

O RECONHECIMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA DO EXCESSO CULPOSO NA LEGÍTIMA DEFESA EM HOMICÍDIO TENTADO

Leonardo Gelatti Backes¹

RESUMO: O presente trabalho aborda a questão do reconhecimento do excesso culposo na legítima defesa, em sede do Tribunal do Júri, em hipótese de tentativa de homicídio. O objetivo do estudo é traçar os conceitos fundamentais e apontar os fundamentos jurídicos para as situações de excesso na referida causa excludente de ilicitude, aprofundando o trabalho na temática do excesso culposo e a consequência jurídica do seu reconhecimento pelo Conselho de Sentença. Por meio de uma abordagem qualitativa, a pesquisa se baseou em revisão bibliográfica, incluindo análise de doutrina e precedentes jurisprudenciais relacionados. Na conclusão, tem-se que majoritariamente se entende pela possibilidade do excesso culposo na legítima defesa em casos de homicídio tentado, hipótese em que o agente será responsabilizado com a aplicação do preceito secundário do homicídio culposo, com incidência da redução da pena da modalidade tentada.

4192

Palavras-Chave: Legítima Defesa. Excesso Tribunal do Júri. Tentativa.

ABSTRACT: This work addresses the issue of recognizing culpable excess in self-defense, in the Jury Court, in the event of attempted murder. The objective of the study is to outline the fundamental concepts and point out the legal foundations for situations of excess in the aforementioned exclusionary cause of illegality, deepening the work on the theme of culpable excess and the legal consequence of its recognition by the Sentencing Council. Using a qualitative approach, the research was based on a bibliographical review, including analysis of doctrine and related jurisprudential precedents. In conclusion, it is understood that the majority is understood as the possibility of culpable excess in self-defense in cases of attempted homicide, a hypothesis in which the agent will be held responsible with the application of the secondary precept of culpable homicide, with the incidence of reducing the penalty for the attempted modality.

Keywords: Self-Defense. Excessive Jury Court. Attempt.

¹Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá e em Direitos Humanos pela Faculdade Focus. Bacharel em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo - CNEC/IESA.

INTRODUÇÃO

As excludentes de ilicitude previstas no Código Penal são circunstâncias que, quando presentes em uma conduta, tornam a ação legalmente justificada e, portanto, afastam o crime. Entre as excludentes, a legítima defesa se destaca como uma das mais importantes e amplamente conhecidas.

As consequências do reconhecimento da legítima defesa são de ampla ciência pelos operadores do direito e até mesmo pela sociedade. No presente trabalho, a atenção se volta, em um primeiro momento, ao estudo do excesso nas excludentes de ilicitude, especificamente na legítima defesa – o estudo das situações em que o agente, ao reagir à determinada agressão ou ameaça de agressão, acaba se excedendo, seja extensiva ou intensivamente. A abordagem parte da conceituação das modalidades de excesso, situando os institutos jurídicos e seus reflexos dentro da temática.

A partir disso, o estudo enfoca a abordagem no excesso culposo e as consequências desse reconhecimento, aprofundando a análise na situação específica da aplicação prática desse instituto nas situações que envolvam uma acusação de homicídio tentado. Assim, a pesquisa trata com mais ênfase do resultado do reconhecimento pelo Conselho de Sentença do excesso culposo, mesmo na situação em que o quesito absolutório genérico já tenha sido rejeitado, o que pareceria, em uma ligeira impressão, incompatibilizar eventual tese de legítima defesa.

Ademais, estuda-se o tema aplicado às situações em que envolvem casos de homicídio tentado, esclarecendo a diferenciação entre o que seria uma desclassificação da tentativa de homicídio doloso para o culposo (e demonstrando a inviabilidade disso), mediante o reconhecimento do excesso culposo, e o que realmente ocorre que é a aplicação da redução da pena da modalidade tentada ao preceito secundário do tipo culposo.

O Reconhecimento do Excesso Culposo na Legítima Defesa em Situação de Homicídio Tentado

Em linhas gerais, tem-se que legítima defesa é a possibilidade de um indivíduo se defender contra uma ameaça a um direito seu ou de outrem, desde que o faça de maneira proporcional. O Código Penal indica, no art. 25, que “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (BRASIL, 1940)

Trata-se, conforme destaca De Paula (2019), da mais antiga causa de justificação, ou causa excludente de ilicitude, fazendo com que uma ação típica seja considerada lícita.

Para a configuração desta situação, é necessária a presença de uma série de requisitos, o que significa dizer que nem toda reação a uma agressão será considerada como uma causa que afasta o crime. Acerca desses requisitos, Bitencourt ensina que:

A legítima defesa, nos termos em que é proposta pelo nosso código Penal, exige a presença simultânea dos seguintes requisitos: agressão injusta, atual ou iminente; direito próprio ou alheio; meios necessários usados moderadamente; elemento subjetivo; animus defendendi. Este último é um requisito subjetivo; os demais são objetivos. (2007, p. 317)

O presente trabalho foca a atenção para o requisito da utilização dos meios necessários usados moderadamente, também amplamente nominado de proporcionalidade.

A legislação não especifica o grau ou o nível da reação, não trazendo uma taxatividade acerca da utilização da força, seja intensiva ou extensiva. No entanto, por meio da previsão legal, indica que a ação defensiva deve ser proporcional à ameaça.

Reações excessivas ou desnecessariamente violentas podem fazer com que a excludente de ilicitude não se aplique no caso concreto. Em geral, diz-se que a ação defensiva não deve usar mais força do que a razoavelmente necessária para a contenção da agressão, seja ela atual ou iminente. No que toca a esse requisito, Greco indica que

Os princípios reitores, destinados à aferição da necessidade dos meios empregados pelo agente, são o da proporcionalidade e o da razoabilidade. A reação deve ser proporcional ao ataque, bem como deve ser razoável. Caso contrário, devemos descartar a necessidade do meio utilizado e, como consequência lógica, afastar a causa de exclusão da ilicitude. (2016, p. 451)

Ademais, a análise da proporcionalidade não recai apenas no modo ou intensidade da reação em si, mas também em uma análise comparativa entre o bem jurídico defendido e o bem jurídico sobre o qual recai a reação defensiva. Nucci elucida que

A lei não a exige (art. 25, CP), mas a doutrina e a jurisprudência brasileira 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 parecer bem de valor muito superior, deve responder por excesso. É o caso de se defender a propriedade à custa da vida. Àquele 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. (2009, p. 266)

Ainda, acerca dessa temática, Mirabete (2000) didaticamente expõe que os “meios necessários” são aqueles que causam o mínimo dano possível à defesa do direito, considerando a real força da agressão ou ameaça sofrida. Entretanto, é importante ressaltar que os “meios necessários” se referem aos recursos disponíveis para o agente naquele momento em que ele está se defendendo, podendo até mesmo ser relativamente desproporcional em relação aos meios utilizados pelo agressor, desde que seja o único recurso disponível naquele momento.

De Paula (2019) alerta que a reação deve ser tão somente para cessar a agressão, indicando que o sujeito não pode agir de maneira raivosa, incidindo em excesso, porque pode recair naquilo que a doutrina batiza de legítima defesa sucessiva, aquela que ultrapassa a fronteira da legítima defesa própria do agredido e passa a ser uma defesa legítima do agressor que originou a situação.

Assim, quando o agente ultrapassa os limites delineados pelo ordenamento jurídico incorre no excesso. Andreucci exemplifica essa situação com a hipótese de o agente, depois de afastada a agressão injusta mediante a reação defensiva, prossegue na sua reação, continuando a ofender o bem jurídico de terceiro. O mencionado professor indica que esse excesso é tecnicamente dividido em doloso e culposo.

a) doloso: quando o agente, já tendo atuado em conformidade com o direito na conduta inicial da excludente, avança voluntariamente os limites impostos por lei e produz dolosamente resultado antijurídico;

b) culposo: quando o agente, já tendo atuado em conformidade com o direito na conduta inicial da excludente, avança os limites impostos por lei, por imperícia, imprudência ou negligência, produzindo culposamente resultado antijurídico.

O Código Penal traz a previsão, no parágrafo único do art. 23, do excesso, indicando que aquele que age nas causas excludentes de ilicitude tipificadas no caput responderá diante de eventual excesso doloso ou culposo.

Em que pese apenas dois tipos de excesso serem listados pelo Código, ocorre que a doutrina aponta outras relevantes situações que merecem atenção por terem influências práticas relevantes.

Capez aponta o excesso exculpante, indicando que se trata de espécie de excesso que deriva de um erro plenamente justificado pelas circunstâncias, aquilo que parte da doutrina denomina de legítima defesa subjetiva. Tratando dessa modalidade, aponta que

O excesso na reação defensiva decorre de uma atitude emocional do agredido, cujo estado interfere na sua reação defensiva, impedindo que tenha condições de

balancear adequadamente a repulsa em função do ataque, não se podendo exigir que o seu comportamento seja conforme à norma. (2019, p. 527)

Já Estefam e Gonçalves (2023) elencam o excesso exculpante como subespécie de outra classificação. Listam, em regra, duas formas de excesso: o intencional, voluntário ou consciente e o não intencional, involuntário ou inconsciente. O excesso intencional ocorre quando o indivíduo, consciente de que a agressão atual ou iminente foi cessada, dá continuidade na reação, lesionando o bem jurídico do agressor – trata-se do excesso doloso. Por outro lado, o não intencional se faz presente quando o agente, por erro na consideração dos fatos, imagina que a agressão ainda persiste e, assim, prossegue na reação sem a percepção de que incorre em excesso – havendo aqui uma subdivisão: se o erro dessa percepção da realidade for evitável, responderá por culpa se a lei tem a previsão da forma culposa (excesso culposo); se o erro for inevitável (qualquer indivíduo cometeria o equívoco), não haverá responsabilização, afastando-se o dolo e a culpa.

Especificamente nesse ponto há uma observação oportuna, pois majoritariamente se entende o excesso exculpante como uma causa excludente de culpabilidade, por ser situação de inexigibilidade de conduta diversa. No entanto, Capez (2019), e parte dos estudiosos, entendem inadequado esse enquadramento, tendo em vista que, nessa situação narrada, há a exclusão do dolo e da culpa, não podendo ser conceituada como hipótese de exclusão da culpabilidade.

Por outro lado, Nucci (2014) didaticamente esclarece que o excesso exculpante pode sim ser considerado como uma causa de exclusão da culpabilidade, pontuando que tal modalidade de excesso é decorrente de medo, surpresa ou perturbação de ânimo, fatores que se fundamentam na inexigibilidade de conduta diversa.

Ilustrando: o agente, ao se defender de um ataque inesperado e violento, apavora-se e dispara seu revólver mais vezes do que seria necessário para repelir o ataque, matando o agressor. Pode constituir-se uma hipótese de flagrante imprudência, embora justificada pela situação especial por que passava. (2014, p. 233)

No ordenamento jurídico espanhol o medo está positivado como um fator hábil à exclusão da responsabilização, desde que requisitos estejam presentes na situação concreta, como um medo grave, intensa emoção, contemporaneidade entre a emoção sentida e o resultado, além de real alteração da capacidade intelectual do agente.

E em que pese o Código Penal Brasileiro não especificar essa situação de excesso, o Código Penal Militar (1969) expressamente indica que “Não é punível o

excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação”.

Outra modalidade de excesso elencada pela doutrina consiste no excesso accidental. Nucci indica que é a situação em que há um exagero decorrente de caso fortuito, em que pese não em intensidade suficiente para que haja um rompimento do nexo de causalidade.

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 no agressor foi além do estritamente necessário para repelir o ataque, embora o exagero possa ser atribuído ao fortuito. Exemplo: disparos de arma de fogo são dados contra o autor de uma agressão, que cai sobre um gramado, sobrevivendo. Os mesmos disparos podem ser desferidos e o agressor cair sobre o asfalto, batendo a cabeça na guia, situação que, associada aos tiros sofridos, resulta na sua morte. Teria havido moderação? É possível que, considerando o resultado havido, no primeiro caso o juiz (ou o Conselho de Sentença) considere ter sido razoável a reação, embora no segundo, por conta da morte, chegue-se à conclusão de ter havido um excesso. Seria esse excesso meramente accidental, pois o caso fortuito estava presente, não podendo o agente responder por dolo ou culpa. (2014, p. 233)

No presente trabalho, destaca-se a conceituação do excesso culposo, situação na qual o indivíduo, em sua reação, utiliza-se de uma quantidade de força, seja em uma análise quantitativa ou qualitativa, maior do que o estritamente necessário para repelir a ameaça. Nesse sentido, a ideia do agir culposo refere-se à ação que, embora justificável, conta com um erro de avaliação por uma ação negligente, imprudente ou imperita.

4197

Excesso culposo: é o exagero decorrente da falta do dever de cuidado objetivo ao repelir a agressão. Trata-se do erro de cálculo, empregando maior violência do que era necessário para garantir a defesa. Se presente o excesso, o agente responde pelo resultado típico provocado a título de culpa. No contexto do excesso culposo, podem ser aplicadas, ainda, as mesmas regras atinentes aos erros de tipo e de proibição (neste último caso, como já mencionado, quando o agente se equivoca quanto aos limites da excludente). (NUCCI, 2014, p. 232)

Interessante são as consequências de eventual excesso culposo na legítima defesa no cenário do Tribunal do Júri.

Não se pode perder de vista que o excesso culposo é tese factível e geradora de individualização fática com importantes efeitos para aqueles que, precedentemente, agiram em legítima defesa. É uma abordagem jurídica e, conseqüentemente, técnica, mas seu encaixe depende da percepção da defesa e capacidade comprobatória diante dos fatos concretos em cada individualizado. (ALMEIDA, BUENO, SAMPAIO, 2022)

Acerca da técnica processual em sede do júri popular, sabe-se que não há acréscimo de quesito aos jurados acerca da legítima defesa em si. Silva e Avelar (2022,

p. 298) sustentam que, "considerando que a legítima defesa exclui a ilicitude do ato e, conseqüentemente, o crime, todas as teses defensivas em relação a este elemento estarão englobadas no quesito absolutório genérico".

De outra banda, conforme bem salientam Almeida, Bueno e Sampaio (2022), discute-se sobre a quesitação no tocante ao excesso culposo na legítima defesa. O ordenamento jurídico indica que o excesso culposo na legítima defesa vai resultar na responsabilização pela modalidade culposa do crime (desde que exista essa previsão normativa).

Ou seja, na situação de um crime de homicídio, o agente que age com excesso culposo na legítima defesa deve ser responsabilizado com a punição correspondente ao homicídio culposo.

O excesso culposo decorre da inobservância do dever de cuidado do agente enquanto atua respaldado por alguma das causas excludentes da ilicitude. Imaginemos que um indivíduo seja atacado por alguém desarmado e, licitamente, ponha-se a repelir a agressão injusta. Exibindo o agressor compleição física avantajada, o agredido se apossa de um pedaço de madeira para rechaçar os socos que receberia. Por falta de cuidado, no entanto, acaba atingindo a cabeça do agressor, que falece em virtude dos ferimentos. Neste caso, o agredido seria responsabilizado por homicídio culposo. (CUNHA, 2020, p. 349)

Ademais, é temática recorrente de dúvidas a forma da elaboração do quesito do excesso culposo. Nesse sentido, esclarece Rangel:

Ora, na quesitação hodierna, se os jurados não absolvem o acusado, não haverá mais que se falar em legítima defesa, e se esta não existe, como quesitar excesso daquilo que não foi reconhecido pelos jurados?

Contudo, se a defesa sustentar que o réu agiu com excesso na sua reação, aí sim deverá ser quesitada porque faz parte da tese defensiva e em nome da amplitude da defesa não pode ser suprimida do júri, sob pena de cerceamento ao direito amplo de defesa.

Nesse sentido, o quesito do excesso culposo vem após o 3º quesito. É meio louco os jurados responderem ao quesito do excesso daquilo que eles já negaram (a legítima defesa), mas diante da nova quesitação é a solução que nos parece menos pior a fim de não cercearmos o direito de ampla defesa e do contraditório. Como o quesito é genérico (o jurado absolve o acusado?), pode ser que algum jurado negue a moderação ou a necessidade dos meios, enfim, vai saber... (2018, p. 223)

Portanto, denota-se que o quesito acerca do excesso seria posterior à resposta negativa no quesito absolutório genérico. Mesmo com a negativa da absolvição, aparentemente negando a legítima defesa, os jurados poderiam, no quesito seguinte, reconhecer que até houve legítima defesa, mas a reação foi excessiva por imprudência, negligência ou imperícia, situação que gera, enfim, a responsabilização a título de culpa.

Registra-se, por oportuno, que a responsabilização nesse caso não se dá de maneira direta. A bem da verdade, a punição pelo tipo culposo se dá por questão de política criminal.

Inclusive, há posição do professor Nassif que se manifesta no sentido de que a solução para essa situação seria tão somente a seara da aplicação da pena. Indica, portanto, que a solução seria o enquadramento dessa hipótese como hipótese da minorante do art. 121, §1º, do Código Penal. Salienta-se, contudo, que é posição minoritária.

Não se consagra o excesso pelo comportamento tecnicamente culposo, pois a culpa no sistema penal brasileiro diz com comportamento imprudente, negligente ou imperito. Como identificar na ação de alguém que, sofrendo agressão injusta atual ou iminente, para defender-se adote conduta meramente imprudente, negligente ou imperita?

Estou convencido que, em circunstâncias que tais, o agente está sob violenta emoção dominando o agente em face da agressão (injusta provocada), característica da minorante do art. 121, § 1º, do Código Penal. Sob tais condições, a ir racionalidade justifica o apenamento privilegiado.

Por tudo isso, convence que a tese poderia ser confortada pelo disposto no inciso I, do § 3º do art. 483.

O quesito poderia ter a seguinte redação: O acusado, sob o domínio de violenta emoção provocada por agressão injusta e atual (ou iminente) do ofendido, excedeu-se apenas culposamente os limites da legítima defesa? Se a resposta for majoritariamente afirmativa, aplica-se a pena do art. 121, § 3º, do Código Penal. (2009)

Na linha do entendimento majoritário, Silva e Avelar (2022) ao apresentarem modelos de quesitações conforme os fatos de casos concretos e as eventuais teses adotadas, tratam especificamente acerca do excesso culposo nas excludentes de ilicitude. Nesse sentido, demonstram de maneira especificada que posteriormente à pergunta “o jurado absolve o acusado?” deve se apresentar o questionamento “o acusado se excedeu com culpa, ou seja, descrever a tese defensiva de como o acusado se excedeu culposamente?”

Caso a resposta dos jurados seja negativa, o excesso na excludente do caso não foi reconhecido e a votação terá prosseguimento para os eventuais quesitos subsequentes que podem tratar de causas de diminuição, qualificadoras e/ou causas de aumento.

Entretanto, na hipótese de os jurados responderem “sim”, a decisão do conselho de sentença apontará a desclassificação do caso. Ocasão em que o juízo presidente

tomará o julgamento do caso, tanto do fato principal, como dos eventuais crimes conexos imputados.

Questão tormentosa se situa na hipótese de eventual reconhecimento do excesso culposo na excludente de ilicitude em um caso concreto referente à acusação de homicídio tentado. Ou seja, o agente é acusado de homicídio tentado, sendo que em sua defesa alega ter agido em legítima defesa, subsidiariamente sustentando o excesso culposo. Alega, portanto, de maneira subsidiária, com esteio no princípio da eventualidade e na plenitude de defesa, que culposamente se excedeu na legítima defesa (seja pela quantidade de golpes ou disparos, por exemplo, seja pela intensidade de eventual reação); no entanto, mesmo com o eventual excesso, a apontada vítima sobreviveu – rememora-se: trata-se de uma acusação de tentativa de homicídio.

A dúvida, em geral, reside, em qual seria a consequência de eventual reconhecimento do excesso culposo pelos jurados nesse caso. Em um processo que envolva homicídio consumado, a solução seria a responsabilização pelo homicídio na modalidade culposa, nos termos previstos pelo Código Penal e estabelecidos pelos tribunais superiores. Mas e nesse exemplo trazido, acaso haja o reconhecimento do excesso culposo, o agente responderia por homicídio culposo tentado?

4200

Como premissa dessa análise, Da Luz (2011) bem alerta que em hipótese alguma o reconhecimento do excesso culposo deve ser confundido com a desclassificação do homicídio doloso para o culposo. O que ocorre, na verdade, não é uma real desclassificação, mas tão somente uma responsabilização como se culposa fosse a ação – uma aplicação do preceito secundário do tipo culposo por questões de política criminal.

Transcreve-se o ensinamento de Porto:

O excesso culposo, nome juris para identificar o parágrafo único do art. 23 do CP, indica regra de relação da pena ao fato “se este punível como crime culposo”, enquanto a figura não contém conceito de culpa própria; o excesso de defesa, ou excesso na legítima defesa, nomes de melhor coadunação à figura, não contém, reiteramos, os elementos da infração culposa, e a menção feita pelo parágrafo ao “crime culposo” é restrita a um objetivo de chamamento ou referência para encontro de quantidade penal.

E é nesse sentido que Da Luz fundamenta a ausência de qualquer incompatibilidade do reconhecimento do excesso culposo com a tentativa de homicídio.

A solução apontada pelo professor, portanto, passa pela premissa técnica de entender a responsabilização pelo homicídio culposo não como uma culpa própria, mas como uma aplicação do preceito como política criminal. E, a partir disso, a conclusão para a hipótese ora abordada seria a seguinte:

Por essa razão, não há qualquer incompatibilidade do reconhecimento do excesso culposo com o homicídio tentado. Hipótese em que sobre a pena do homicídio culposo incidirá a redução decorrente da tentativa (de um a dois terços). O reconhecimento do excesso culposo, ou excesso na defesa, como quer Hermínio Marques Porto, prejudica o exame de eventuais qualificadoras, pois a medida da pena será a do § 3º do art. 121 do Código Penal, o que é incompatível com o reconhecimento da forma qualificada do homicídio. Quanto à causa de aumento de pena prevista na parte final do § 4º do art. 121, entretanto, é ela compatível pois a condenação pelo excesso culposo é condenação por homicídio doloso a que se aplica, por política criminal a pena da forma culposa. Uma das peculiaridades da desclassificação imprópria é que contendo ela uma decisão de mérito, firma a competência do Conselho de Sentença para julgar também o eventual delito conexo, diferentemente da desclassificação própria, que remete o julgamento do conexo juntamente com o delito remanescente ao Juiz Presidente. (2011)

Então, se em uma situação de homicídio consumado, em que houve reconhecimento do excesso culposo da excludente de ilicitude, o agente passará a responder pelo homicídio culposo por questão de política criminal. Pela mesma razão, em uma situação de homicídio tentado, o agente passa a responder pelo preceito secundário do homicídio culposo, com a aplicação da redução da pena da tentativa.

4201

Salienta-se que não seria um caso de “tentativa de homicídio culposo”. Apenas a utilização do preceito secundário do homicídio culposo, da mesma maneira que na situação rotineira de excesso culposo em homicídio consumado – já que não se trata de desclassificação propriamente dita, com a incidência da redução de pena pelo fato de se tratar de responsabilização por um fato tentado e não consumado.

Há correntes doutrinárias que apontam para solução diversa, no sentido de que havendo o reconhecimento do excesso culposo na hipótese de homicídio não consumado, ao indivíduo recairia a responsabilização pelo preceito secundário do delito de lesão corporal culposa, haja vista que o resultado morte não fora atingido. Entretanto, não é o que parecem entender os tribunais pátrios.

Nesse sentido, menciona-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ainda que não absolvessem o réu (quesito nº 4), os Jurados afirmaram que o apelante agiu, ainda que de modo excessivo, orientado pela excludente de ilicitude da legítima defesa, reconhecendo, no mesmo passo, que as lesões causadas na vítima, foram decorrência de excesso culposo, impondo-se a responsabilização do réu a título de culpa.

Embora possa causar estranheza a condenação do réu como incurso no artigo 121, § 3º, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, a solução é juridicamente possível e adequada ao caso concreto, mormente levando em conta o teor do parágrafo único do artigo 23 do Código Penal – excesso culposo punível.

O agir culposo reconhecido é ínsito ao excesso, sendo que a conduta defensiva, o exercício da legítima defesa, permanece dolosa. Diferente do alegado, o reconhecimento do excesso culposo não torna a conduta do réu, ao defender-se de agressão injusta, atual ou iminente, em agir marcado por negligência, imprudência ou imperícia. A atuação defensiva é tipicamente dolosa, no sentido de vontade livre e consciente de sacrificar o bem jurídico vida do agressor para salvaguardar a sua vida – o que não se consumou, repito, por circunstâncias alheias à vontade do réu. Cessada a agressão injusta, atual e iminente, os desdobramentos da conduta dolosa, a configurar excesso, podem ser decorrência de situação culposa, (juízo leviano, ou apressado do réu, por exemplo), como decidiram os jurados no caso concreto.

Assim, a tentativa de matar a vítima, como desiderato de defesa pessoal, possui núcleo doloso, embora as agressões excedentes, que ultrapassaram a legítima defesa, censuram-se na forma culposa. No caso dos autos, tem-se um excesso intensivo, que acontece “quando a legítima defesa exercitada a tempo se realize pelo emprego de meios não moderados ou desproporcionais. Neste caso, tem-se um delito doloso ou culposo.”

Portanto, os quesitos formulados seguiram a ordem lógica e, mais importante, coadunam-se com as teses defensivas, a significar materialização do princípio constitucional de plenitude de defesa. O réu, condenado pela resposta negativa ao quarto quesito (nos termos do art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal), esgrimiuiu pelo reconhecimento de excesso culposo, que também pode se enquadrar, neste contexto, como causa de diminuição de pena alegada pela defesa, a teor do inciso IV do citado art. 483 do Código de Processo Penal. (RIO GRANDE DO SUL, 2014)

O mesmo Tribunal novamente decidiu nesse sentido:

Ademais, com vênua ao juízo de primeiro grau, mesmo em se tratando de crime de homicídio na forma tentada, possível o reconhecimento do excesso culposo na legítima defesa, pois a culpa se limita ao excesso na excludente da ilicitude, não alterando a natureza do delito imputado, que permanece doloso. (RIO GRANDE DO SUL, 2017)

Por fim, registra-se que essa temática foi abordada nos estudos de Hungria:

A este respeito, esclarece a Exposição de motivos do projeto definitivo: ‘O projeto repele em principio a idéia de tentativa de crime culposo, pois neste a vontade não é dirigida ao evento, nem o agente assume o risco de produzi-lo.’ Cita-se, habitualmente, o exemplo formulado por Frank, relativo à legítima defesa putativa culposa ou por erro inescusável, para demonstrar a possibilidade da tentativa de crime culposo. Mas, em tal caso, excepcionalíssimo, não há falta de vontade em relação ao evento, e nada impede, em face da fórmula do projeto, que se reconheça a tentativa, quando o agente não consegue realizar o evento que, culposamente, ou por erro vencível, julgara legítimo.’ Cumpre notar que o Código, no seu art. 17, § 1º, declara que ‘não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo’, reconhecendo, portanto, que, excepcionalmente, pode ocorrer um crime culposo não obstante a previsão e vontade do agente quanto ao evento. É o que se dá no caso de erro inescusável na legítima defesa putativa e no excesso de legítima defesa. Há a concluir-se, portanto, que o Código ampliou o conceito de crime culposo. (1979, p. 217)

Assim, tem-se que prevalece o entendimento de que é possível o reconhecimento do excesso culposo na legítima defesa, mesmo em se tratando de crime de homicídio na forma tentada, haja vista que não ocorre uma alteração na natureza do delito. A culpa, nessa hipótese, reside no excesso, sem alteração da conduta típica. Portanto, sobre a pena correspondente aop homicídio culposo, passará a incidir a redução correspondente à tentativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se concentrou em um aspecto específico das excludentes de ilicitude: o excesso na legítima defesa e suas implicações, particularmente quando se trata de excesso culposo em uma acusação de homicídio tentado.

A análise detalhada das modalidades de excesso na legítima defesa permitiu situar a caracterização desse instituto e entender suas implicações no âmbito prático. A concentração na categoria de excesso culposo demonstrou a complexidade do reconhecimento e suas conseqüências. Foi ressaltado o ponto crucial de que o excesso culposo não altera a natureza do delito, mas sim atua na pena, resultando na aplicação da redução correspondente à tentativa, quando reconhecido pelo julgamento popular.

A pesquisa demonstrou que, embora possa parecer incompatível com a tese de legítima defesa após a rejeição do quesito absolutório genérico, o reconhecimento do excesso culposo é uma realidade válida no sistema jurídico brasileiro e uma ideia encampada pela doutrina e tribunais pátrios.

Em síntese, este estudo oferece uma visão aprofundada da aplicação da legítima defesa e do reconhecimento do excesso culposo, especialmente em casos de homicídio tentado. Em que pese existam posições divergentes acerca da temática, apontou-se que, pelo menos no presente momento, a solução majoritária indica a aplicação da redução da tentativa ao tipo do homicídio culposo.

A compreensão das nuances envolvidas nessas situações é crucial para garantir a uniformização das posições ou até mesmo uma absorção melhor das informações sobre as questões tratadas, a fim de possivelmente enriquecer eventual debate que possa surgir para sugerir alterações legislativas ou jurisprudenciais

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tiago Guimarães Rêgo; BUENO, Isabela Simões; SAMPAIO, Denis. Tribunal do Júri e o excesso na legítima defesa. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-02/tribunal-juri-tribunal-juri-excesso-legitima-defesa#:~:text=%220%20excesso%20culposo%20decorre%20da,a%20repelir%20a%20agress%C3%A3o%20injusta>. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v.1, p. 132. Acesso em: 20 out. 2022

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v.1, p. 132.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral. 11ª ed.**, São Paulo: Saraiva, 2007, v.1, p. 317.

_____. , Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Legislação Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 out. 2022

_____. , Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Legislação Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 20 out. 2022

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v. 1, p. 527.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal – Parte Geral**. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1 ao 120**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 349

DA LUZ, Delmar Pacheco. Tribunal do Júri – A (nova) Quesitação. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre. n. 70. 2011. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325162169.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

DE PAULA, Alison Henrique Gabelone. Legítima defesa: excesso e ofendículos. **Jus**, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72990/legitima-defesa-excesso-e-ofendiculos/4>. Acesso em: 20 out. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 18. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2016, v.1, p. 451.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 217-218.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte geral**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 185.

NASSIF, Aramis. **O júri objetivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **O novo júri brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 151.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral / Parte Especial**, 6ª ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2009, p. 266.

_____. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **JÚRI**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 317.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri – Visão linguística, histórica, social e jurídica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime n. 70061637773. Primeira Câmara Criminal. Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 17/12/2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/902567697/inteiro-teor-902567740>. Acesso em: 20 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime n. 70063130520. Terceira Câmara Criminal. Relator: José Ricardo Coutinho Silva, Julgado em 05/10/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/510552171/inteiro-teor-510552188>. Acesso em: 20 out. 2022.

SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. **Plenário do Tribunal do Júri**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.