

O excesso nas causas justificantes e a nova proposta legislativa

Anderson Batista de Souza

Promotor de Justiça do Ministério Público do Amapá
Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Lisboa
Especialista em Direito Militar

RESUMO: O presente estudo trata do excesso nas causas justificantes e tem por objetivo apresentar a celeuma doutrinária quanto à sua conceituação, quando da classificação entre excesso extensivo e intensivo, bem como revelar o contorno jurídico apresentado pelo instituto, na legislação penal brasileira, em especial no Código Penal comum e militar, além de permitir o debate esclarecido frente ao projeto de Lei Anticrime.

PALAVRAS-CHAVE: Ilicitude. Antijuridicidade. Causas Justificantes. Excesso. Código Penal. Código Penal Militar. Projeto de Lei Anticrime.

ENGLISH

TITLE: The excess in the justifying grounds and the new legislative proposal.

ABSTRACT: The present study deals with the excess in justifiable causes and aims to present the doctrinal debate about its conceptualization, when it is classified as extensive and intensive, as well as to reveal the juridical outline presented by the institute, in Brazilian criminal law, especially in the Code Common criminal and military, besides allowing the enlightened debate in front of the Anti-Crime Bill.

KEYWORDS: Ilicitude. Antijuridicity. Justifying Causes. Excess. Criminal Code. Military Penal Code. Anti-Crime Bill.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Da ilicitude e das causas de justificação – 3 Definição do excesso – 3.1 Celeuma doutrinária: excesso extensivo e intensivo – 3.2 Um conceito adequado – 3.3 Classificação do excesso – 4 Alcance e efeitos na legislação penal brasileira – 4.1 Código Penal – 4.2 Código Penal Militar – 5 Comentários sobre o projeto de Lei Anticrime – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, denominado por Código Penal, muito embora carregue quase oitenta anos de vigência, vivenciou neste tempo, centenas de alterações legislativas, com o objetivo de corresponder aos anseios da sociedade. Igual sorte, não é observado no Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969, o denominado Código Penal Militar. Essa é a razão de conviverem institutos jurídicos, que na essência, deveriam possuir o mesmo tratamento jurídico, mas acabam por ter alcance e efeitos diversos.

Muito embora, a concepção do Código Penal seja de vanguarda, há um tema tratado no Código Penal Castrense consoante aos atuais anseios de reforma legislativa: o “excesso nas causas de justificação”, que encontra relação com as causas de exclusão da ilicitude é tratado de forma distinta nas legislações penais.

O tema ganha atual relevância, em virtude do projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 882/2019, também denominado Lei Anticrime e que tem por proposta alterar o Código Penal neste ponto.

O trabalho é estruturado em dois grandes aspectos. No primeiro aspecto será apresentada a celeuma doutrinária que revela, em destaque, a distinção existente entre o excesso extensivo e o excesso intensivo, permitindo apresentar um conceito tecnicamente apropriado, sob o ponto de vista jurídico-penal, de modo a atribuir de forma precisa com as consequências de seu reconhecimento no

caso concreto. No segundo aspecto, partindo da adoção de um conceito estrito de excesso, serão explicitados os efeitos legais e supraleais decorrentes de seu reconhecimento, presentes na legislação penal comum e militar, para então apresentar e compreender o teor da proposta contida no Projeto de Lei Anticrime.

2 DA ILICITUDE E DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

Ilicitude é a relação de contrariedade entre o fato humano e as exigências do ordenamento jurídico em sentido amplo, representando uma lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos protegidos. É a relação antagônica entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou a expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado.

Partindo da teoria da *ratio cognoscendi*, adotada majoritariamente, a tipicidade exerce uma função indiciária de ilicitude. Desta forma, a ilicitude passará a ser analisada a *contrario sensu*, ou seja, se não estiver presente nenhuma causa de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade etc.), o fato será considerado ilícito. Como mencionado por Fernando Capez¹, a existência do fato típico de homicídio sugere a prática de um comportamento contrário ao ordenamento jurídico. A menos que se constate ter sido cometido em legítima defesa, estado de necessidade ou qualquer outra causa excludente, a presunção de ilicitude confirmar-se-á.

O Código Penal enumera expressamente as principais causas de justificação, em seu artigo 23: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

O Código Penal castrense, por sua vez, repete as causas mencionadas no Código Penal, embora apresente tratamento distinto com relação ao estado de necessidade, na adoção da teoria diferenciadora alemã, ao prever o estado de necessidade exculpante, bem como, inclui outra hipótese, no parágrafo único do art.42, consistente na conduta do comandante de navio, aeronave ou praça de

¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Vol.1, parte geral (arts.1º a 120), 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. e-book - capítulo 26.

guerra, que na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque.

3 DEFINIÇÃO DO EXCESSO

3.1 Celeuma doutrinária: excesso extensivo e intensivo

O “excesso” na linguagem comum é o que excede, ou ultrapassa os limites do aceitável. No contorno jurídico da expressão, quando inserido nas causas de justificação, se reveste do mesmo sentido linguístico. Porém, seu alcance e efeitos apresentam resultados diversos, respectivamente, em razão da posição doutrinária e da legislação penal adotada.

Há uma celeuma doutrinária a projetar resultados diversos para a compreensão do tema.

Poucos são os autores que se dedicam de forma aprofundada ao tema excesso nas causas de justificação, e quando o fazem, trazem confusão de conceitos. Esta crítica é apresentada pelo argentino Eugenio Raúl Zaffaroni e pelo brasileiro José Henrique Pierangeli². Vejamos:

Na doutrina, tem-se distinguido entre um ‘excesso extensivo’ e um ‘excesso intensivo’, sendo o primeiro aquele que, na sua conduta, o sujeito continua a atuar mesmo quando cessada a situação de justificação ou de atipicidade, ou seja, este é o único conceito de excesso que, na nossa opinião, se pode admitir, enquanto o excesso chamado ‘intensivo’, seria aquele em que o sujeito realiza uma ação que não completa os respectivos requisitos em cada uma das correspondentes eximentes. Este conceito de ‘excesso intensivo’ não é propriamente um excesso, porque, quando não ocorrem os requisitos da eximente, em momento algum ela ocorreu, e, portanto, não se pode exceder.

² ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015. p. 534.

Partindo da visão crítica apresentada pelos renomados autores, única encontrada nos manuais, a revelar uma visão necessária de releitura do instituto, há uma confusão conceitual no que a legislação brasileira considera por excesso nas causas de justificação.

Antes de apresentar as possíveis causas investigadas e motivadoras da distinção, apresentaremos o conceito dominante, que subdivide o excesso entre duas formas distintas: intensivo e extensivo.

O excesso intensivo é aquele que recai sobre os limites justificantes, ou sobre os próprios requisitos da conduta, em que se investiga a ocorrência da causa de justificação, objeto da avaliação da conduta permitida, cujo resultado de sua avaliação, será o de confirmar ou não a ilicitude da conduta.

Cleber Masson³ denomina essa espécie de excesso (intensivo) em próprio e aduz que nela: “há superação dos limites traçados pela lei para a justificativa, e o excesso assume um perfil ilícito”. Segue afirmando que no estado de necessidade, o excesso recai na expressão “nem podia de outro modo evitar”; na legítima defesa, age com excesso, aquele que emprega meios desnecessários para repelir a injusta agressão, ou quando necessário os emprega imoderadamente; no estrito cumprimento do dever legal, quando não observa os limites determinados pela lei; e, no exercício regular do direito, o excesso decorre do exercício abusivo do direito consagrado pelo ordenamento jurídico.

Marcelo André de Azevedo⁴ exemplifica na seguinte situação, “A” (campeão de luta livre), em reação a uma agressão (tapas) injusta e atual praticada por “B” (pessoa franzina), efetua um disparo de arma de fogo, produzindo sua morte, sendo constatado que “A” conseguiria dominar “B”, sem o uso da arma. Observe-se que desde o início o uso do meio não foi necessário.

O que caracteriza o excesso intensivo é o fato de o agente, desde o início de sua conduta, não se encontrar amparado por qualquer causa de justificação.

³ MASSON, Cleber. *Direito Penal*: parte geral, arts.1º a 120. vol.1. 9. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Método, 2015. p.483.

⁴ AZEVEDO. Marcelo André de. *Direito Penal*: parte geral. Salvador: Juspodium, 2010. p. 156.

Zaffaroni e Pierangeli⁵ argumentam não existir na legislação brasileira, o que no direito comparado denomina “eximente incompleta”. A conduta está justificada ou não está justificada, sob o ponto de vista de satisfação de todos os seus requisitos.

A regra é que o excesso intensivo funcione como elemento identificador da ocorrência ou não da ilicitude da conduta. Há uma única exceção no Código Penal incidente no estado de necessidade, quando seja razoável exigir o sacrifício do seu próprio direito. É como dispõe o art. 23, parágrafo único: “Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”.

Na hipótese aventada, há uma relativização de um dos requisitos do estado de necessidade. Em vez de se considerar de pronto não satisfeito a causa de justificação, cria-se um temperamento a ser avaliado no caso concreto, de modo a se permitir uma causa de diminuição de pena (minorante).

Por sua vez, o excesso extensivo é aquele em que há dois momentos distintos a se considerar: a primeira conduta respaldada por causa justificante; e a segunda conduta, sucessiva, caracterizada pela ausência de justificação, tratada de forma autônoma, como dolosa ou culposa.

Trazendo o conceito, de forma exemplificativa, para a legítima defesa, diante de uma agressão humana, injusta e atual, o agredido reage na defesa de seu direito; utiliza inicialmente o meio necessário; e, de forma moderada, faz cessar a agressão. Ocorrerá, em um primeiro momento, a legítima defesa, pois foi cessada a agressão por uma reação legítima. Contudo, na sequência, mesmo concluída a agressão inicial, não mais presentes os pressupostos da causa de justificação, o agente persiste na reação, que se torna ilegítima, decorre, então, o excesso. O agente não responde pelo que causou no primeiro momento, pois encontrava-se em legítima defesa, mas poderá responder pelo que causou durante o excesso, de forma dolosa ou culposa.

O agente que age dolosamente em excesso não responderá necessariamente pelo resultado que causou. Não há equivalência entre o resultado final

⁵ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.533.

na soma das condutas. Atribui-se o resultado aferido na conduta resultante unicamente do excesso. Esta é a posição retratada por Jorge Alberto Romeiro⁶:

[...] se, repelindo injusta agressão, o defendente, dentro nos limites da necessidade e da proporcionalidade, causa lesão corporal grave no agressor (art. 209, §§ 1º ou 2º), e, já prostrado este, não mais *defensionis* causa, mas por espírito de vingança, continua a feri-lo, causando-lhe, nesta segunda fase, lesões corporais leves (art. 209, caput), só por estas responde a título de dolo. Pois a lesão grave ocorreu quando se encontrava o defendente em estado de necessidade.

Daí dizer-se que há um crime autônomo⁷, situado fora do contexto fático da excludente da ilicitude. Procura-se com isso, garantir o princípio da culpabilidade e afastar qualquer resquício de responsabilidade objetiva.

O verdadeiro excesso nas causas de justificação é o que a doutrina denomina de “excesso extensivo”. Essa conclusão não é adotada de forma clara pela doutrina.

O professor Guilherme de Souza Nucci⁸ não apresenta a distinção dos conceitos de excesso e considera tão somente o “excesso intensivo” como causa para afastar a hipótese justificante, quando menciona o excesso doloso: “ocorre quando o agente consciente e propositalmente causa ao agressor, ao se defender, maior lesão do que seria necessário para repelir o ataque”.

Outros autores, atribuem conceito jurídico diverso, inaugurando uma nova definição, ainda que ancorada ao conceito original de excesso intensivo, desconsiderando a existência do “excesso extensivo”, tal como o professor Juarez Cirino dos Santos⁹. O referido autor só faz menção ao excesso no instituto da legítima defesa e, embora aproxime os conceitos de excesso intensivo e exten-

⁶ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.138-139.

⁷ MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral*, arts.1º a 120. vol.1. 9. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 484.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e especial*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 278.

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 235.

sivo, acaba por distingui-los do seguinte modo: excesso intensivo, aquele que “usa de meio desnecessário” e extensivo, aquele que “usa imoderadamente de meio necessário”.

Investigando possíveis causas para a celeuma doutrinária, com a leitura do texto original do Código Penal de 1940, da Exposição de Motivos da reforma de 1984 e do atual texto do Código Penal, é possível retirarem-se três conclusões.

A primeira conclusão. O texto original do Código Penal de 1940, antes da reforma de 1984, dispunha no art. 21, parágrafo único: “O agente que excede culposamente os limites da legítima defesa, responde pelo fato, se este é punível como crime culposo”.

O instituto do “excesso”, somente era aplicável à excludente da legítima defesa, deixando de fora as demais excludentes.

O texto faz menção expressa ao “excesso” dos “limites da legítima defesa”, no que importa reconhecer tratar-se do “excesso intensivo”. Tão é verdade que Nelson Hungia¹⁰, em obra cuja edição data o ano de 1978, comenta: “[...] o Código só admite, como injusto punível, o excesso nos meios (excesso intensivo), não cogitando do excesso na causa (inferioridade no valor do bem ou interesse definido, em confronto com o atingido pela repulsa)”.

Com a reforma do Código Penal de 1984, o referido dispositivo foi revogado e substituído pelo atual texto do art. 23, parágrafo único: “o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”.

Ao suprimir o termo “limites da legítima defesa”, permitiu-se alterar a interpretação dada até então, quando da existência do “excesso intensivo”, como forma de excluir o dolo e permitir a responsabilidade por culpa. Se antes da reforma de 1984, o excesso, nos meios empregados da legítima defesa, poderia ocasionar a exclusão do dolo, de modo a conferir uma tipicidade culposa se houvesse previsão (eximente incompleta), hoje, a ausência dos requisitos da legítima defesa implica reconhecer que a conduta foi ilícita, afastando a causa de justificação. Eventual excesso doloso ou culposo só é avaliado na conduta que segue uma prévia e reconhecida causa de justificação.

¹⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v.1, tomo II: arts.11 ao 27. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.305.

A segunda conclusão indica que a criação da figura do excesso intensivo se relaciona ao reconhecimento de uma atenuante genérica ou causa de exclusão de culpabilidade (exculpante), por inexigibilidade de conduta diversa, ambas de forma supralegal.

Por fim, a terceira conclusão relaciona-se ao apego às lições doutrinárias originadas de escritos clássicos, anteriores à reforma do Código Penal de 1984, e que desenvolveram seus estudos, baseados em norma (já revogada), pelo qual dispunha haver causa justificada, mesmo quando ultrapassado os “limites da legítima defesa”, em aferição ao “excesso intensivo”. Nestes casos, a responsabilização dar-se-ia por delito culposo, se houvesse previsão para tanto, ou mesmo a própria exclusão do crime, se não houvesse uma correspondente tipicidade culposa.

3.2 Um conceito adequado

O Código Penal pós-reforma de 1984 favorece uma virada interpretativa ao eliminar a expressão “limites da legítima defesa”, estendendo o instituto do excesso à todas as causas de justificação e alinhando-se às legislações comparadas, mencionadas por Zaffaroni e Pierangeli, os quais, não admitem a figura da eximente incompleta (excesso intensivo), mas tão só o sistema do excesso extensivo.

Dessa forma, a legislação penal brasileira admite como válido, no contorno técnico-jurídico, unicamente o excesso extensivo, consistente na conduta em que se consideram necessariamente dois momentos distintos: a primeira conduta respaldada por causa justificante; e a segunda conduta sucessiva, que não encontra justificação, sendo tratada de forma autônoma, como dolosa ou culposa.

3.3 Classificação do excesso

Na legislação penal comum e militar, o excesso pode se dar de forma dolosa, culposa, ou acidental. A determinação da forma (dolosa ou culposa) deve recair sobre o segundo comportamento, quando então sucessivamente já cessou os requisitos que justificam a conduta.

Rogério Greco¹¹, bem exemplifica a distinção:

Diz-se doloso o excesso em duas situações: a) quando o agente, mesmo depois de fazer cessar a agressão, continua o ataque porque quer causar mais lesões ou mesmo a morte do agressor inicial (excesso doloso em sentido estrito); ou; b) quando o agente, também, mesmo depois de fazer cessar a agressão que era praticada contra a sua pessoa, pelo fato de ter sido agredido inicialmente, em virtude de erro de proibição indireto (erro sobre os limites de uma causa de justificação), acredita que possa ir até o fim, matando o seu agressor, por exemplo.

Ocorre o excesso culposo nas seguintes situações: a) quando o agente, ao avaliar mal a situação que o envolvia, acredita que ainda está sendo ou poderá vir a ser agredido e, em virtude disso, dá continuidade à repulsa, hipótese na qual será aplicada a regra do art.20, § 1º, segunda parte, do Código Penal; ou b) quando o agente, em virtude da má avaliação dos fatos e da sua negligência no que diz respeito a aferição das circunstâncias que o cercavam, excede-se em virtude de um ‘erro de cálculo quanto à gravidade do perigo ou quanto ao modus da reação’ (excesso culposo em sentido estrito).

O excesso culposo mencionado por Rogério Greco se aproxima do instituto da “culpa imprópria”, observado no erro de tipo justificante (art. 20, §1º do Código Penal) ou do erro de fato justificante (CPM, art. 36), também denominado de “descriminante putativa”, que deriva do agente supor existir uma situação de fato, que tornaria a ação legítima, atribuindo o efeito de excluir o dolo, e responsabilizar por culpa, se inescusável. O diferencial é atribuir uma responsabilidade por culpa, ainda que se tenha agido de forma intencional (dolosa), por razões de política criminal.

Sobre a aproximação dos efeitos da culpa imprópria, de modo a permitir a classificação do excesso culposo, Zaffaroni e Pierangeli¹² lecionam que a única possibilidade em admiti-la é reconhecer tratar-se de uma ação dolosa, que a lei impõe à pena do delito culposo.

¹¹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 360.

¹² ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 534.

Por fim, o excesso accidental, não é penalmente relevante. Nas palavras de Damásio de Jesus:

[...] situação em que há o exagero que decorre de caso fortuito, embora não em intensidade suficiente para cortar o nexo causal. Por vezes, o agente se excede na defesa, mas o exagero é meramente accidental. Não se pode dizer ter havido moderação na defesa, pois o dano provocado ao agressor foi além do estritamente necessário para repelir o ataque, embora o exagero possa ser atribuído ao fortuito.

4 ALCANCE E EFEITOS NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

A importância em posicionar o alcance do instituto do excesso, tem repercussão nos efeitos penais gerados, pois, comparativamente, no modelo anterior à reforma de 1984, o excesso intensivo tinha por efeito, tratando-se de conduta vencível, a exclusão do dolo e a responsabilidade por culpa, ou mesmo a justificação da conduta se não houvesse equivalência no tipo culposo.

Atualmente, pós-reforma de 1984, se considerarmos o “excesso intensivo”, exclusivamente enquanto “limite de justificação”, o efeito é de afastar a causa de justificação, tornando a conduta do agente ilícita; e, se considerarmos o excesso extensivo, não há o que considerar, senão a possibilidade de a conduta revestir-se, no modo doloso ou culposo, prosseguindo na avaliação do elemento analítico da culpabilidade.

Contudo, diferentemente do Código Penal, que não reconhece a exculpante da emoção (art. 28, I), o Código Penal Militar e o Projeto de Lei Anticrime dispõem de forma distinta, impondo solução diversa, quando o excesso estiver acompanhado de uma escusável surpresa ou perturbação de ânimo (CPM) ou de escusável medo, surpresa ou violenta emoção (projeto de Lei Anticrime).

4.1 Código Penal

O excesso no Código Penal encontra previsão, nos seguintes termos:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

O Código Penal não tratou expressamente de qualquer causa legal de exclusão de culpabilidade (exculpante), atenuante genérica ou causa de diminuição de pena (minorante), que recaia, especificamente, sobre o reconhecimento do excesso, ainda que haja perturbação de ânimo. Pelo contrário, há uma vedação expressa que se aplica não só sobre a conduta, objeto de avaliação do excesso, mas a qualquer outra, de que a emoção não exclui a imputabilidade, ou seja, não há afetação da culpabilidade ou causa de exculpação a considerar.

O Código Penal parte do pressuposto de não admitir a exclusão da imputabilidade pela emoção, conforme dispõe o art. 28: “Não excluem a imputabilidade penal: (...) I - a emoção ou a paixão”.

Contudo, a inexistência de tratamento legal sobre o tema do excesso exculpante ou mesmo a vedação expressa no uso da perturbação anímica do agente (emoção), não afasta o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial em reconhecer causa supralegal de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa.

Alberto Silva Franco¹³ bem explica o tema:

[...] a locução ‘excesso exculpante’ define bem a matéria que se abriga sob sua área de abrangência. Trata-se da ocorrência de um excesso, na reação defensiva, que não é, por suas peculiaridades,

¹³ SILVA FRANCO, Alberto. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 348.

reprovável, ou melhor, merecedor de apenação. Não se cuida de excesso culposo porque, neste, o excesso deriva da falta do dever objetivo de cuidado enquanto que, naquele, há um excesso resultante de medo, surpresa ou de perturbação de ânimo. É evidente que o excesso exculpante pressupõe uma agressão real, atual ou iminente, e injusta, isto é, com todas as características de uma ação ofensiva. A resposta deve, no entanto, ser havida como excessiva e tal excesso não é devido a uma postura dolosa ou culposa mas a uma atitude emocional do agressor.

Busca-se eliminar a culpabilidade, por hipótese supralegal e inexigibilidade de conduta diversa, ao se reconhecer o estado emocional alterado do agente.

No âmbito na legislação penal comum, tal hipótese fez-se constar no projeto do Código Penal de 1969, que não entrou em vigor, nos seguintes termos: “art. 30 (...) § 1º Não é punível o excesso quando resulta de escusável medo, surpresa, ou perturbação de ânimo em face da situação”.

Não é novidade a legislação penal comum conferir ao estado anímico do agente, tal como a emoção, algum efeito jurídico-penal, excluindo a exculpação, pois ela é considerada circunstância atenuante genérica¹⁴ ou causa de diminuição de pena¹⁵.

Portanto, deve-se enfatizar que o Código Penal:

- a) adota o excesso intensivo, para excluir causa de exclusão de ilicitude, pela ausência de requisito constitutivo de seu conceito legal;
- b) não permite o reconhecimento parcial de causa de justificação (eximente incompleta), salvo no caso do estado de necessidade (art. 23, parágrafo único do Código Penal);

¹⁴ Código Penal, art. 65: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III - ter o agente: (...) c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima”.

¹⁵ Código Penal, art. 121: “Matar alguém: (...) § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço” e art. 129: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: (...) § 4º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.

- c) no excesso extensivo, o agente, em qualquer das hipóteses de justificação, responderá pelo excesso doloso ou culposo;
- d) não permite a incidência de nenhuma causa exculpante no excesso;
- e) veda a exculpação por emoção. Porém, a doutrina admite causa supralegal, na conduta em excesso de causa de justificação, inserida na inexigibilidade de conduta diversa, decorrente da escusável perturbação de ânimo, medo e emoção violenta.

4.2 Código Penal Militar

O excesso no Código Penal Militar encontra previsão nos seguintes termos:

Art. 45. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa.

Parágrafo único. Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação.

Art. 46. O juiz pode atenuar a pena ainda quando punível o fato por excesso doloso.

O Código Penal Militar tratou dos efeitos penais da “surpresa ou perturbação de ânimo”, para aferição da responsabilidade criminal, quando a conduta se encontrar no excesso doloso ou culposo das causas justificantes, se escusáveis. Como observado, não há este tratamento na legislação penal comum.

Em se tratando de excesso culposo, não será punível a conduta, quando resultar de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação. Cuida-se de hipótese de exclusão de culpabilidade (exculpante), por inexigibilidade de conduta diversa, cuja causa é atribuída pelo estado de ânimo alterado do agente, que não lograria agir de outro modo.

Cícero Coimbra¹⁶ traz o seguinte exemplo:

Imaginemos também um Policial Militar que, em estrito cumprimento do dever legal, reage a tiros de uma pessoa que, por ter roubado um banco, resiste à prisão, desta vez acertando a pessoa correta, porém excedendo no número de tiros necessários para cessar a agressão contra si. Há claramente um excesso, porém a situação de excitação por que passa o agente torna inexigível conduta diversa, elemento que também no CPM afasta a culpabilidade do agente.

Por sua vez, no excesso doloso, não há exculpação, ainda que escusável, mas atenuação da pena, nas margens, entre um quinto e um terço, nos termos do art. 73 do Código Penal Militar, se constatado os mesmos estados anímicos “surpresa ou perturbação de ânimo”, se outro não for exigível em seu comportamento.

O art. 46 do Código Penal Militar não traz expressamente o requisito da “surpresa ou perturbação de ânimo” para o reconhecimento do excesso doloso. Contudo, outro não pode ser a conclusão de alinhamento com a mesma exigência contida para o excesso culposo, pois, caso contrário, não haveria razão subjetiva a justificar uma atenuante de abrandamento da pena, já que a simples razão de atuar em excesso doloso não deve corresponder obrigatoriamente ao reconhecimento de uma atribuição de culpa diminuída. É o estado psicicamente alterado do agente que justifica, um comportamento, embora ilícito, merecedor de uma sanção atenuada.

Portanto, deve-se enfatizar que o Código Penal Militar:

- a) adota o excesso intensivo, para excluir causa de exclusão de ilicitude, pela ausência de requisito constitutivo de seu conceito legal;
- b) no excesso extensivo, o agente, em qualquer das hipóteses de justificação, responderá pelo excesso doloso ou culposo;
- c) há incidência de causa exculpante no excesso culposo, por inexigibilidade de conduta diversa, decorrente da escusável perturbação de ânimo e surpresa;

¹⁶ NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 490.

d) há incidência de atenuante genérica no excesso doloso, e embora a lei não diga, decorrente da escusável perturbação de ânimo e surpresa.

5 COMENTÁRIOS SOBRE O PROJETO DE LEI ANTICRIME

No dia 19 de fevereiro de 2019, foi apresentado na Câmara dos Deputados pelo Presidente da República, referendado pelo Ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, o Projeto de Lei nº 882/2019 (Lei Anticrime), que tem por meta¹⁷ estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado, e os crimes praticados com grave violência à pessoa.

Propondo alterar o art. 23 do Código Penal, que trata da exclusão de ilicitude, incluiu-se novo texto ao parágrafo 2º, nos seguintes termos: “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”.

A proposta vem ao encontro do mesmo fundamento encontrado no Código Penal Militar ou mesmo no Projeto de Código Penal de 1969, que não entrou em vigor. Inclui uma causa legal de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa e uma causa de diminuição de pena, quando comprovado que o agente atuou no excesso, por medo, surpresa ou violenta emoção.

Comparativamente, há distinções contidas no Projeto que podem ser pontuadas, com relação ao Código Penal Militar, tais como:

- a) o Projeto inclui o elemento anímico “medo”, não adotado pelo Código Penal Militar, por opção dada diante da incompatibilidade com a missão própria do militar;
- b) a exculpante e a minorante previstas no Projeto são aplicáveis tanto no excesso culposo, quanto no excesso doloso, ao passo que a exculpante prevista na legislação militar só é aplicável ao excesso culposo e a atenuante ao excesso doloso;
- c) o projeto traz uma causa geral de diminuição de pena e não uma atenuante genérica como faz o Código Penal Militar.

¹⁷ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em: 21 mar. 2019.

O projeto de lei acaba por acolher o que a jurisprudência e a doutrina já vêm adotando, enquanto causas supralegais de exclusão da culpabilidade, no âmbito da inexigibilidade da conduta diversa, bem como, a solução legal prevista no Código Penal Militar, a indicar que não trará maiores dificuldades aos operadores jurídicos, senão o reforço da segurança jurídica de sua aplicação, outrora inexistente.

Noutro norte, não se desconhece das críticas¹⁸ ao presente projeto, no sentido de acolher a impunidade da violência policial e banalização das reações desproporcionais às agressões. Contudo, ao direito penal contemporâneo corresponde uma preocupação com o princípio da culpabilidade, de modo a evitar sanções de natureza objetiva desconexas com a realidade dos fatos, bem como a necessária individualização da pena, que somente se torna possível, quando levados em conta os dados da realidade, no que inclui o estado de ânimo do agente a influenciar seu comportamento.

Por fim, a proposta encontra ressonância no entendimento majoritário da doutrina e da dogmática tanto neoclássica, quanto finalista, de que a exigibilidade de conduta diversa é um verdadeiro princípio geral da culpabilidade. Só é culpável o agente que se comporta ilicitamente, podendo orientar-se de modo diverso, a exigir uma certa normalidade de circunstâncias, pois se as circunstâncias se apresentem significativamente anormais, deve-se suspeitar da voluntariedade da ação livre, conferindo exculpação ou minoração ao resultado ilícito obtido.

6 CONCLUSÃO

A antijuridicidade, também denominada por ilicitude, é a relação de contrariedade entre o fato humano e as exigências do ordenamento jurídico em sentido amplo, representando uma lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos protegidos.

¹⁸ LACERDA, Fernando Hideo I. *Comentários sobre o 'projeto de lei anticrime'*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fernando-hideo-lacerda-comentarios.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019.

As causas justificantes são o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular do direito e, na legislação militar, incluída a ação do comandante do navio, aeronave ou praça de guerra. Há uma confusão conceitual no que a legislação brasileira considera por excesso nas causas de justificação. Tem-se distinguido entre o excesso extensivo e o excesso intensivo, sendo o primeiro aquele que, na sua conduta, o sujeito continua a atuar mesmo quando cessada a situação de justificação; e, no segundo, como aquele em que o sujeito realiza uma ação que não completa os requisitos correspondentes da eximente.

A legislação penal brasileira admite válido, no contorno técnico-jurídico, unicamente o excesso extensivo consistente na conduta em que se consideram dois momentos distintos: a primeira respaldada por causa justificante; e a segunda conduta sucessiva, que não encontra justificação, sendo tratada de forma autônoma, como dolosa ou culposa.

O Código Penal comum e o militar preveem que o excesso pode se dar de forma dolosa, culposa, ou acidental e deve recair sobre o segundo comportamento, quando então sucessivamente já cessou os requisitos que justificam a conduta.

A legislação penal comum não tratou expressamente de qualquer causa legal de exclusão de culpabilidade (exculpante), atenuante genérica ou causa de diminuição de pena (minorante), incidente sobre o reconhecimento do excesso, nas condições de perturbação de ânimo. Pelo contrário, há uma vedação expressa prevista no art. 28 do Código Penal.

Diante deste cenário, a doutrina passou a admitir causa supralegal, na conduta em excesso da causa de justificação, inserida na inexigibilidade de conduta diversa, decorrente da escusável perturbação de ânimo, medo e emoção violenta.

Por outro lado, enquanto causa legal, o Código Penal Militar tratou dos efeitos penais da “surpresa ou perturbação de ânimo”, para aferição da responsabilidade penal, quando a conduta se encontrar no excesso doloso ou culposos das causas justificantes, se escusáveis.

Nessa legislação, em se tratando do excesso culposos, não será punível a conduta quando resultar de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação. Cuida-se de hipótese de exclusão de culpabilidade (exculpante),

por inexigibilidade de conduta diversa, cuja causa é atribuída pelo estado de ânimo alterado do agente, que não lograria agir de outro modo. Por sua vez, o excesso doloso, não se verifica a exculpação, ainda que escusável, mas tão somente atenuação da pena.

No ano de 2019, foi apresentado, na Câmara dos Deputados, pelo Presidente da República o projeto de Lei nº 882/2019 (Lei Anticrime), propondo alterar o art. 23 do Código Penal, que trata da exclusão de ilicitude, incluindo o novo parágrafo 2º, nos seguintes termos: “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”.

O projeto de lei acaba por acolher o que a jurisprudência e a doutrina já adotam, enquanto causas supralegais de exclusão da culpabilidade no âmbito da inexigibilidade da conduta diversa, e a solução legal prevista no Código Penal Militar, a indicar que não trará maiores dificuldades aos operadores jurídicos, senão o reforço da segurança jurídica de sua aplicação.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Marcelo André de. *Direito Penal: parte geral*. Salvador: Juspo-dium, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Vol.1, parte geral (arts. 1º a 120), 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v.1, tomo II: arts. 11 ao 27. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 1. vol. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

LACERDA, Fernando Hideo I. *Comentários sobre o 'projeto de lei anticrime'*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fernando-hideo-lacerda-comentarios.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral, arts. 1º a 120. vol.1. 9. ver. atual. ampl.* São Paulo: Editora Método, 2015.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral, arts. 1º a 120. vol.1. 9. ver. atual. ampl.* São Paulo: Editora Método, 2015.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito penal militar. 2. ed.* São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e especial. 4. ed. rev. atual. e ampl.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar: parte geral.* São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral. 4. ed. rev. e atual.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SILVA FRANCO, Alberto. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte geral. 8. ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11. ed. rev. e atual.* São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.