

ARTIGO

**EXCESSO EXCULPANTE: UMA ANÁLISE QUANTO SUA POSITIVAÇÃO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

**EXCULPATE EXCESS: AN ANALYSIS OF ITS POSITIVE EFFECT ON THE
JUDICIAL SYSTEM**

**EXCESO EXCULPANTE: UN ANÁLISIS EN CUANTO A SU POSITIVACIÓN
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PATRIO**

Viviam Kelly da Silva Monteiro¹

RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo o aprofundamento e análise conceitual da figura do excesso, em especial o excesso exculpante, apresentando os argumentos prós e contras acerca de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, serão observadas as experiências de outros países, tais como Alemanha e Portugal, os quais servem de modelo à nossa ordem jurídica e que tem esse instituto previsto em lei. Além disso, serão apresentadas decisões jurisprudenciais que tenham por base o excesso exculpante, a fim de aferir como tem se dado sua aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: Excesso. Excesso exculpante. Ilícitude. Inexigibilidade de conduta diversa.

RESUMEN:

Este artículo pretende profundizar y analizar conceptualmente la figura del exceso, en particular el exceso exculpado, presentar los argumentos a favor y en contra de su aplicabilidad en el sistema jurídico brasileño. Para ello, se observará las experiencias de otros países, como Alemania y Portugal, que sirven de modelo para nuestra aplicación de la ley. Además, se presentarán decisiones jurisprudenciales basadas en un exceso exculpatorio, para evaluar cómo se ha aplicado.

PALABRAS CLAVES: Exceso. Exceso exculpado. Ilícitud. Inexigibilidad de la mala conducta.

ABSTRACT: This article aims to deepen and conceptual analysis of the figure of excess, in particular excess exculpate, presenting the arguments pros and cons about its applicability in the Brazilian legal system. For this, will be observed the experiences of other countries, such as Germany and Portugal, which serve as a model for our legal system and which has this law enforcement. In addition, case-law decisions based on exculpatory excess shall be submitted, in order to assess how it has been applied.

KEYWORDS: Excess. Excess exculpate. Illicitness. Ineligibility of misconduct.

¹ Estudante de Direito no Centro Universitário Fluminense (UNIFLU). [Currículo do Sistema de Currículos Lattes \(Viviam Kelly da Silva Monteiro\) \(cnpq.br\)](#)

Email: viviamonteiro.k@gmail.com

1 – INTRODUÇÃO

O presente artigo é um estudo acerca do excesso exculpante, que tem por escopo compreender o referido instituto, a fim de questionar a pertinência de sua inserção no Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), levando em conta, inclusive, a experiência de outros ordenamentos jurídicos em que o mesmo está presente.

O Código Penal, que é um conjunto das normas penais brasileiras, tem por finalidade determinar as infrações penais, bem como definir as sanções que recorrem delas. Uma das ideias adotadas no mesmo, respeitando o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da CRFB, é que no momento da condenação o agente deve ter sua pena individualizada, levando em conta as peculiaridades de cada caso concreto.

Nesse ponto, insta salientar que a aplicação do instituto do excesso exculpante seria uma forma de individualizar a sanção imposta àquele que age influído por tal emoção que resta impedido para se determinar conforme a lei, como veremos no decorrer deste trabalho.

No entanto, referido diploma legal datado de 1940, o qual vigora até os dias atuais, apesar de ter sofrido inúmeras alterações desde então, não apresenta qualquer previsão nesse sentido. A ideia da implementação ao ordenamento jurídico brasileiro apareceu com a edição do PLS 236, o projeto do novo Código Penal (BRASIL, 2012) e voltou à tona através do Projeto de Lei Anticrime (PL 882/19) (BRASIL, 2019b), elaborado pelo ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil, Sergio Fernando Moro, mas foi retirado da redação final da Lei 13.964/2019. (BRASIL, 2019a).

Atualmente o excesso exculpante é considerado pela doutrina e jurisprudência como causa supralegal de extinção da culpabilidade.

2 – CONTEXTUALIZAÇÃO E CONCEITOS IMPORTANTES

A princípio, com intuito de contextualizar o presente artigo, é necessário trazer o conceito de infração penal, o qual apresenta variações de acordo com o enfoque que lhe é dado. Sob o enfoque formal, infração penal é a conduta que assim está prevista em uma norma penal incriminadora, sob ameaça de pena, ou seja, a violação da respectiva norma. Já numa definição material, seria o comportamento humano causador de considerável lesão ou perigo de lesão ao

bem jurídico tutelado, passível de sanção penal. Por último, num conceito analítico ou operacional, a infração penal seria composta por elementos estruturais, a tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

A ilicitude, conceito importante para construção do tema central desse trabalho, despertou na doutrina uma importante discussão fazendo surgir duas tendências contrapostas, uma entendendo-a como um elemento do delito e outra como a própria essência do crime.

Os que consideravam a antijuridicidade um elemento do delito, entendiam que ela seria a análise das particularidades que fazem eximir de sanção fatos típicos, diante da presença de uma situação justificante. Desse modo, se posiciona Bettiol, para quem a ilicitude seria o principal elemento do crime, “é o que faz com que o crime seja aquilo que efetivamente é”, podendo ser explicada no juízo de que o fato é lesivo ao bem jurídico, entendendo, portanto, que a antijuridicidade representaria a contraposição entre o fato realizado e o valor jurídico contido na norma.

Já a segunda corrente, defendia que a antijuridicidade não poderia ser um elemento do crime, na medida que esgotaria seu próprio conteúdo, sendo simplesmente a relação de contradição entre o fato unitariamente considerado e os ditames do ordenamento jurídico.

No Brasil, é dominante o posicionamento no sentido de que a antijuridicidade ou ilicitude é elemento do delito, e não a própria essência do mesmo, sendo esse o entendimento prevalente na doutrina, da clássica a atual. Sendo essa a ideia que melhor se adapta as concepções tripartidas do crime, a qual exige que, para que determinada conduta seja considerada crime, o fato seja típico, ilícito e culpável.

3 – ANTIJURIDICIDADE (ILICITUDE)

Na teoria do crime, o conceito de ilicitude ou antijuridicidade é um dos que aproxima a maioria das tendências, destacando-se apenas a definição dada pela teoria dos elementos negativos do tipo, a qual entende que a antijuridicidade estaria incluída no tipo-total do injusto, unindo tipo e ilicitude numa só figura.

As demais a definem, em síntese, como sendo a contrariedade do ato com todo o ordenamento jurídico, ou seja, a desconformidade com a lei. Assim

leciona Greco (2016), o qual define a ilicitude como “a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico”.

Para falar em antijuridicidade, é preciso, portanto, que o agente contrarie uma norma existente, pois se não o fizer, sua conduta, apesar de ser antissocial, não poderá ser considerada ilícita, já que não estará em desconformidade com os ditames legais. Nesse sentido, são os ensinamentos de Mateu (1999):

O caráter antijurídico de uma conduta deriva de sua contradição com o dever ser ideal estabelecido pelo ordenamento em seu conjunto. Uma conduta antijurídica, contrária ao direito, é uma conduta desvalorada pelo ordenamento. Tal desvalorização requer, como é lógico em um Estado de Direito, uma contradição formal com a norma que pode vir estabelecida, em princípio, por qualquer fonte de direito. (MATEU, 2009, p. 313).

Melhor dizendo, a ilicitude consiste no fato da conduta não estar permitida por qualquer causa de justificação expressa por preceito permissivo proveniente de toda a ordem jurídica, e não só do Direito Penal.

3.1 – Excludentes de ilicitude (causas legais de justificação)

A configuração do crime inicia-se pelo enquadramento típico do mesmo, sendo a segunda etapa a análise da existência de alguma causa de justificação. Desse modo, a conduta formal e materialmente típica isolada, configura apenas o indício da ocorrência do crime, já que ao apreciar a ilicitude do fato é possível que se esteja diante de uma causa excludente da mesma.

É cediço, que o Estado, responsável por regular a vida em sociedade, utiliza-se para tanto do direito, criando, interpretando aplicando as normas que regem essas relações. Uma vez violadas, essas normas, exigem uma reação do ente regulador, de modo a garantir que estejam protegidos dos interesses dos cidadãos. No entanto, em determinadas situações emergenciais, torna-se impossível que o indivíduo aguarde pela tutela estatal, motivo pelo qual nesses casos, o Estado admite que o particular aja em prol de seus próprios interesses, ainda que em detrimento de interesses de outrem.

Em razão disso, o Estado estabeleceu um rol permissivo contendo essas hipóteses excepcionais em que a garantia da preservação de um interesse de um particular justifica a violação de alguma norma proibitiva, afastando, portanto, a ilicitude do fato, são as chamadas causas de justificação. Todas elas são

compostas por uma combinação de circunstâncias que tornam o caso singular e especial se comparado àqueles que geram responsabilidade pela conduta e exigem que sejam obedecidos uma série de requisitos.

Dentre essas causas excludentes de ilicitude, existem as gerais, que estão previstas na Parte Geral do Código Penal, mais precisamente no art. 23, as quais são válidas e aplicáveis indistintamente a todas as condutas típicas reguladas pelo ordenamento jurídico, presentes na Parte Especial do Código Penal ou nas leis penais especiais; e as que se destinam a justificar situações específicas, válidas, somente, para alguns delitos, além da excludente supralegal conhecida como consentimento do ofendido.

4 – EXCESSO: CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES

Ao dispor sobre as causas justificantes, o Estado se preocupou em estabelecer limites às ações e reações do agente, de modo que ultrapassado esses marcos o autor passa a ter de responder pelo chamado excesso.

Excesso é aquilo que passa da medida, ultrapassa os padrões de normalidade, do que é legal, é, pois, o exagero. Para Capez (2003, p. 266), “é a intensificação desnecessária de uma ação inicialmente justificada”. Ou seja, o excesso é a ação ou reação que extrapola os limites legais, precedida sempre de uma conduta do agente, até então, respaldada por uma causa de justificação.

Nesse seguimento, expõe Sanches que a “expressão “excesso” pressupõe uma inicial situação de legalidade, seguida de um atuar extrapolando limites”.

Assim, bem observam também Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 502), os quais apontam que o “‘excesso’ significa ‘passar dos limites’ de uma dessas causas eximentes, mas, para ‘passar dos limites’, será sempre necessário se ter estado, em algum momento, dentre deles”.

O excesso recebe da doutrina quatro classificações: doloso, culposo, acidental e exculpante.

O excesso doloso é aquele em que, consciente e propositadamente, o agente causa ao agressor, no momento da ação defensiva, maior lesão do que seria necessário para repelir a agressão. Já o excesso culposo seria aquele decorrente da falta do dever de cuidado objetivo ao repelir a agressão. Por sua

vez, o excesso accidental, decorre do caso furtivo, embora não em intensidade suficiente para afastar o nexo causal.

Por fim, o excesso exculpante, assunto basilar do presente, será pormenorizado a seguir.

4.1 – Excesso Exculpante

Dentre as diferentes classificações doutrinárias da figura do excesso, encontra-se o excesso exculpante, também chamado excesso escusável, o qual, segundo Capez, não deriva nem do dolo, nem da culpa, mas de um erro plenamente justificado pelas circunstâncias, caso em que a reação daquele que se defende de injusta agressão sofre interferência do seu estado emocional, de tal modo que suas emoções o impendem de conseguir adequar a repulsa ao ataque, sendo impossível exigir que o mesmo se comporte em conformidade com a lei.

O excesso exculpante é, portanto, aquele decorrente de medo, surpresa ou perturbação de ânimo, isto é, esse está relacionado a profunda revolta de ânimo que afeta o agente, o qual inicialmente age ancorado por determinada excludente, mas as circunstâncias do caso concreto fazem surgir nele um estado de pânico, que lhe retira a capacidade de atuar racionalmente.

5 – A PRESENÇA DO EXCESSO EXCULPANTE NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

Apesar de não estar presente no Código Penal Brasileiro, o excesso exculpante não é um instituto novo, ao contrário, o mesmo é previsto de forma expressa nos ordenamentos jurídicos de países europeus, tais como Alemanha (1998) e Portugal (2020), nos quais tradicionalmente nos espelhamos.

5.1 – Portugal e Alemanha: experiência com Excesso Exculpante

O art. 33º, 2ª parte do Código Penal português prevê que “O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis.”. De maneira semelhante, o Código Penal alemão dispõe que “Se o autor exceder os limites da legítima defesa devido a perturbação, medo ou susto, ele não será punido”.

Nota-se que, tanto a Alemanha como Portugal, ao descreverem “perturbação, medo ou susto”, limitaram o rol de emoções capazes de implicar

na exculpação do excesso de legítima defesa às astênicas ou defensivas, aquelas fundadas na fraqueza ou debilidade (como o medo, o susto, a ansiedade, o pânico).

Entende-se como natural e plenamente compreensível que uma situação de injusta e ilícita agressão, provoque na vítima o chamado estado de afeto ou estado passional, capaz de o conduzir a uma reação excessiva, o que fará com que sua conduta extrapole a causa justificativa de legítima defesa, tornando-se, então, ilícita. No entanto, haverá ocasiões em que o estado de afeto irá não só diminuir o caráter ilícito do fato, mas também poderá afetar a conduta do agente, fazendo com que ele fuja de suas reais intenções. Nesse caso, o excesso poderá deixar de ser punido “na medida em que a atitude e as qualidades pessoais do agente manifestadas no fato se relevem menos censuráveis”.

Em seus ensinamentos Roxin (1997) explicita que nos casos do excesso exculpante, o Estado deixa de punir o agente por entender que a conduta não exige prevenção especial ou geral. Isso porque, alguém que descumpra a lei em razão apenas de ter sido vítima de injusta agressão, situação em que tenha agido impulsionado pelo medo, susto ou confusão, não o torna alguém descumpridor da lei, motivo pelo qual não requer que sobre ele intervenha uma prevenção especial. Da mesma forma, também não se faz necessária a punição por razão de prevenção geral, pois, um crime dessa natureza não acarreta uma ideia de impunidade à sociedade, que poderiam levar a imitação, já que nesse caso, o agente é originalmente a vítima, tendo sofrido de início a agressão, além disso, na maioria das vezes o agressor originário é o próprio culpado pela ocorrência do excesso.

Conforme acima asseverado, a desculpa só ocorrerá quando o excesso tiver sido provocado pelas chamadas emoções astênicas. Assim, muito bem deslinda Roxin (1997):

O excesso de legítima defesa só deixa de ser punido quando é decorrente de estados passionais astênicos (provenientes de fraqueza), mas não quando é decorrente de estados passionais estênicos (provenientes de força ou vigor), como raiva ou ira, indignação ou fúria combativa (vontade de lutar, desejo de lutar). Porque estados passionais agressivos são geralmente muito mais perigosos e, portanto, devem ser reprimidos no interesse de preservar os bens jurídicos, mesmo ao preço da punição, enquanto confusão, medo e pânico como os motivos que desencadearam o fato não produzem efeito provocativo ou mesmo imitativo e, portanto, podem ser tratados de forma mais benéfica. – (ROXIN, 1997, p. 927, traduzi).

Acerca da exigência da condição da conduta decorrer de emoção asténica, leciona Figueredo Dias (2007):

A circunstância de não ser um qualquer estado de afecto que desculpa o excesso, mas apenas o estado de afecto asténico (a perturbação, o medo, o susto, mas já não, p. ex., o ódio, a cólera ou o sentimento de vingança!) mostra à saciedade: em primeiro lugar, que o critério decisivo de culpa jurídico-penal não é o real psicológico, mas sempre o normativo; mostra, depois, que a exculsão da culpa depende deste ponto de vista normativo, de carácter pessoal-objetivo, e não de um concreto poder de adir de outra maneira na situação ou na determinação pela norma: pois a verdade é que a “pressão” psíquica ou espiritual do afeto sobre a prática do fato pode ser exatamente a mesma, quer o afeto seja asténico o esténico – e todavia, só aquele, não este, tem a virtualidade de excluir a culpa; mostra, por último, que a culpa jurídico-penal é na verdade, como vimos dizendo, o ter que responder pelas qualidades pessoais (e a correspectiva “atitude”) manifestada no fato quando essas qualidades são juridicamente desaprovadas e, neste sentido, censuráveis. – grifei

Além disso, o legislador português, diferente do alemão, exige que o afeto asténico seja, ele próprio, não censurável. Isso quer dizer que ele deve ultrapassar à medida de intensidade considerada suportável pela ordem jurídica às pessoas que observam as normas vigentes.

O fato do Estado deixar de punir o excesso na legítima defesa, quando se tratar do excesso exculpante, pode ser explicado principalmente por uma dupla redução na culpa, pois ao agir influenciado pelo estado passional asténico, à diminuição de culpa do agente é adicionada uma diminuição no injusto, que deriva de repelir, ainda que se ultrapasse os limites, uma agressão ilegal, de modo que a punição passa a não ser mais indicada.

5.2 – Excesso exculpante no Brasil

No Brasil o excesso exculpante ainda não foi integralmente implantado à legislação penal. Enquanto o Código Penal Militar (BRASIL, 1969) conta com dispositivo semelhante aos da Alemanha e Portugal, estabelecendo em seu art. 45, parágrafo único que “Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação”, no Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) não há qualquer previsão acerca do instituto.

No entanto, nos últimos anos, retomou-se a discussão sobre a regulamentação excesso escusável no Direito Penal Brasileiro e sua inserção no

Código Penal, através dos projetos de alteração legislativa, o PLS 236/2012 (BRASIL, 2012) e PL 882/2019 (BRASIL, 2019b).

5.2.1 - PLS 236/2012 e PL 882/2019

O PLS 236/2012 (BRASIL, 2012), o qual propõe a reforma do Código Penal Brasileiro e se encontra ainda em tramitação, trazia em seu texto inicial, como uma das alterações, a inserção do chamado “Excesso não punível”, prevendo o seguinte “Art. 28, § 3º Não se aplica o disposto no parágrafo anterior em caso de excesso escusável por confusão mental ou justificado medo”, isto, nada mais é do que o excesso exculpante ou escusável, já que se trata de um caso excepcional em que não se pune o excesso em razão do agente encontrar-se emocionalmente alterado.

Do mesmo modo, o PL 882/2019 (BRASIL, 2019b), conhecido como Projeto Anticrime, apresentado pelo ex Ministro da Justiça e da Segurança Sérgio Moro, apresentava em sua redação original “Art. 23, § 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção”, no entanto, tal dispositivo foi reteridado, não estando presente em sua última versão na Lei 13/964 de 24 de dezembro de 2019.

Acerca do citado projeto, Luis Greco esclarece que apesar de considerar notável a proposta de introdução do dispositivo, reconhece que a execução da mesma foi atécnica, por três razões. Primeiro pelo rol de emoções apresentado, o qual teriam um efeito mitigador, visto que compreendia até mesmo a “violenta emoção”, o que faria com que, diferente do que ocorre na Alemanha e Portugal, não se limitariam somente as emoções chamadas astênicas ou defensivas, aquelas fundadas na fraqueza ou debilidade (como o medo, o susto, a ansiedade, o pânico), mas acabariam por incluir as emoções estênicas, permitindo, por exemplo, que aquele que mata por raiva ou ódio pudesse ver-se isento de pena.

Em segundo, criticou a exigência de que as emoções sejam “escusáveis”, ou seja, desculpáveis e justificáveis, assim como se exige em Portugal. O mesmo entende que não há necessidade de tal condição no que diz respeito aquele que se encontra em uma situação em que ultrapassa os limites guiado por medo ou surpresa, já que se pressupõe, quase que automaticamente, que

agente que age motivado por uma dessas emoções está agindo de forma escusável. Tal presunção não ocorreria apenas no caso de quem age por violenta emoção, já que nesse caso poderia haver dúvidas quanto a escusabilidade. Ou seja, limitando-se apenas aos motivos astênicos, o legislador poderia suprimir a escusabilidade.

Por fim, questiona que apesar de o comportamento do agente ser reconhecimento, pelo magistrado, como escusável, esse ainda possa vir a ser condenado e talvez até punido, já que no projeto trata tal instituto como uma mera causa facultativa de diminuição de pena ou de perdão judicial, o que é no mínimo peculiar.

Não obstante, Greco, conforme dito acima, acha digna a referida proposta, por entender que a conduta de quem excede em legítima defesa é plenamente compreensível, tendo em vista que aquele que age assim o faz estando diante de uma situação incomum, em geral irrepetível, em que foi colocado por outro, súbita e injustamente, causando-lhe uma sobrecarga emocional, de modo que pretender que ele tenha uma reação extremamente precisa e milimétrica seria desarrazoado.

Conquanto, discordando do mesmo, a quem entenda que a aplicação do excesso exculpante seria fortemente prejudicada em razão de tais emoções serem estados psíquicos que dificilmente podem ser comprovados ou infirmados durante a instrução processual, uma vez que são sentimentos subjetivos e, por isso, particulares e relativos ao próprio sujeito, sendo, portanto, de difícil aferição, o que poderia vir a acarretar numa ampliação e impunidade da violência urbana.

5.2.2 – Alternativas Dogmáticas: Excesso Exculpante Como Causa Supralegal De Inexigibilidade De Conduta Diversa

Atualmente, o excesso exculpante é tratado como uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, não prevista expressamente em lei, decorrente de medo, surpresa ou perturbação de ânimo, fundamentada na inexigibilidade de conduta diversa.

A inexigibilidade de conduta diversa, está baseada no fato de o direito não poder exigir que as pessoas sempre se apresentem com comportamentos anormais ou heroicos, pretendendo que a lei penal seja aplicada cegamente, sem uma análise minuciosa da situação concreta na qual essas se encontram.

Nesse ponto, é necessário entender o que é a culpabilidade. Conforme leciona Sanzo Brodt (1996, p.102), "a culpabilidade deve ser concebida como reprovação, mais precisamente, como juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor, por ter agido de forma contrária ao Direito, quando podia ter atuado em conformidade com a vontade da ordem jurídica". Na mesma linha de pensamento, Welzel (1970, p. 197-198) ensina que "culpabilidade é a 'reprovabilidade' da configuração da vontade. Toda culpabilidade é, segundo isso, 'culpabilidade de vontade'. Somente aquilo a respeito do qual o homem pode algo voluntariamente lhe pode ser reprovado como culpabilidade".

A exigibilidade é um dos pressupostos da culpabilidade, sendo assim, só se pode realizar um juízo de reprovação ao autor da conduta típica e antijurídica, quando lhe for exigível uma conduta distinta da que realizou. Desse modo, essa exigência somente pode ser feita, quando nas circunstâncias concretas em que atuou o agente, era possível que esse se motivasse normalmente.

Por esse motivo, o excesso exculpante é assim considerado pela doutrina e pela jurisprudência, uma vez que se entende que não é possível exigir que aquele que excede conduzido por aquelas emoções aja de forma distinta, sendo inviável esperar dele uma atitude mais ponderada e cuidadosa.

Conde (2000) ensina que "o direito não pode exigir comportamentos heroicos, ou, em todo o caso, não pode impor uma pena quando, em situação extrema, alguém prefere realizar um fato proibido pela lei penal a ter que sacrificar sua própria vida ou integridade física".

6 – APLICABILIDADE DO EXCESSO EXCULPANTE NA JURISPRUDÊNCIA ATUAL

Em concordância com o exposto acima, ao analisar julgados atuais que tenham como tese a ocorrência do excesso exculpante, verifica-se que a jurisprudência vem aplicando o excesso exculpante como uma excludente da culpabilidade, supralegal e de criação doutrinária, em razão da inexigibilidade de conduta diversa.

Para tal configuração, é necessária que o magistrado entenda que naquele caso concreto não era possível exigir do sujeito, que esse tomasse atitude diversa da que tomou, conduta essa que deve, ainda, ter sido motivada

por extrema perturbação de ânimo, capaz de o impedir de se comportar de outra maneira.

Nesse sentido, são os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PRELIMINAR. EXCESSO DE LINGUAGEM. NÃO OCORRÊNCIA. MÉRITO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. LEGÍTIMA DEFESA. INEXISTÊNCIA DE PROVA INCONTESTE. EXCESSO EXCULPANTE. INOCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. IN DUBIO PRO SOCIETATE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

(...)

4. Excesso exculpante. O excesso exculpante é considerado uma excludente de culpabilidade, visto que não poderia se exigir do agente conduta diversa daquela por ele escolhida. No caso dos autos, não restou comprovada a ocorrência de situação que tenha perturbado o ânimo do réu, a tal ponto de não se lhe exigir outra conduta, visto que desferiu diversas facadas na vítima, quando já o tinha domínio da situação.

[...] (TJ-PI, 2018).

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 129, 3ª, DO CÓDIGO PENAL. RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. EXCESSO EXCULPANTE. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: ANTECEDENTES, PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. SEGUNDA FASE. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFESSÃO E AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA.

(...)

2. O excesso exculpante elimina a culpabilidade do agente em razão de não se poder exigir dele conduta diversa da por ele escolhida. Entretanto, para a sua admissibilidade faz-se necessário que a ação do agente tenha sido motivada por uma perturbação extrema, pavor e medo.

3. No caso, a defesa não logrou comprovar qualquer situação que pudesse alterar o ânimo do réu, a tal ponto de não ser possível exigir-lhe conduta diversa daquela efetivada, em que desferiu diversas pauladas contra a vítima, quando já tinha domínio da situação.

[...] (TJ-PI, 2017).

Observa-se que em todos eles o excesso exculpante não foi reconhecido pelo julgador, por esse não ter identificado no caso concreto situação capaz de afastar a exigibilidade de conduta do agente.

Nesse ponto, vale ressaltar que, tal configuração é complexa, uma vez que deve ser levado em conta as particulares condições do fato, além das particularidades do indivíduo. A possibilidade ou impossibilidade de agir

conforme determina o direito variará de pessoa para pessoa, não existindo, portanto, um padrão de culpabilidade, uma vez que as pessoas são diferentes das outras, podendo se comportar de maneiras diversas diante das diferentes emoções que porventura vierem sentir.

6.1 – Casos Emblemáticos

O excesso pode ocorrer, em tese, em qualquer das causas eximentes. No entanto, em especial o excesso escusável, os excessos aparecem mais recorrentemente em casos de legítima defesa, já que, geralmente, decorrem de situações que tornam propícias as reações excedentes.

Uma explicação para tal fenômeno está nos próprios requisitos exigidos para o reconhecimento do instituto da legítima defesa, particularmente a utilização dos meios necessários e a moderação da reação. Afastada essa moderação, é que surge a figura do excesso.

Recentemente, um evento que ganhou grande repercussão nacional foi o caso do cunhado da Ana Hickmann, que atirou contra um fã da mesma que invadiu seu quarto de hotel portando arma de fogo, tendo inspirado a ideia de regulamentação do excesso exculpante pelo ex Ministro Sérgio Moro, a fim de regular situações semelhantes. (TJ-MG,

O mesmo foi denunciado, no entanto, no decorrer da instrução processual, a julgadora se convenceu de que o réu teria agido sob o amparo da excludente de ilicitude da legítima defesa, tendo restado demonstrado que os disparos efetuados por ele foram sequenciais, diferentemente do que fora narrado na inicial.

Na sentença, a juíza Âmalin Aziz Sant'Ana absolveu sumariamente Gustavo, afastando a pronúncia pretendida pelo *Parquet*, uma vez que fundamentada pelo contexto a excludente acima citada, além de afastar nesse primeiro momento a figura do excesso. (TJ-MG, 2018).

A decisão foi recorrida pelo Ministério Público, mas, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG, 2019) acordaram em negar provimento ao recurso, mantendo a absolvição sumária, já que entenderam que Gustavo não se excedeu, estando apenas se defendendo do incessante ataque que sofria, com os meios que dispunha.

Dito isso, temos que os julgadores, levando em conta a situação vivida pelo agente, de extremo medo, entenderam que não era possível exigir que o mesmo, tomado pela emoção, comportar-se de modo diverso, motivo pelo qual entenderam nem mesmo ter havido excesso.

Não obstante, o evento tornou-se referência sobre o tema de excesso exculpante, uma vez que não há dúvidas que diante do cenário vivido, Gustavo agiu provocado por perturbação de ânimo, experimentando emoções astênicas de tensão e medo, que certamente o fizeram se portar defensivamente e disparar contra aquele.

7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, é possível depreender que a legislação penal brasileira, deixando de regular o excesso exculpável fez surgir uma lacuna na lei, a qual vem sendo sanada, até o presente momento, por meio de teses doutrinárias. Esse instituto é utilizado frequentemente nas teses defensivas, pois se trata de temática que está presente no cotidiano, uma vez que todas as pessoas estão sujeitas à prática de um crime, figurando o papel de autor ou vítima dele.

Esse, busca eximir de pena àquele que comete infração penal influenciado por emoção tal que se encontra capaz de determinar-se diante da lei. Tais emoções, destacando-se aqui as chamadas astênicas ou defensivas, acometem a todas as pessoas. Os seres, são instintivamente defensivos, por isso, naturalmente buscam se salvaguardar dos ataques e do perigo.

Nessas situações, não seria justo exigir que alguém tenha tamanha frieza, que consiga pensar milimetricamente a atitude a ser tomada, já que não é isso o que espera de quem está agindo sob influência de medo, susto ou pânico, buscando sua própria proteção ou a de outrem.

Assim sendo, é premente a necessidade de se retomar a discussão acerca da inclusão desse dispositivo ao Código Penal, assim como foi feito no Código Penal Militar, e nos ordenamentos jurídicos Alemão e Portugal, os quais são utilizados como parâmetro ao brasileiro.

REFERÊNCIAS E CONSULTAS

ALEMANHA. *Código Penal Alemão*. 1998. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_02.pdf. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. *Código Penal*. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm . Acesso em: 08 jun. 2020

BRASIL. *Código Penal Militar*. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm. Acesso em: 12 jul. 2020

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acess em: 28 dez. 2020.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 12 jul. 2020

BRASIL. *Projeto de Lei nº 882, de 2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 12 jul. 2020

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*. Belo Horizonte: Dei Rey, 1996.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral - 2 ed.* São Paulo: Atlas, 2015

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I. 10. ed.* São Paulo: Saraiva, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Saraiva, 2000

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral: art. 1º a 120 – volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual.* Salvador: JusPODIVM, 2016

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I: Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime*. 2. ed. Coimbra Editora, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Projeto "anticrime" do governo: legítima defesa ou lei do abate? *Consultor Jurídico*, fev. 2019.

GOMES, Luís. *Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no 'Projeto de Lei Anticrime'*. JOTA, Penal em foco, fev./mar., 2019.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, parte geral – 18. ed.* Rio de Janeiro: Impetus, 2016

MATEU, Juan Carlos Carbonell. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales.* Madrid: Tiranti lo Blanch, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2017

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral 2. ed. rev. e atual.* São Paulo: Atlas, 2016.

PORTUGAL. Código Penal Português. Disponível em: <https://www.codigopenal.pt/>. Acesso em: 13 jun. 2020.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Traducc. Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas. 1997.

TJ-MG. *Julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.* 2019. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/themis/baixaDocumento.do?tipo=1&numeroVerificador=1002416091114500120191168883>. Acesso em: 14 jul. 2020.

TJ-MG. *Sentença proferida nos autos do processo nº 0911145-60.2016.8.13.0024, pela juíza Âmalin Aziz Sant'Ana.* 2018. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_peca_movimentacao.jsp?id=27456534&hash=5948aacffe39281bc637ad52f06a7094. Acesso em: 14 jul. 2020.

TJ-PI. *Apelação Criminal Nº 2016.0001.006858-1.* Relator: Des. Joaquim Dias de Santana Filho. 2ª Câmara Especializada Criminal. Data de Julgamento: 15/02/2017. Disponível em: <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433462858/apelacao-criminal-apr-201600010068581-pi-201600010068581?ref=serp>. Acesso em: 13 jul. 2020.

TJ-PI. *RES: 00119738120178000 PI.* Relator: Des. Sebastião Ribeiro Martins, Data do Julgamento: 07/02/2018, 2ª Câmara Especializada Criminal. Disponível em: <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643054946/recurso-em-sentido-estrito-rse-119738120178180000-pi?ref=serp>. Acesso em: 13 jul. 2020.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán.* Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.* 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2006.