no sistema exculpatório português**. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Souza (org.). *Emoções e crime: filosofia, ciência, arte e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 169-182.

PALMA, Maria Fernanda. **O princípio da desculpa**. Coimbra: Almedina, 2005.

PAWLIK, Michael. **El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de derechos de necesidad**. *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. v. 34, n. 96. 2013. p. 13-29.

PERALTA, José Milton. **Motivos reprochables**. Madri: Marcial Pons. 2012.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: B de F Editora, 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **A culpabilidade e a sua exclusão no direito penal**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 12, n. 46 (jan./fev. 2004).

_____. **Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 82. 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. **La culpabilidad**: estado de la cuestión, p. 96. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000.

_____. **La función del principio de culpabilidad**. In: SCHÜNEMANN, Bernd, .*El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 107

SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. **Imputação objetiva e a conduta da vítima**. Curitiba: Juruá, 2008.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena:** fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.

VILA, Ivó Coca. **Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo.** Revista para el análisis del derecho. Indret 1/2011: <http://www.indret.com/pdf/789.pdf>. Acesso em 08 de setembro de 2014.

WELZEL, Hans. **Derecho penal:** parte general. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro e ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal:** parte general. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAPATER, Enrique Bacigalupo. **Derecho penal:** parte general. Buenos Aires: Hamurabi, 1999.

ZILIO, Jacson. **Legítima defensa:** las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal. Buenos Aires: Didot, 2012.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel *et alli*. **Fundamentos de derecho penal:** parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.