



ALUÍZIO AZEREDO DUTRA FILHO

**LEGÍTIMA DEFESA PREORDENADA COMO EXCLUDENTE SUPRALEGAL
DE CULPABILIDADE**

Ji-Paraná,
2019.

ALUÍZIO AZEREDO DUTRA FILHO

**LEGÍTIMA DEFESA PREORDENADA COMO EXCLUDENTE SUPRALEGAL
DE CULPABILIDADE**

Artigo apresentado no Curso de graduação em Direito, ao Ensino Superior do Centro Universitário São Lucas 2019, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Gustavo Wohlfahrt Bohnenberger.

Ji-paraná,
2019.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação Gerada mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a) D978l Dutra Filho, Aluizio Azeredo Legítima defesa preordenada como excludente supralegal de culpabilidade / Aluizio Azeredo Dutra Filho. -- Ji-Paraná, RO, 2019. 12 p. Orientador: Prof. Gustavo Wohlfahrt Bohnenberger Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) Centro Universitário São Lucas 1. Direito Penal Brasileiro. 2. Excludentes de ilicitude. 3. Teoria da tipicidade. I. Bohnenberger, Gustavo Wohlfahrt. II. Título CDU 343.8 Bibliotecário(a) Alex Almeida CRB 11.853

ALUÍZIO AZEREDO DUTRA FILHO

**LEGÍTIMA DEFESA PREORDENADA COMO EXCLUDENTE SUPRALEGAL
DE CULPABILIDADE**

Artigo apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário São Lucas, como requisito de aprovação para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Gustavo Wohlfahrt
Bohnenberger .

Ji-paraná, _____ de _____ de 2019.

Resultado: _____.

Avaliadores

Titulação e Nome

Instituição

Titulação e Nome

Instituição

Titulação e Nome

Instituição

LEGÍTIMA DEFESA PREORDENADA COMO EXCLUDENTE SUPRALEGAL DE CULPABILIDADE¹

Aluizio Azeredo Dutra Filho ²

Gustavo Wohlfahrt Bohnenberger³

RESUMO: O artigo aqui apresentado objetiva-se desenvolver uma análise jurídica acerca da legítima defesa preordenada como excludente supralegal de culpabilidade. Para chegar as conclusões acerca da problemática sobre a possibilidade de invocação da legítima defesa preordenada, em casos excepcionais, como causa de afastabilidade da culpabilidade apresenta-se posicionamentos da doutrina sobre as excludentes de ilicitude no direito penal brasileiro. Em seguida desenvolve-se abordagens sobre o instituto da legítima defesa e suas nuances, como também uma análise do artigo 25 do Código Penal Brasileiro. Finaliza-se a análise com a possibilidade de argumentação de legítima defesa preordenada como excludente supralegal de culpabilidade desde que reconhecido os requisitos e circunstâncias em um caso concreto onde haja a iminência da injusta agressão, e não havendo outra alternativa para proteger a vida da vítima, senão ceifar a do agente agressor. Lembrando que a Legítima Defesa deve ser muito bem utilizada, sob pretexto de banalização.

Palavras-chave: Legítima Defesa. Excludente. Culpabilidade.

LEGITIMATE DEFENSE ADVOCED AS EXCLUDING SUPRALEGAL OF GUILTY

ABSTRACT: The article presented here aims to develop a legal analysis of the legitimate defense preordained as excluding supralegal guilt. In order to arrive at the conclusions about the possibility of invoking preordained self-defense, in exceptional cases, as a cause of distaste for guilt, there are doctrinal positions on those that exclude illicit acts in Brazilian criminal law. Then approaches are developed on the instituting of self-defense and its nuances, as well as an analysis of article 25 of the Brazilian Penal Code. The analysis is finished with the possibility of preordained legitimate defense arguments as supra-legal exclusion of guilt, since it recognizes the requirements and circumstances in a concrete case where there is imminent unjust aggression and there is no other alternative to protect the life of the victim, but to mow that of the aggressor. Remembering that the Legitimate Defense must be very well used, under the pretext of trivialization.

Keywords: Legitimate Defense. Excluder. Guilty.

1 INTRODUÇÃO

¹ Artigo apresentado ao Curso de Direito do Ensino Superior do Centro Universitário São Lucas como Pré-requisito para conclusão do curso, e obtenção do Título de Bacharel em Direito sob orientação do professor Gustavo Wohlfahrt Bohnenberger..

² Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas, 2019. Email: aluizioadfilho@hotmail.com

³ Professor orientador do artigo. Colocar titulação do Gustavo Wohlfahrt Bohnenberger.

O artigo aqui apresentado objetiva-se desenvolver uma análise sobre a possibilidade de alegação de legítima defesa preordenada como excludente supralegal de culpabilidade.

Trata-se de um estudo tipo referencial bibliográfico com base em materiais encontrados em Livros, Artigos, Leis Específicas, Códigos que abordem a possibilidade de alegação de Legítima Defesa Preordenada na iminência da injusta agressão, e não havendo outra alternativa para proteger a vida da vítima, senão ceifar a do agente agressor.

A vida é o maior tesouro do ser humano. Ela supera todos os outros bens jurídicos que possam ser protegidos. O indivíduo não pode nada se não tiver vida. E, por vezes verifica-se nos meios de comunicação divulgações de homicídios por motivos banais, latrocínios, e outras modalidades criminosas que afetam a vida.

Isto porque atualmente o Estado não consegue cumprir seu papel de mantenedor da paz, e protetor dos bens jurídicos de seus tutelados. A criminalidade é evidente. O Brasil é um dos países mais violentos do Mundo, e este artigo apresenta uma possibilidade existente em um caso concreto.

A exclusão de culpabilidade com base na alegação de legítima defesa preordenada quando haja injusta agressão, e não haja outra forma de preservar a vida do indivíduo senão ceifando a do agressor.

Os argumentos da legítima defesa estão baseado nisto, em uma ameaça de um indivíduo de extrema periculosidade, sendo certo de que o mesmo ceifará a vida da vítima. A vítima portanto toma a iniciativa de proceder com a morte do agressor como a única condição de permanecer viva.

É com base nisso que a pesquisa desenvolve-se abordando os casos abordados pela doutrina como excludentes de ilicitude, a legítima defesa num aspecto geral, abordada pelo Código Penal e por fim possibilidade de argumentação de legítima defesa preordenada como excludente supralegal de culpabilidade desde que reconhecido os requisitos e circunstancias em um caso concreto.

1.1 As excludentes de ilicitude no Direito Penal Brasileiro

O Direito Penal Brasileiro, enquanto ciência moderna, entende que existem algumas ocasiões, algumas circunstancias onde se exclui a culpa do agente. Estas

situações são entendidas como excludentes de ilicitude, excludentes de culpabilidade, excludentes de antijuridicidade.

Segundo Cleber Masson,

Em face do acolhimento da teoria da tipicidade como indício da ilicitude, uma vez praticado o fato típico, presume-se o seu caráter ilícito. A tipicidade não constitui a ilicitude, apenas a revela indiciariamente. Essa presunção é relativa, *iuris tantum*, pois um fato típico pode ser lícito, desde que o seu autor demonstre ter agido acobertado por uma causa de exclusão da ilicitude. Presente uma excludente da ilicitude, estará excluída a infração penal. Crime e contravenção penal deixam de existir, pois o fato típico não é contrário ao Direito. Várias são as denominações empregadas pela doutrina para se referir às causas de exclusão da ilicitude, destacando-se: causas de justificação, justificativas, descriminantes, tipos penais permissivos e eximentes. (2015, p. 195)

O autor tenta demonstrar que quando adotamos a teoria da tipicidade como o indício da ilicitude, após o fato típico ter sido praticado, imagina-se que este fato típico configure um ilícito, contudo a tipicidade em si não constitui a ilicitude, apenas mostra seu caráter indicial. Tal presunção é considerada pela doutrina como relativa, sob o termo *iuris tantum* visto que o fato típico pode ser ilícito, contudo pode não sofrer as punições da norma em virtude de circunstâncias que justificavam o fato, denominadas como excludentes de ilicitude, estaria portanto excluídas da infração penal. Tanto o crime quanto a contravenção nestas circunstâncias deixam de existir, visto que o fato típico não choca com o Direito.

E para falarmos sobre o que é excludente de ilicitude, temos de conceituar primeiramente a ilicitude.

Segundo Rogério Sanches ensina que a ilicitude,

A ilicitude, também denominada de antijuridicidade, é o segundo substrato do conceito analítico de crime. Deve ser entendida como conduta típica não justificada, espelhando a relação de contrariedade entre o fato típico com o ordenamento jurídico como um todo. Como vimos, para existir o crime, deve ser demonstrado que uma conduta gerou um resultado com ajuste (formal e material) a um tipo penal (fato típico). Em seguida, é imprescindível verificar se essa violação típica não é permitida pelo nosso ordenamento jurídico: se permitida, não há ilicitude (desaparecendo o próprio crime) ; se não permitida, há ilicitude. (2015, p. 247)

Para falar sobre a ilicitude é importante abordar anteriormente o que seja o crime. A melhor definição e mais sintética para entendimento é de trata-se de um fato típico e ilícito, visto que para haja existência da infração penal não basta que a

conduta seja típica, mas que seja também ilícita. Cleber Masson entende que a ilicitude é,

Conceito de ilicitude: Ilcitude é a contrariedade entre o fato típico praticado por alguém e o ordenamento jurídico, capaz de lesionar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados. O juízo de ilicitude é posterior e dependente do juízo de tipicidade, de forma que todo fato penalmente ilícito também é, necessariamente, típico. (2014, p. 192)

O ordenamento jurídico brasileiro trata em seus inúmeros livros os termos antijuridicidade e ilicitude como semelhantes, sinônimas, de igual significado. Segundo Sanches a antijuridicidade,

A antijuridicidade é, pois, o choque da conduta com a ordem jurídica, entendida não só como uma ordem normativa (antinormatividade) , mas como uma ordem normativa de preceitos permissivos. O método, segundo o qual se comprova a presença da antijuridicidade, consiste na constatação de que a conduta típica (antinormativa) não está permitida por qualquer causa de justificação (preceito permissivo), em parte alguma da ordem jurídica (não somente no direito penal, mas tampouco no direito civil, comercial, administrativo, trabalhista etc.). (2015, p. 248)

Entende-se que uma ação é considerada antijurídica ou ilícita quando atenta contra a norma do direito.

Utilizamos as palavras do mestre Noronha que afirma que a “antijuridicidade exprime a relação de oposição entre o fato e o direito”. (1999, p. 100)

O Professor Bitencourt (2009), explica que a teoria da antijuridicidade é limitada a caracterização negativa do fato, ou seja, trata-se de um juízo sobre o acontecido e não sobre a personalidade.

Um terceiro entendimento a respeito da antijuridicidade é dado pelo professor Damásio de Jesus (2005) que afirma que trata-se da “contradição do fato, eventualmente adequado ao modelo legal, com a ordem jurídica, constituindo a lesão de um interesse protegido”.

O jurista Fernando Capez (2009) vai um pouquinho mais além conceituou a antijuridicidade como a “contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico pela qual a ação ou omissão típicas tornam-se ilícitas”.

Todos estes conceitos encaminham-se para a direção de que há um choque entre a conduta do indivíduo e o que a lei preconiza.

Este estudo portanto entende que a ilicitude é um fato penalmente ilícito, e antes de mais nada um fato típico.

A ilicitude, ou antijuridicidade segundo Cunha,

Por ilicitude (ou antijuridicidade) entende-se a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico como um todo, inexistindo qualquer norma permitindo, fomentando ou determinando a conduta típica. Presume-se que toda conduta típica seja antijurídica, até prova em contrário. (2015, p. 112)

Já para Andreucci,

A antijuridicidade é a relação de contrariedade entre o fato e o ordenamento jurídico. Não basta, para a ocorrência de um crime, que o fato seja típico (previsto em lei). É necessário também que seja antijurídico, ou seja, contrário à lei penal, que viole bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico. Há quem distinga antijuridicidade de ilicitude. Sustenta-se que o termo antijuridicidade não poderia ser aplicado ao delito que, como criação do Direito, é essencialmente jurídico. Desse modo, quem pratica o delito não contrariaria a lei (que estabelece tipo proibitivo), mas, antes, a ela se amoldaria, ao realizar exatamente a forma de conduta por ela estabelecida. Não obstante, adotamos o termo antijuridicidade como sinônimo de ilicitude. Pode-se distinguir, outrossim, antijuridicidade formal de antijuridicidade material. Antijuridicidade formal é a relação de contrariedade entre o fato e a norma. Antijuridicidade material é a danosidade social, representada pela lesão ou perigo de lesão a que é exposto o bem jurídico. (2014, p. 94-95)

Portanto o julgador o aplicador da lei, ao se deparar com um fato primeiramente deve verificar se ele é típico ou não. No caso de não ser típica cai por terra qualquer tipo de imputação, ou configuração de ilicitude.

Fundamentado no Princípio da Reserva Legal entendemos que se um fato sequer chega a ser típico, não importa ao aplicador da Lei se o mesmo é ou não ilícito, pois conforme apontado no início (princípio da reserva legal) se não há previsão legal não há qualquer relevância ao Direito.

Nesta mesma esteira, caso o fato se encontra enquadrado como típico, iniciase a apreciação da ilicitude. Caso seja típico e ilícito, existe crime.

Assim sendo podemos entender que o fato típico tem um caráter, uma função, é indiciário, pois possui um indício da antijuridicidade do fato, de modo que foi praticado um fato, sendo este típico (de adequação típica), presumindo-se que o fato seja antijurídico ou ilícito, cessando, tal presunção, através da ocorrência de uma das excludentes da ilicitude.

Uma outra característica da ilicitude é a diferenciação entre ilicitude material e ilicitude formal, objetiva e subjetiva, genérica e específica. Todavia não é interesse desse estudo em aprofundar estas divisões.

De acordo com o artigo 23 do Código Penal Brasileiro,

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.

Excesso punível

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

O conceito mais importante acerca das exclusões de ilicitude está na idéia de que o fato típico pode ser lícito, desde que o seu autor demonstre ter agido acobertado por uma causa de exclusão da ilicitude, dentre elas as expostas acima.(MASSON, 2014)

Segundo Rogério Sanches,

A conduta humana formal e materialmente típica é somente indício de ilicitude, que pode ser excluída diante da prova (ou fundada dúvida) da presença de alguma causa excludente da antijuridicidade. Essas causas estão previstas, principalmente (e não exclusivamente), na Parte Geral do Código Penal, mais precisamente no seu artigo 23, que anuncia: "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".(2015, p. 250)

Percebe-se portanto que quando o indivíduo pratica o fato típico, mas que existe alguns dos requisitos acima mencionados o mesmo pode ser enquadrado como uma excludente de ilicitude, ou seja, ainda que tenha praticado o ato, o mesmo seja considerado criminoso pelo ordenamento jurídico, não sofrerá as penalidades da lei, em virtude de não haver a ilicitude, em virtude das questões circunstanciais que forçaram o indivíduo a fazê-lo.

Além do Código Penal que apresenta as excludentes de ilicitude o artigo 128 do Código Penal (aborto justificado) também prevê,

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II– se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Existem também segundo o Código Penal demais causas genéricas e específicas de exclusão de ilicitude. Entende-se por causas genéricas, ou até mesmo gerais, aquelas previstas na Parte Geral do Código Penal. Para estas aplicam-se a qualquer espécie de infração penal, e já foram apresentadas no artigo

23 e incisos: I – sendo o estado de necessidade, o art. 24 II a legítima defesa objeto de estudo de nossa pesquisa e o artigo 25 III que trata sobre o estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.

Os três pontos são importantes, contudo como desejamos tratar especificamente da legítima defesa preordenada como excludente supralegal de culpabilidade iremos dar uma atenção especial a mesma.

Verifica-se que o legislador penal, eximiu de culpa o médico que desenvolve um aborto que seja considerado necessário, principalmente quando a vida da gestante está em risco, e não há outro meio de salvá-la. Como também nos casos onde a mulher foi estuprada, o médico pode proceder com o aborto que não será penalizado por este ato.

Um segundo momento onde existe a chamada apropriação justificada, segundo o artigo 1470 do Código Civil,

Art. 1.470. Os credores, compreendidos no art. 1.467, podem fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária, sempre que haja perigo na demora, dando aos devedores comprovante dos bens de que se apossarem.

Podemos portanto entender que as causas de justificação são oriundas dos distintos ramos do direito, ainda que os princípios, as regras básicas sejam encontradas na própria Lei Penal Código Penal. Isto não implica dizer que estas estejam plenamente formuladas no texto da lei penal, mas que o Código, através de determinadas causas de justificação, citando como exemplo o estrito cumprimento de um dever legal ou até mesmo o exercício regular de um direito conforme preceitua o artigo 23, III do Código Penal permitem corrigir as chamadas discordâncias normativas.

É fato que as leis não são perfeitas e, apresentam contradições, ou seja, o que é proibido como caráter geral pode não ser em determinadas circunstâncias específicas.

Fazendo uma análise específica do artigo 23 a primeira circunstância é o estado de necessidade. Segundo o próprio artigo 24 do Código Penal entende-se por estado de necessidade aquele que pratica o fato para salvar de perigo atual, não provocado por sua vontade, e que não podia ser evitado de outra forma, o direito próprio ou o direito alheio, de cujo sacrifício, nas circunstâncias, não eram razoável de se exigir.

O conceito do estado de necessidade está ligado a ideia de substituição de um bem sobre o outro, ou seja, poderá se sacrificar um bem em detrimento do outro, visto que a tutela penal, em virtude das circunstâncias do caso concreto, não consegue proteger os dois bens. Segundo Pedroso,

O fundamento jurídico do estado de necessidade reside, portanto, no conflito de interesses que tal adversidade faz nascer, compelindo o sujeito ativo, em vista da situação de perigo que se descortina, a atuar, movido pelo instinto de conservação, para preservar e proteger seu próprio bem jurídico, ainda que à custa da violação de direito de outrem. (2009, p. 391)

Primeiramente, aborda-se o estado de necessidade. Mas o que seria tal estado. De acordo com o Código Penal no Artigo 24,

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. (BRASIL, 1940)

Ao fazer uma breve análise percebemos que o estado de necessidade é considerado como uma excludente de ilicitude que depende de uma situação específica, que apresente perigo, também caracterizada pelo conflito de interesses lícitos, ou seja, há naquela circunstancia um choque de interesses entre bens jurídicos pertencentes a pessoas distintas, onde se acha solução na autorização conferida pelo ordenamento jurídico, sacrificando um dos mesmos no intuito de preservar outro (MASSON, 2014).

Nos arremetemos ao artigo 23, I, do Código Penal para deixar bastante claro que se trata de uma causa de exclusão da ilicitude. De modo que não há crime quando o indivíduo pratica o fato (típico) em estado de necessidade. Contudo esse entendimento não é unânime, acerca do estado de necessidade, principalmente em sua essência, fazendo correlação entre: direito ou faculdade.

Dentre os que defendem como faculdade cite-se o professor Nélson Hungria, por outro lado o professor Aníbal Bruno acredita ser um direito, a ser exercido não contra aquele que suporta o fato necessitado, mas frente ao Estado, que tem obrigação em reconhecer a exclusão da ilicitude, e, por corolário, o afastamento da imputação do ilícito.

No entendimento de Cleber Masson (2014, p. 205),

Com o devido respeito, a questão deve ser encarada sob outro enfoque, frente ao qual a doutrina é pacífica. O estado de necessidade constitui-se em faculdade entre os titulares dos bens jurídicos em colisão, uma vez que um deles não está obrigado a suportar a ação alheia, e, simultaneamente, em direito diante do Estado, que deve reconhecer os efeitos descritos em lei. Mais do que um mero direito, portanto, consiste em direito subjetivo do réu, pois o juiz não tem discricionariedade para concedê-lo. Presentes os requisitos legais, tem o magistrado a obrigação de decretar a exclusão da ilicitude.

Para que se configure o estado de necessidade alguns requisitos são exigidos, sendo dois a situação de necessidade e o fato necessitado.

Com relação a situação de necessidade Cleber Masson (2014, p. 206) explana que, “Situação de necessidade: Existência de a) perigo atual; b) perigo não provocado voluntariamente pelo agente; c) ameaça a direito próprio ou alheio; e d) ausência do dever legal de enfrentar o perigo.”

Ou seja, é necessário que haja o perigo atual, que o perigo não seja provocado voluntariamente pelo agente, que haja uma ameaça de Direito próprio ou alheio e ausência de dever legal em enfrentar o perigo.

A segunda situação necessária para que seja cumprido os requisitos do estado de necessidade é o fato necessitado.

Segundo Cleber Masson (2014, p. 208):

É o fato típico praticado pelo agente em face do perigo ao bem jurídico, que tem como requisitos: (a) inevitabilidade do perigo por outro modo; e (b) proporcionalidade. Preenchidos os requisitos anteriormente indicados, restando configurada a situação de necessidade, o agente pode praticar o fato necessitado, isto é, a conduta lesiva a outro bem jurídico. Esse fato, contudo, deve obedecer a dois outros requisitos: inevitabilidade do perigo por outro modo e proporcionalidade.

Percebe-se portanto que sobre o fato necessitado é invitável que o perigo exista, que não haja outro modo, como também que haja proporcionalidade.

Segundo o que dispõe o artigo 24 § 2º são causas de diminuição da pena no caso do agente com objetivo em proteger bem jurídico próprio ou de terceiro, sacrifica outro bem jurídico de maior valor. Ainda que não haja a total exclusão do crime, e sendo mantida a tipicidade, é possível desenvolver a diminuição da pena, dependendo é claro das condições concretas em que o fato foi praticado. Lembrando que esta norma aplica-se somente a casos de estado de necessidade exculpante,

desde que não tenha restado configurada uma situação de inexigibilidade de conduta diversa (excludente da culpabilidade) (MASSON, 2014).

As espécies de estado de necessidade segundo Masson:

Quanto ao bem sacrificado: Justificante e exculpante. Para as justificantes o bem sacrificado é de valor igual ou inferior ao bem que foi preservado. Nestes casos se exclui a ilicitude. No casos das exculpantes, o bem sacrificado é de valor superior ao preservado. Mantêm-se a ilicitude, e em alguns casos afasta-se a culpabilidade, em face da inexigibilidade de conduta diversa. (2014, p. 481)

No que diz respeito a titularidade do bem jurídico preservado, divide-se em próprio, quando se protege o bem jurídico pertencente ao autor do fato necessitado, ou de terceiro quando o autor do fato necessitado tutela bem jurídico alheio.

Sobre a situação de perigo, pode ser agressivo onde o agente para preservar bem jurídico próprio ou de terceira pessoa, pratica o fato necessitado contra bem jurídico pertencente a terceiro inocente, ou seja, um indivíduo que não provocou a situação de perigo. Nestes casos o autor do fato necessitado, ainda que não seja responsável pelo perigo, tem obrigação de indenizar o dano suportado pelo terceiro conforme preconiza o artigo 929 do Código Civil, reservando-lhe, porém, ação regressiva contra o causador do perigo segundo ensina o próprio artigo 930, caput, do Código Civil e defensivo onde o agente no objetivo de proteger um bem jurídico próprio ou de terceiro, pratica o fato necessitado contra bem jurídico pertencente àquele que provocou o perigo. Nestes casos não existe obrigação em ressarcir os danos causados, como se extrai da análise a contrario sensu do art. 929 do Código Civil (MASSON, 2014).

E quanto ao aspecto subjetivo do agente, divide-se em real onde a situação de perigo efetivamente existe, e dela o agente tem conhecimento, havendo aqui a exclusão da ilicitude, e putativo quando não existe a situação de necessidade, mas o autor do fato típico a considera presente. O agente, por erro, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria sua ação legítima segundo o artigo 20, § 1º, do Código Penal (MASSON, 2014).

Existe também o chamado Estado de necessidade recíproco. Se dá quando duas ou mais pessoas estejam, simultaneamente, em estado de necessidade, umas contra as outras (MASSON, 2014).

1.2 A legítima defesa

Está inserida no Código Penal Brasileiro a Legítima Defesa. Nos artigos 23 parágrafo II e Artigo 25.

O instituto da legítima defesa está previsto no Artigo 25 do Código Penal. O fundamento da legítima defesa paira na idéia que o Estado quando chama pra si a responsabilidade de distribuir justiça (Tutela Jurisdicional), aplicando a legislação vigente ao caso concreto, o mesmo busca acabar com a vingança privada, geradora de excessos e incidentes incontrolláveis. Contudo aqui há de haver um importante adendo, visto que não pode cobrir todos os lugares ao mesmo tempo, facultando à pessoa agredida a possibilidade de legítima defesa de seus direitos, visto que se assim não o fosse o direito haveria de ceder ao injusto, o que não é inadmissível nem tampouco razoável.

A definição atual do instituto da legítima defesa paira na idéia que trata-se de uma reação à injusta agressão, que seja atual ou iminente, a direito seu ou de terceiro, através de meios necessários e moderados.

Nota-se portanto que para que seja configurado a legítima defesa há de haver a observância desses critérios legais limitadores (injusta agressão, atual ou iminente.

Segundo Guilherme de Souza Nucci,

(...) a legítima defesa tem dois ângulos distintos, mas que trabalham conjuntamente: a) no prisma jurídico-individual, é o direito que todo homem possui de defender seus bens juridicamente tutelados. Deve ser exercida no contexto individual, não sendo cabível invocá-la para a defesa de interesses coletivos, como a ordem pública ou o ordenamento jurídico; b) no prisma jurídico-social, é justamente o preceito de que o ordenamento jurídico não deve ceder ao injusto, daí por que a legítima defesa manifesta-se somente quando for essencialmente necessária, devendo cessar no momento em que desaparecer o interesse de afirmação do direito ou, ainda, em caso de manifesta desproporção entre os bens em conflito. É desse contexto que se extrai o princípio de que a legítima defesa merece ser exercida da forma menos lesiva possível. (2014, p. 244)

Sob o panorama jurídico individual, é o direito que os tutelados de exercer sua defesa. Não se pode invocar a legítima defesa para proteção de direitos coletivos, além disso apresenta uma visão jurídico social, ou seja na idéia que o ordenamento jurídico não deve ceder ao injusto. Também é importante mencionar nas lições de Nucci que a legítima defesa deve ser usada quando for extremamente necessária,

cessando em seguida ao desaparecimento da ofensa, não podendo ser desproporcional.

É sem dúvidas um o instinto de preservação inerente a todos os seres humanos, e aflora principalmente em momentos onde existem agressões à sua integridade física, falando mais alto, e muitas vezes sendo até mesmo entendido como desproporcional, todavia no caso concreto deve-se analisar as emoções envolvidas, pois cada circunstancia, situação é única, havendo sim uma exigência do julgador quando mediante o caso concreto ter ciência de todos os fatores, para assim atribuir o fato como legítima defesa ou não. é indeclinável e fala mais alto.

Para que seja considerado a Legítima Defesa alguns elementos/requisitos são fundamentais. Primeiro que haja agressão a um bem jurídico, injustiça, atualidade ou iminência, que seja realizado contra direito próprio ou de terceiro, que seja relativos à repulsa, e que para repulsa sejam utilizados os meios necessários moderados relativo ao ânimo do agente (vontade de se defender).

É sempre importante bastante cautela na verificação da Legítma Defesa. Nestes termos Nucci leciona que,

A cautela na verificação das posições de agressor e vítima: há, sem dúvida, uma tendência por parte de alguns operadores do direito, particularmente quanto a juízes e membros do Ministério Público, em visualizar a vítima de uma agressão como inocente, enquanto aquele que agride é considerado culpado. Em outras palavras, utilizando um exemplo, se A mata B, como regra, a vítima fatal seria a parte perdedora, “presumindo-se” a sua inculpabilidade, enquanto o sobrevivente passaria a ter o ônus de demonstrar o contrário. Muito embora se deva ter cuidado em aceitar a legítima defesa como justificativa para a “resolução pessoal de conflitos”, pois seria possível incentivar a vingança privada, não é menos correto lembrar que há um nítido cenário de necessidade quando alguém, agredido, vê-se desprovido do amparo estatal. Cremos que não deve existir qualquer tipo de presunção para a análise equilibrada e justa de uma situação de conflito entre pessoas, com resultado danoso para um ou mais dos envolvidos. Não é o sobrevivente (ou o menos lesado) aquele que detém o ônus da prova. Desde a investigação policial, urge buscar elementos para verificar, minuciosamente, quem deu início ao embate, em que termos e quais seriam as opções para os envolvidos. Portanto, não é suficiente considerar que, na ilustração supra, se A matou B, cabe-lhe demonstrar tê-lo feito em legítima defesa. (2014, p. 245)

Acredita-se que esta tendência se dá pela práxis em normalmente onde converte-se exclusivamente como vítima aquele que sofre a agressão, o que não ocorre nos casos comuns de legítima defesa onde na grande maioria das vezes é o indivíduo que veio ofender a um bem jurídico, e por força da reação da vítima sofreu os danos.

Além disso a legítima defesa exige que haja moderação na ação. De acordo com Nucci,

Moderação: é a razoável proporção entre a defesa empreendida e o ataque sofrido, que merece ser apreciada no caso concreto, de modo relativo, consistindo na “medida dos meios necessários”. Se o meio fundamentar-se, por exemplo, no emprego de arma de fogo, a moderação basear-se-á no número de tiros necessários para deter a agressão. Não se trata de conceito rígido, admitindo-se ampla possibilidade de aceitação, uma vez que a reação de uma pessoa normal não se mede por critérios matemáticos ou científicos. Como ponderar o número de golpes de faca que serão suficientes para deter um atacante encorpado e violento? Daí por que a liberdade de apreciação é grande, restando ao magistrado valer-se de todo o bom senso peculiar à espécie a fim de não cometer injustiça. (2014, p. 245)

Este conceito não uno na doutrina, isso porque geralmente casos de legítima defesa são permeados de emoções, de reações momentâneas e circunstanciais, além disso, nem todos os seres humanos possuem um conhecimento/entendimento de limite de quando um agressor está imobilizado, e não pode mais causar danos, essa linha é muito tênue, e causa muitos maus entendimentos acerca do que seja de fato uma legítima defesa ou não. O fato é que a doutrina e a jurisprudência quando afirmam que a moderação esteja no meio utilizado para imobilizar o agressor, na quantidade de medidas tomadas, um exemplo a ser dado é a “própria quantidade de tiros”, num caso de imobilização por arma de fogo.

Este entendimento configura-se no entendimento do julgado do TJSP,

Eventual excesso veio corretamente afastado pela r. decisão recorrida sob a assertiva de que o „caso presente retrata uma briga dentro de uma prisão, onde as coisas naturalmente são violentas e rudes“, sendo „difícil argumentar que o réu, ameaçado pelo ofendido, um perigoso marginal e homicida, quando em luta corporal com ele, tivesse noção do número de golpes que estava dando na vítima“. Flagrante, então, a legítima defesa na ação do réu, e, tal como reconhecido pela r. decisão recorrida, a absolvição sumária era a solução que se impunha” (RSE 185.848-3/1, São Paulo, 5.^a C., rel. Christiano Kuntz, 18.07.1995, v. u.).

Com entendimento contrário existe um julgado do TJRS,

Inocorrente a legítima defesa. Inexistiu a moderação dos meios necessários, elemento integrante da excludente de criminalidade. Acerca desse elemento discorre Guilherme de Souza Nucci: Moderação: é razoável proporção entre a defesa empreendida e o ataque sofrido, que merece ser apreciada no caso concreto, de modo relativo, consistindo na medida dos meios necessários. Ora, ainda que a vítima tenha desferido uma paulada no réu, não há como admitir que fosse necessário desferir-lhe uma facada, como efetivamente o fez, para repelir dita agressão, que, aliás, de acordo com a versão da vítima, só ocorreu porque antes o acusado já havia lhe agredido.

Assim, como se denota da prova, a autoria e materialidade delitivas restaram comprovadas, inexistindo excludentes de criminalidade ou de antijuridicidade. Apelo improvido (Ap. 70029987195-RS, 1.^a C.C., rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, 05.08.2009).

Portanto em um caso concreto deve-se avaliar a circunstancia, as emoções envolvidas, o ambiente, e demais fatores que levaram o indivíduo a exagerar ou não, e em principal o poder lesivo do agressor no momento em que pôs em risco algum bem jurídico.

Aqui entra-se em outro dos requisitos da Legítima Defesa, a proporcionalidade. Segundo Nucci,

Proporcionalidade na legítima defesa: a lei não a exige (art. 25, CP), mas a doutrina e a jurisprudência brasileiras posicionam-se no sentido de ser necessária a proporcionalidade (critério adotado no estado de necessidade) também na legítima defesa. Por tal razão, se o agente defender bem de menor valor fazendo perecer bem de valor muito superior, deve responder por excesso. É o caso de se defender a propriedade à custa da vida. Aquele que mata o ladrão que, sem emprego de grave ameaça ou violência, levava seus pertences fatalmente não poderá alegar legítima defesa, pois terá havido excesso, doloso ou culposo, conforme o caso.

É importante ressaltar que o artigo 25 do Código Penal não aborda especificamente, contudo tanto a doutrina como a jurisprudência exigem. Podendo o agente que apresenta como excludente de ilicitude a Legítima Defesa, poderá responder por excesso caso ao defender o bem de menor valor fazendo assim parecer de maior valor, poderá responder.

Além disso existem duas situações apontadas pela doutrina como excludentes de ilicitude. Aponta-se o excesso exculpante, que é fruto da perturbação de ânimo, originário do medo ou da surpresa exagerada no ataque do agressor. A segunda é o chamado excesso accidental, ou seja, resultado do fortuito, ou seja, caso tenha havido excesso, ainda que grande maioria das vezes o magistrado (ou os jurados) não o considerem relevante para configurar o dolo ou a culpa geralmente absolve-se, nesse caso.

Aponte-se o entendimento do STF nesse sentido,

O crime accidental não se contém no gênero homicídio culposo – já que no homicídio culposo o disparo deverá decorrer de imprudência, negligência ou imperícia, e, no disparo accidental, de circunstâncias que não estão incluídas nesses conceitos, mas no caso fortuito ou força maior. Não pode o juiz, por convicção própria, deixar de formular quesito sobre crime accidental, cuja tese tenha sido sustentada pela defesa. A formulação de quesito, relativo à

tese legalmente permitida no sistema legal, é obrigatória (RHC 79.975-SP, 2.^a T., rel. Nelson Jobim, 23.05.2000, v. u., RTJ 176/1271).

O STJ entende na seguinte linha,

Reconhecida uma situação de excesso na legítima defesa, os Srs. Jurados devem ser perquiridos acerca da sua natureza (Precedentes do Pretório Excelso). Negada a forma dolosa e, também, a culposa, o réu está absolvido por força de excesso não punível (excesso por erro de tipo permissivo invencível)” (REsp 126.449-AP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 26.10.1999, v. u., DJ 29.11.1999, p. 182).

A legítima defesa também exige os chamados meios necessários. São de fato as formas “eficazes e suficientes para repelir a agressão” ao direito, de modo que causem o menor dano possível ao atacante, sob pena do indivíduo que afirma legítima defesa, se ultrapassar, poder responder criminalmente (NUCCI, 2014).

Quanto aos meios moderados o TJSP proferiu o seguinte entendimento,

Com efeito, demonstrado restou que a ré agiu em legítima defesa ao atingir a vítima com uma facada na região do peito. Extraem-se dos autos que, após uma discussão, a vítima partiu para cima da ré a fim de agredila com um cano de ferro, momento em que, utilizando-se da faca com a qual preparava a refeição noturna, protegeu-se, acabando por ferir seu agressor. O laudo necroscópico (fls. 25/v.), ao constatar a existência de apenas um ferimento perfuroinciso, permite o reconhecimento de que a ré utilizou-se moderadamente do meio de que dispunha para repelir injusta agressão por parte da vítima, que, segundo a prova oral, chegou a desferir um golpe com o cano de ferro atingindo as costas da ré” (RSE 260.454-3/0, Suzano, 4.^a C., rel. Passos de Freitas, 04.03.1999, v. u., grifos nossos).

Em um segundo caso concreto onde pode-se analisar o requisito dos meios necessários o próprio TJSP entendeu da seguinte forma,

E, ao que tudo indica, o revólver utilizado na reação empreendida pela valente mulher, de 45 anos de idade, contra um forte rapaz, com a metade de sua idade, pertencia ao último, que, no dizer da ré, chegou a acioná-lo duas vezes (o auto de apreensão – fls. 13 – refere a existência de duas cápsulas picotadas, mas não deflagradas). Numa disputa corporal violenta, como a que envolveu as personagens principais do delito, é difícil, senão impossível, reconhecer-se excesso doloso na reação empreendida, no caso, por parte de uma mulher, idosa, em presumível desvantagem física com o experimentado assaltante, que a acometera ou uma de sua clientes (a recorrida era dona de uma barraca de ambulante) (RSE 175.799-3/9-SP, 4.^a C., rel. Augusto Marin, 12.07.1995, v. u.).

A legítima defesa também exige o que a doutrina chama de ofendículo, que em tese seria um obstáculo. Poderia citar como este impedimento ferramentas como cercas elétricas, cachorros, vidros nos muros e outras questões relativas.

Segundo Nucci os ofendículos apresenta duas naturezas jurídicas:

Ofendículo: proveniente o termo da palavra *offendiculum*, que quer dizer obstáculo, impedimento, significa o aparelho, engenho ou animal utilizado para a proteção de bens e interesses. São autênticos obstáculos ou impedimentos posicionados para atuar no momento da agressão alheia. Debate-se, na doutrina, a natureza jurídica do ofendículo, havendo duas posições: a) exercício regular de direito, sob a ótica de que os obstáculos instalados na propriedade constituem o uso legítimo de um direito. Enfocase, com isso, o momento de instalação do ofendículo e não de seu funcionamento, que é sempre futuro. (...)b) legítima defesa preordenada, voltando-se os olhos para o instante de funcionamento do obstáculo, que ocorre quando o infrator busca lesionar algum interesse ou bem jurídico protegido.(2014, p. 248)

Além do ofendículo a Legítima Defesa também exige a injustiça da agressão, podendo ser considerado também como a própria ilicitude, a atualidade e iminência, como o próprio nome o diz, deve se dar no momento do fato. A seguir apresenta-se algumas considerações da legítima defesa prévia.

1.3 A aplicação da legítima defesa preordenada frente a violência imperante e ineficiência da segurança pública Estatal

A legítima defesa preordenada baseia-se no entendimento de que trata-se de defesa necessária contra injusta agressão. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 248),

b) legítima defesa preordenada, voltando-se os olhos para o instante de funcionamento do obstáculo, que ocorre quando o infrator busca lesionar algum interesse ou bem jurídico protegido. Posicionamo-nos nesse sentido, como o fazem HUNGRIA (Comentários ao Código Penal, v. I, t. II, p. 293), NORONHA (Direito penal – Parte geral, p. 197), ASSIS TOLEDO (Princípios básicos de direito penal, p. 206), FREDERICO MARQUES (Tratado de direito penal , v. II, p. 151), FLÁVIO AUGUSTO MONTEIRO DE BARROS (Direito penal – Parte geral, p. 307). O aparelho ou animal é colocado em uma determinada propriedade para funcionar no momento em que esse local é invadido contra a vontade do morador, portanto serve como defesa necessária contra injusta agressão. É certo que o ofendículo, por constituir situação de legítima defesa, precisa respeitar os mesmos requisitos do art. 25. Deve ser necessário e moderado, pois qualquer excesso fará com que o instalador do ofendículo responda pelo resultado típico causado, por dolo ou culpa, conforme o caso concreto.

Segundo Rogério Sanches Cunha (2015) os ofendículos são temas bastante conturbados no Direito Penal Brasileiro. Isto porque existe uma problemática ,muito grande no seu entendimento "ofendículos". O conceito seria de um aparato

preordenado para defesa do patrimônio, com exemplos clássicos de cacos de vidro no muro, ponta de lança na amurada, corrente elétrica entre outros.

Como um exemplo de caso concreto cite-se um assaltante que ao tentar invadir uma propriedade fere-se nos caso de vidro que protegem o imóvel. É óbvio que proprietário do imóvel não responderá por lesão corporal. Contudo a doutrina não é uníssona nesse sentido. Entrando-se no campo de que conhece-se por Legítima Defesa Preordenada.

Isto porque segundo a doutrina majoritária, enquanto o aparelho que promove a proteção não é acionado caracteriza-se como um exercício regular de direito, e ao entrar em ação busca repelir a injusta agressão, configurando assim a excludente de ilicitude da legítima defesa (legítima defesa preordenada).

Cite-se as lições de Fernando de Almeida Pedroso:

Crível é que o aparato preordenado, enquanto não funciona, inscreve-se no exercício regular de um direito. Todavia, se o offindiculum vem a funcionar, sua atuação não implica o exercício regular de direito, mas sim em legítima defesa. (2008, p.)

Entrando mais afundo nesta questão analisa-se por partes pois, em um primeiro momento quando a armadilha está disposta, não existindo a agressão injusta, atual ou iminente, o indivíduo age dentro dos limites de seus direitos, buscando a proteção do seu patrimônio ou da sua vida.

Já quando deflagra-se a armadilha, ou o ofendículo, quando presentes todos os requisitos legais, o ato adquire características de legítima defesa.

Existe em contrapartida na doutrina autores que distinguem o ofendículo da defesa mecânica predisposta. Pois no primeiro a armadilha, o mecanismo está visível, configurando exercício regular do direito, contudo quando acionado.

Quando este aparato está oculto, em hipótese de defesa mecânica predisposta, o caso será de legítima defesa. Esta excludente contudo não pode ser usada a esmo, e sem balizamento, devendo ser utilizada com prudência e consciência, evitando excessos, que podem ser puníveis num caso concreto.

Já no caso da aplicação da legítima defesa preordenada frente a violência imperante e ineficiência da segurança pública Estatal, a argumentativa coloca-se um pouco mais delicada.

É sabido que o bem mais precioso do ser humano é a vida. Como também sabe-se que o Brasil é um dos países mais violentos do Mundo. E, infelizmente o

Estado não tem conseguido manter a integridade física dos cidadãos, e nem proteger seu patrimônio com eficácia.

Em um caso concreto, onde o indivíduo busca garantir sua vida frente a uma ameaça de morte dada como certa, por um criminoso altamente perigoso, surge a possibilidade de aplicação da legítima defesa preordenada, sendo considerada como uma autodefesa quando a tutela estatal se mostrar ineficiente.

No Brasil é perene o sentimento de insegurança na população. Em verdade a anos a segurança pública vem perdendo a guerra contra a criminalidade. Não existe de fato um bom treinamento (que seja capaz de conter a criminalidade), e a população que busca a proteção estatal, sente-se desprotegida e desamparada.

É justamente aqui que consubstancia-se a hipótese de aplicação em casos concretos de legítima defesa preordenada, ou prévia a uma injusta agressão, que certamente seria projetada futuramente, sob a condição de evento futuro e incerto, sabendo a vítima como certa a concretização da ameaça de morte e sua execução.

Neste sentido o agente antecipa-se a situação antes de sofrer um mal maior, cometendo o homicídio de quem o ameaçou, antes que este efetivasse o crime contra sua pessoa. A natureza jurídica para esta tese é de inexigibilidade de conduta diversa, que é analisada na culpabilidade do sistema tripartite de Hans Welzel.

Em verdade os argumentos favoráveis a classificação da legítima defesa preordenada é a proteção da vida. É em verdade uma forma de amparo aos que se encontram em iminente risco de morte (ser assassinado), por um possível algoz altamente perigoso.

A doutrina até o momento não é uníssona neste sentido. Isto porque existe corrente de doutrinadores que entendem tratar-se de vingança privada. Já outros entendem que frente a ineficiência estatal em proteger o jurisdicionado abre espaço a tal conduta, sendo assim um meio idôneo de tutelar o maior bem jurídico: a vida.

Trata-se de uma excludente supralegal de culpabilidade. Como foi abordado no tópico anterior deste artigo a legítima defesa real é causa de excludente de ilicitude, o que para alguns doutrinadores, somente esta (legítima defesa preordenada) seria causa de excluir o crime perpetrado sob o manto da autodefesa, entendendo assim que não haveria legítima defesa prévia na excludente de culpabilidade, pois não encontra esta sigla na última análise do sistema tripartite, ou seja, tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

A segunda corrente a que coaduna esta pesquisa é a de que a legítima defesa preordenada, ou também denominada como prévia, encontra-se arrimada pela inexigibilidade de conduta diversa, sendo esta analisada no campo da culpabilidade, daí porque declaram ser causa de exclusão da culpabilidade.

Dentre os requisitos a serem analisados em caso concreto estão os fatos, as circunstâncias do ocorrido, e somente depois concluir se o crime foi sustentado pela inexigibilidade supralegal de culpabilidade, evitando assim que a pessoa que tenha tutelado o seu maior bem seja levada ao júri.

Apresenta-se neste sentido um caso elucidativo sobre a legítima defesa preordenada ou prévia:

Um determinado preso fora ameaçado de morte pelo “líder” da rebelião que estava acontecendo na penitenciária. Sua morte, contudo, está condicionada ao não atendimento das reivindicações levadas à efeito pelos detentos. Ao perceber que o preso que o havia ameaçado estava dormindo por alguns instantes, apavorado com a possibilidade de morrer, uma vez que três outros detentos já haviam sido mortos, aproveitando-se dessa oportunidade e o enforca, matando-o.

Ao ver deste estudo trata-se de um caso bastante interessante e que configura a legítima defesa preordenada. Isso porque o detento não poderia alegar a legítima defesa real, visto que a agressão anunciada era futura, e não em iminência, conforme exige os requisitos do artigo 25 do Código Penal.

Além disso, frente a excludente legal disposta no artigo 25 do CP o detento possivelmente seria condenado por homicídio. Contudo, no objetivo de tutelar aquele que não era exigível outra conduta, bem sopesado pelo magistrado no caso concreto, é que a doutrina entende como sendo causa supralegal de excludente de culpabilidade, ou seja, não se ampara na tipificação, mas acima dela.

Além disso, é importante mencionar que o ordenamento jurídico brasileiro vigente não apresenta qualquer impedimento para a aplicação da excludente supralegal de culpabilidade.

Sendo possível plenamente a admissão no caso concreto de legítima defesa preordenada. Talvez aqui, esteja o maior problema. A configuração destes fatores, visto que a linha entre uma legítima defesa preordenada, uma vingança, e um homicídio seja bastante tênue.

Pois esta possibilidade se dá em casos excepcionalíssimos, vez que o bem maior tutelado pelo direito não pode perecer ante a falta de norma posta., isto é, é

preciso buscar na causa supralegal o que não foi rotulado pelo legislador, visando unicamente tutelar seu bem maior do indivíduo: a vida. Segundo Albanesi,

Legítima defesa antecipada ou também chamada de preordenada, preventiva ou prévia, ocorre quando não presente o requisito da iminência da injusta agressão, não sendo considerada verdadeira hipótese de legítima defesa, mas sim espécie de inexigibilidade de conduta diversa por parte do agente agressor. (2010, p.1)

Em verdade não existem muitas literaturas que aprofundem na legítima defesa preordenada e também geralmente os tribunais do júri necessitam de muita coragem e discernimento para absolver alguém sob este argumento. Devem estar caracterizados todos os elementos: iminência da injusta agressão, e não havendo outra alternativa para proteger a vida senão ceifar a do agente agressor.

De acordo com Douglas (1995) a certeza da agressão decorre de circunstâncias típicas a cada caso concreto. Estas devem ser analisadas de acordo com a Teoria da Prova, para que se chegue ao termo inicial da ameaça (suficientemente idônea) e ao termo final, qual seja, o início da agressão (quando os meios de defesa do agredido, por sua inferioridade, não poderão alcançar êxito). Ainda assim, deve-se existir um prazo para que a agressão seja iminente (ao menos de forma psicológica) sendo necessário e único meio eficaz, agir antecipadamente em legítima defesa.

É sabido que qualquer pessoa pode suportar certos riscos, desde que, estes não apresentem nenhuma nocividade à sua integridade física. (SANTANA JUNIOR; GADELHA JUNIOR, 2006).

Contudo no caso de situações de legítima defesa preordenada como destaca Douglas (1995, p. 429), “[...] não só se sabe que a agressão vai ocorrer, como também que ela será com forças tão superiores que a possibilidade de sobrevivência é irrisória”.

Resta portanto duas hipóteses para resolução da questão da legítima defesa preordenada, a utilização do critério de razoabilidade para ser arguida a inexigibilidade de conduta diversa, com a finalidade de afastar a infração penal que seria atribuída ao agente, ou até mesmo, exigir que o legislador se posicione, atribuindo como excludente de ilicitude a legítima defesa preordenada, o que parece ser muito mais difícil.

Conclui-se portanto, que há sim a possibilidade de defesa frente a um Tribunal de Júri, alegando-se legítima defesa preordenada desde que cumprido os requisitos em caso concreto a iminência da injusta agressão, e não havendo outra alternativa para proteger a vida senão ceifar a do agente agressor. Lembrando que a Legítima Defesa deve ser muito bem utilizada, sob pretexto de tornar-se banal.

2 CONCLUSÃO

Após apresentar estes inúmeros argumentos acerca da legítima defesa preordenada como excludente supralegal de culpabilidade algumas lições podem ser tiradas. Primeiramente, o Direito Penal Brasileiro, enquanto ciência moderna, apresenta circunstancias, algumas ocasiões, onde se exclui a culpa do agente.

Estas exclusões de culpa são chamadas de excludentes de ilicitude. trata-se de ocasiões onde o indivíduo ainda que tenha praticado um fato típico, apresenta alguns requisitos que o eximem de culpa, ou seja, ainda que tenha praticado o ato, o mesmo seja considerado criminoso pelo ordenamento jurídico, não sofrerá as penalidades da lei, em virtude de não haver a ilicitude, em virtude das questões circunstanciais que forçaram o indivíduo a fazê-lo.

Nestas circunstancias enquadram-se a legítima defesa, que como requisitos exige que seja uma reação a uma agressão atual ou iminente e injusta, a defesa de um direito próprio ou alheio, uso da moderação no emprego dos meios necessários à repulsa, e o elemento subjetivo.

Contudo no caso da legítima defesa preordenada não. Trata-se de uma situação que o indivíduo vê-se ameaçado o seu maior bem, a vida, por um agente de extrema periculosidade, e a única alternativa que lhe resta é ceifar a vida do seu possível algoz.

Trata-se de um tema extremamente complexo e que exige grande habilidade do defensor num possível caso concreto, e também grande coragem do Tribunal do Júri em absolver.

Isto porque a linha entre o homicídio, a vingança e a Legítima Defesa Preordenada é muito tênue, podendo até mesmo ser considerada como zona cinza, havendo necessidade de preenchimento dos requisitos de iminência da injusta

agressão, e não havendo outra alternativa para proteger a vida senão ceifar a do agente agressor.

É um tema que necessita de muitos estudos ainda para um posicionamento equilibrado, visto que muitos poucos doutrinadores se colocaram a estudar a temática.

Como soluções para o problema apresenta-se duas hipóteses, na primeira a exclusão da ilicitude com base na legítima defesa preordenada, como sendo utilizado o critério de razoabilidade para ser arguida a inexigibilidade de conduta diversa, com a finalidade de afastar a infração penal que seria atribuída ao agente. E a segunda, a que esta pesquisa acredita ser mais difícil de se realizar é a de exigir que o legislador se posicione, atribuindo como excludente de ilicitude a legítima defesa preordenada.

REFERÊNCIAS

- ALBANESI, Fabrício Carregosa. **O que se entende por legítima defesa antecipada?** 2010. Disponível em:<
<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2133609/oque-se-entende-por-legitima-defesa-antecipada-fabricio-carregosa-albanesi>> Acesso em 10 de junho de 2019.
- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. v.1, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Brasília: Senado, 1940.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2009.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2015.
- DOUGLAS, William. **Legítima defesa antecipada**. Revista dos Tribunais. n. 715, p.428-430.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: parte geral**. vol.1, 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado : estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito penal: parte geral** . São Paulo: JH Mizuno, 2009.

_____, Fernando de Almeida. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Editora Método, 2008.

SANTANA JUNIOR, Francisco das Chagas de; GADELHA JUNIOR, Francisco das Chagas. **A legítima defesa antecipada**. Revista Direito e Liberdade, Mossoró, v.3, nº 2, p. 351-368, set/2006.