

LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA OU PREVENTIVA EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Haylanna Soares Guedes¹, Morgana Martins Coelho¹,
Adriano Carrasco dos Santos²

RESUMO

O Estado como detentor do poder-dever de defender o cidadão de lesões a sua integridade física, moral e patrimonial, infelizmente, não consegue estar presente em todos os momentos em que a violência ocorrer, assim, permite que o ofendido se valha de recursos próprios, porém, moderados para exercer sua defesa ou de terceiros, em caso de agressão injusta, atual ou iminente. Seguindo esse pressuposto, este artigo busca discutir a legítima defesa preventiva ou antecipada no âmbito da violência doméstica, para tanto o método utilizado será a análise bibliográfica de documentos que expõem os aspectos doutrinários e sociais acerca do tema. Para melhor compreensão do debate serão expostos a caracterização e os elementos que compõem o crime, bem como a teoria do delito majoritária no Brasil, para, enfim, entrar no mérito dos conceitos e classificação das excludentes de ilicitude, buscando evidenciar a legítima defesa, haja vista que é o centro da pesquisa. Vale ressaltar que há uma linha tênue entre a legítima defesa e o excesso na referida excludente de ilicitude, assunto que merece observação e, portanto, também encontra espaço na pesquisa, a fim de dissolver e explicitar quais as diferenças e os limites necessários para se evitar injustiças.

Palavras-chave: Excludente de Ilcitude. Legítima Defesa. Violência Doméstica.

INTRODUÇÃO

A violência doméstica se tornou um mal social presente nas mais diversas rodas de debates que visam discutir acerca da valorização feminina e proteção da mulher. Todavia, sabe-se que na prática as políticas sociais e públicas advindas dessas discussões nem sempre chegam aos casos de violência doméstica a tempo de que certas tragédias sejam evitadas.

Assim, o presente trabalho busca fazer uma análise acerca da legítima defesa antecipada ou preventiva como excludente de ilicitude nos casos de violência doméstica. Em outras palavras, no estudo aqui descrito serão apresentados os resultados obtidos para responder à problemática de como pode ocorrer a despenalização de ações consideradas fatos típicos que, em decorrência do contexto de violência doméstica, acabam perdendo o caráter punitivo por preencher o da legítima defesa.

¹ Bacharelado em Direito. Instituto Educacional Santa Catarina – Faculdade Guaraí. Guaraí-TO. Email: haylanna_col@hotmail.com

¹ Bacharelado em Direito. Instituto Educacional Santa Catarina – Faculdade Guaraí. Guaraí-TO. Email: morgana.sentinel@gmail.com

² Formação do Professor Orientador, Bacharelado em Direito. Instituto Educacional Santa Catarina – Faculdade Guaraí. Guaraí-TO. Email:

Essa discussão torna-se pertinente devido à relevância social que se mostra de grande escala diante dos esforços de grupos de representação e busca da defesa feminina e do Estado em amparar essa massa social tão vulnerabilizada pelo patriarcalismo e a cultura da dominação masculina.

Assim, o presente trabalho se dedica a discutir uma via possível de preservação da integridade física ou até mesmo da vida da vítima de violência doméstica quando houver ineficiência do Estado ou quando este não puder chegar a tempo para impedir o cometimento desse crime.

De início, será feita a conceituação do que vem a ser crime, com enfoque na teoria finalística, aceita e adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, será exposta a teoria da responsabilidade, que é importante na definição e atribuição de culpa e punibilidade do agente na prática de condutas típicas.

Faz parte do estudo ainda apresentar as excludentes de ilicitude demonstrando quais critérios para a caracterização de cada instituto, dentre os quais a legítima defesa faz parte e que será especificamente mais detalhada por meio de sua conceituação e classificação.

Em continuidade, serão descritas as formas de violência doméstica e familiar com todas as disposições históricas e garantistas conseguidas a partir da Lei nº 11.340 de 2006, a conhecida Lei Maria da Penha.

Por fim, serão expostos os critérios a serem preenchidos na legítima defesa preventiva ou antecipada aplicada em concreto na violência doméstica, bem como a possibilidade tênue entre o exercício dessa excludente de ilicitude e a prática de excesso.

Vale lembrar que uma pesquisa somente pode ser eficaz se forem adotados métodos de pesquisa adequados para o tipo de resultado almejado, além de uma boa técnica de análise de dados obtidos. Ou seja, pertinência e adequação à problemática traçada para nortear o estudo e consequente produção escrita. A respectiva pesquisa será formulada nos preceitos jurídicos e doutrinários da seara criminal.

Nesse sentido, é importante destacar o que Fontelles *apud* Praça (2015, p. 82) disserta quando diz que “os procedimentos técnicos adotados em pesquisa científica, referem-se a qual técnica utilizar para obter os resultados previstos e imprevistos no projeto”, daí se verifica a importância de definir métodos e recursos que serão utilizados a fim de que os objetivos, tanto o geral como os específicos, sejam alcançados de maneira satisfatória e eficaz.

Deste modo, o método a ser utilizado na presente pesquisa será o dedutivo, o qual é desenvolvido através de análise de recursos como legislações específicas e utilizando-se de todos os mecanismos de pesquisa inerentes ao procedimento metodológico no que tange ao processo de produção acadêmica com verificação de periódicos, de normas e regulamentações, disposições doutrinárias, que são de suma importância.

TEORIA DO CRIME

Antes de adentrarmos na discussão acerca das excludentes de ilicitude, em especial a legítima defesa, é necessário definir o que é crime diante das teorias doutrinárias que buscam atribuir elementos de constituição do que vem a ser uma conduta típica ou atípica.

A delimitação do que é crime ou da conduta que não pode ser classificada como tal, por vezes é meio complicada para um iniciante na vida jurídica ou para um leigo, todavia, espera-se de juristas mais experientes uma maior facilidade para fazer essa distinção, todavia, é possível que determinados operadores do direito saibam que um outro fato constitua crime, porém, sem conseguir delimitar qual os quais características o fazem assim ser (NUCCI, 2017, p. 158).

O cotidiano jurídico não é estático, os fatos acontecem das mais diversas formas e o operador do direito, desconsiderando o grau de experiência na *praxis* jurídica, precisa ter em mente a base da composição do crime para que o caso concreto seja analisado diante dos critérios doutrinários seguidos pelo sistema judicial nacional.

Como crimes são o objeto principal da ciência criminal esperava-se que a lei substantiva trouxesse delimitações acerca de sua constituição, todavia, em análise ao Código Penal percebe-se que o mesmo não trouxe a definição concreta do que vem a ser crime, somente estabeleceu a forma de punição se uma infração penal for cometida, assim como se percebe na interpretação da parte 'a' do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal com as seguintes expressões: "Art. 1º Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; [...]" (BRASIL, 1940).

Em face do silêncio do Código Penal, a doutrina se apropriou do papel de definir o crime estabelecendo conceito analítico seguido massivamente no cenário jurídico brasileiro. Nesse sentido, crime vem a ser a conduta que sejam necessariamente dotadas de características de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, de modo que ausente um ou outro desses requisitos o fato não alcança o caráter de crime (GRECO, 2017, p. 176).

Para que um fato seja considerado típico é exigida a presença de quatro elementos na conduta do agente, quais sejam: conduta, resultado, nexos causal e tipicidade, de modo que sendo observadas estas características na referida ação ou omissão esta poderá ser admitida como típica (BITENCOURT, 2018, p. 202).

Para Rogério Greco (2017, p. 177) a conduta consiste num "comportamento humano voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer" podendo ser na forma dolosa, culposa, comissiva ou omissiva; já a tipicidade diz respeito à adequação da conduta à descrição presente em alguma forma penal incriminadora; o resultado, por sua vez, refere-se à lesão efetiva ao bem jurídico tutelado e o nexos causal se caracteriza pela existência de vínculo entre a conduta praticada e o resultado obtido (GRECO, 2017, p.178).

O elemento da ilicitude também pode ser denominado antijuricidade que é definida como a oposição existente entre a conduta praticada e o que as normas jurídicas apresentam como padrão incriminador ou reprovador (GRECO, 2017, p.), havendo exceções trazidas pelo Código Penal que poderão isolar esse elemento e impedir que a conduta se configure como crime, que as excludentes de ilicitude: estado de necessidade, legítima defesa e o exercício regular de direito (BITENCOURT, 2018, p. 204).

Por fim a culpabilidade, último elemento do crime, consiste na reprovação pessoal na prática da conduta que se sabe ser ilícita e típica. Assim, exige-se a observação de três outros elementos ligados ao agente ou à ação/omissão: a imputabilidade – possibilidade de que o agente seja punido; potencial consciência

sobre a ilicitude do fato que se refere ao conhecimento e consciência de que a prática em comento é ilícita; e exigibilidade de conduta diversa que é a alternativa de que seria a condição de praticar outra ação diversa de crime ou possibilidade de abstenção à prática criminosa (NUCCI, 2017, p. 160).

Deste modo, o crime torna-se um conjunto desses requisitos, e na falta de um ou mais deles a conduta torna-se atípica devendo o agente ser absolvido por ausência de elementos essenciais.

TEORIA DA RESPONSABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Após a definição do que vem a ser crime com sua tipicidade, ilicitude e culpabilidade, é primordial observar a conduta como criminosa ou não. Para que a análise de crime seja mais limiar possível é preciso dissertar acerca das teorias da ação. Nas lições de Cláudio Brandão (2010) pode-se observar que:

A conduta humana é a pedra angular da Teoria do Crime. É com base nela que se formulam todos juízos que compõem o conceito de crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. A tipicidade é a adequação da conduta com a norma; a antijuridicidade é o juízo de reprovação da conduta, e a culpabilidade é o juízo de reprovação sobre o autor da conduta. (BRANDÃO, 2010, p.135).

Assim, a ação do agente torna-se peça definidora do sentido da aplicação de pena ou não. Sabe-se a doutrina penal afirma existir três teorias. De início é mister descrever a teoria causalista ou naturalista, na qual, segundo Mirabete (1998, p.98), a conduta é a ação que tenha sido praticada ou deixada de ser feita de forma voluntária, não importando o objetivo apenas a ocorrência da conduta descrita como típica para configuração de crime.

Em sentido contrário à teoria causalista, a teoria finalista da ação considera em especial a intenção do agente e não apenas a conduta sem um objetivo específico, dessa forma a vontade tem caráter indispensável para a configuração de crime e sendo, inclusive, seu principal requisito (MIRABETE, 2017, p.99). Ou seja, a teoria finalista se esforça para relacionar o fato ao tipo penal através da finalidade buscada pelo agente por dolo ou culpa.

No Brasil a teoria adotada para a responsabilidade é a finalista da ação ou apenas ação finalista, que tem como precursor o autor Hans Welzel. Para esta teoria o homem age em busca de um fim, para alcançar um objetivo, nenhum comportamento é por acaso. Assim, a vontade torna-se elemento constitutivo da ação tendente a crime, ou seja, no cometimento do crime doloso o agente deseja praticá-lo para alcançar um resultado determinado, nos crimes culposos, por sua vez, apesar de não praticar a conduta com *animus* de atingir o bem jurídico tutelado não toma as devidas precauções para evitar que o fato aconteça (MIRABETE, 2017, p. 103).

Na teoria da responsabilidade, segundo Claus Roxin (1981, p. 151), parte-se da tradicional culpabilidade e acrescenta-se a necessidade de prevenção especial e positiva que isentaria o agente de responsabilidade criminal ou sanção penal, pois, seu ato apesar de típico e ilícito não o transformou em “marginal”.

EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE

Em atendimento à necessidade popular, em certas e determinadas circunstâncias, o Estado pode permitir que o indivíduo se empenhe contra bens jurídicos tutelados em situações normais. Nesses casos, os ataques tornam-se justificados e essas permissões são denominadas de excludentes de ilicitude ou causas de justificação, e já foram chamadas de excludentes de criminalidade.

Contendo as excludentes de ilicitude, o Código Penal de 1940 é permeado de caráter repressivo tendo a privação de liberdade como pena principal para reprimir atitudes criminosas, porém, admite que certas condutas sejam justificadas tais como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito (BRASIL, 1940).

As causas excludentes de ilicitude dizem respeito à desconsideração do caráter ilícito da conduta tipificada como crime. Para Capez (2017, p. 292) todo fato típico é, como regra, ilícito, porém, pode ser que ocorram causas que eliminem a ilicitude. Nesse sentido, a tipicidade é meramente um dos indicativos de ilicitude, devendo ser analisado todo o conjunto característico do caso em concreto. O autor ainda descreve que as excludentes podem ser legais se estiverem positivadas em lei ou supralegais, aplicada por analogia na ausência de previsão legal.

As excludentes de ilicitude possuem em comum os elementos objetivos que ligados à forma como o legislador expressou em lei, como nos casos do estado de necessidade e da legítima defesa, ou de forma implícita, como no estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito; há também os elementos subjetivos que se referem à vontade do agente e acabam se relacionando com a conduta, devido a isso a doutrina discute que as excludentes de ilicitude devem ser invocadas somente quando o agente tem consciência do que está fazendo.

Nucci (2014, p. 205) esclarece que a causa “objetiva” se dedica a apreciar o “fato”, desprezando o estado subjetivo ou a convicção do agente, inclusive se este acreditar estar praticando algo criminoso, pois se a “situação de fato” for justificável a, essa causa subsiste. O que o indivíduo pensa estar praticando não muda o fato, a realidade. O que está no psiquismo do agente não pode mudar o que encontra na realidade, a tutela jurisdicional alcançamos o mesmo que este imagine merecer seu rigor.

Listadas no artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940) as excludentes de ilicitude são: o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e a legítima defesa.

O artigo 24 da mesma norma disserta que no estado de necessidade o agente está em perigo atual ou iminente situação que o obriga a lesar de terceiro alheio para proteger direito próprio ou alheio, Mirabete e Fabbrini (2013, p. 163) exemplificam citando o furto famélico, porém, o agente não pode ter dado causa culposamente ao estado de necessidade que o forçou a tomar a atitude, nesses casos o Estado não pode intervir punindo o agente do fato típico, visto que não poderá escolher qual interesse deve ser considerado como superior ao outro.

Ainda é preciso considerar alguns requisitos elementares do estado de necessidade, quais sejam:

I – inevitabilidade de comportamento: não pode haver margem de escolha de uma conduta diversa para o agente adotar, caso contrário, o estado de necessidade não pode ser invocado;

II – razoabilidade do sacrifício: a lesão ou dano ao bem alheio deve ser proporcional à necessidade ou perigo que o agente estiver sofrendo;

III – ciência da justificante: o agente somente pode alegar estado de necessidade se souber que age para “socorrer” carência própria ou de terceiro, o conhecimento da necessidade existente é elemento subjetivo da excludente.

O inciso III, do artigo 23, do Código Penal insere o estrito cumprimento do dever legal como excludente de ilicitude (BRASIL, 1940), causa esta que descriminaliza a conduta do agente que age dentro dos limites legais.

É imprescindível ainda lembrar a parte especial contém outras causas excludentes de ilicitude na interpretação de alguns tipos penais permissivos, a exemplo:

- a) Do aborto legalizado previsto nos incisos I e II, do art. 128, do Código Penal (BRASIL, 1988);
- b) Dos crimes contra a honra se a ofensa for irrogada em juízo na discussão da causa por crítica de artes, literatura ou científica ou na opinião proferida por agente público no exercício de sua função (art. 142, I, do CP, BRASIL, 1988);
- c) Da intervenção médica ou cirúrgica quando mesmo não sendo possível colher o consentimento do paciente ou permissão de familiar ou responsável, faz-se necessário realizar procedimento a fim evitar perigo de morte (art. 146, § 3º, I e II);
- d) Da permissão de violação de domicílio em situação de flagrante delito (art. 150, § 3º, II BRASIL, 1988).

No entanto, é preciso observar os limites da proporcionalidade evitando o abuso no exercício da função, assim o agente agraciado por esse precedente não pode ter cometido crime se tiver cumprido os requisitos que as normas, decretos, regulamentos e regimentos determinam.

CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA

Classificada como uma das causas excludentes de antijuricidade/ilicitude, o Código Penal Brasileiro disciplina e regula a legítima defesa como a utilização moderada de meios para repelir ou cessar um ataque atual ou iminente contra si ou em desfavor de terceiro (artigo 25, BRASIL, 1940).

A legítima defesa adentra o ordenamento jurídico brasileiro como decorrência da tomada de responsabilidade estatal de proteger e defender direitos individuais. Neste sentido, o Estado desconstitui o absolutismo do poder de dizer o direito e ser o único a punir agentes criminosos, abrindo mão dessa competência em caso de agressão injusta iminente ou imediata.

Guilherme de Sousa Nucci (2017, p. 225) destaca a impotência do Estado de se fazer presente sempre que houver ameaça a um direito para defendê-los e que devido a isso “autoriza” que o indivíduo possa por si só assegurar a lisura de seu

direito havendo constatação de que o Estado não poderá resolver no momento de modo eficiente e dinâmico.

Partindo dessa afirmação percebe-se que o indivíduo não está apenas protegendo um bem jurídico particular, mas contribuindo para que a ordem legal não se rompa ao contrário do que seria a vingança, que perpetua um ciclo criminoso sem justa causa social (GRECO, 2003, p. 378).

Ou seja, a legítima defesa se diferencia da vingança privada visto que nela pode-se visualizar a impossibilidade de buscar amparo do Estado e deste responder a tempo, bem como ser possível visualizar os critérios objetivos e subjetivos: agir em defesa própria ou de terceiro. Nessa senda, é legítima a ação da vítima sem responsabilização posterior por agente público.

Além disso, é importante frisar que a legítima defesa é composta por elementos objetivos: agressão injusta e atual ou iminente; e elemento subjetivo: o *animus defendi*, que é a intenção de defender-se. Assim, se o desejo do indivíduo não é promover sua defesa ou de terceira este perde a possibilidade de invocar tal excludente de ilicitude. Assim como defende Jesus (2002, p. 392):

A par dos requisitos de ordem objetiva, previstos no artigo 25 do Código Penal, a legítima defesa exige requisitos de ordem subjetiva: é preciso que o sujeito tenha conhecimento da situação de agressão injusta e da necessidade da repulsa. Assim, a repulsa da legítima defesa deve ser objetivamente necessária e subjetiva conduzida pela vontade de defender-se (JESUS, 2014, p. 398).

Assim, a defesa será legítima quando a vítima tiver consciência da agressão que está sofrendo ou prestes a sofrer, bem como que sua defesa pode provocar lesão ao bem jurídico da pessoa repelida, e por isso busca minimizar os possíveis danos resultantes de sua defesa (PACELLI E CALLEGARI, 2019).

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A violência em termos gerais é exposta de forma estrita, ou seja, cada área do direito vai determinar uma forma diferente para que ela seja estabelecida. No direito penal, nos atentados contra a vida, é denominada de homicídio tentado ou consumado, se a lesão é contra a intimidade pode ser estupro, por exemplo, e assim a depender do bem jurídico tutelado a violência vai receber denominação diversa. Já na esfera cível a violência vai se configurar em possíveis coações e vícios de consentimento.

Desse modo, pode-se perceber que a violência é caracterizada por dois aspectos importantes: atos que lesionam o físico, o psicológico, o patrimônio, ou outras áreas da vida de terceiros e/ou a transgressão de norma jurídica assim como acredita Santos & Witeck (2016, p. 7-8).

Em sentido mais específico, a Lei nº 11.340/06 veio resignificar classificando dentro do gênero violência em geral a espécie violência doméstica. No artigo 5º desta norma estão as formas de configuração, no artigo 6º demonstra-se a gravidade dessa modalidade de crime colocando-o como violador dos direitos humanos e o art. 7º apresenta um rol exemplificativo de como a violência doméstica e familiar pode ocorrer (BRASIL, 2006).

A Ilustre doutrinadora Alice Bianchini (2014, p. 34) afirma que além dos elementos comuns dos tipos penais que se enquadram no termo violência há uma

elementar especial que é o afeto entre a vítima e seu agressor, ambos podem conviver ou ter convivido num mesmo ambiente doméstico ou familiar, havendo vínculo biológico ou não entre eles.

Assim, para haver violência doméstica ou familiar é preciso estar diante de um caso de agressão, por óbvio, onde haja (ou tenha havido) relação afetiva e a violência (ação ou omissão) estar fundamentada no gênero da vítima para que as disposições da Lei nº 11.340/06 possam ser aplicadas com o devido enquadramento.

Vale ressaltar que a questão do gênero destacada pela lei não tem qualquer motivação preconceituosa ou segregadora como já foi questionada, visto que essa direção especificada da lei atende reivindicações que ultrapassaram o tempo buscando proteção às mulheres que devido às imposições culturais enraizadas na sociedade submetiam-nas a papéis, funções e situações que perpetuaram a hierarquia do sexo rotulando como frágil, mas indigna de cuidado quem não fosse do sexo masculino.

LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA OU PREVENTIVA

Ao estudar a legítima defesa depara-se com a classificação feita por vários doutrinadores e estudiosos do tema, onde que cada uma delas considera situações e circunstâncias diferentes a depender do caso concreto. Nesse momento abre-se espaço para dissertar acerca da legítima defesa antecipada que se diferencia da clássica por não haver agressão atual ou iminente, mas sim futura e certa.

Para Douglas (1995, p. 429-430) a legítima defesa antecipada surge para evitar que o réu tenha que enfrentar o desafio de defender sua vida e depois ainda encarar um processo criminal, visto que o Código Penal é taxativo que a agressão deve ser atual ou iminente. Assim, o indivíduo seria vitimado duas vezes: uma pela ofensa ao bem jurídico tutelado e outra ao sofrer durante todo o processo criminal buscando justificar sua conduta.

Portanto, a legítima defesa antecipada seria tida como causa supralegal de excludente de antijuricidade com base na teoria de responsabilidade encabeçada por Claus Roxin (1982, p. 177) na qual a culpabilidade, requisito do crime, é substituída pela responsabilidade.

A interpretação extensiva do texto legal que aborda a legítima defesa foi suscitada há muito tempo desde Montesquieu (2004, p.92) quando disse que “nas leis, é preciso raciocinar da realidade para a realidade, e não da realidade para a abstração, ou da abstração para a realidade”, em outras palavras, os operadores precisam adequar à norma ao que a situação concreta exige.

Vale lembrar que nos crimes que se enquadram na violência de gênero ocorrida em âmbito familiar, a violência doméstica têm ocorrência gradativa e/ou reiterada, assim como infere o artigo 71 do Código Penal (BRASIL, 1940) sendo, portanto, sistêmico.

Desta forma a violência doméstica torna-se um tema interdisciplinar, não podendo se prender a uma única área doutrinária, e sobre ela pairam notadamente diversas faces de justificação. O texto do artigo 25 do Código Penal possibilita que a necessidade da vítima de violência doméstica de buscar seja atendida, utilizando meios necessários de maneira proporcional.

Porém, como supracitado o requisito temporal que exige que o ataque seja atual ou iminente veda a “defesa” a agressão futura sob o risco de conversão em vingança privada.

Todavia, Santana Júnior e Gadelha Júnior (2006, p. 235) afirmam que se o evento é certo ou provável, a legítima defesa antecipada é justificável. No entanto, o caso concreto deve demonstrar através de provas que ao menos psicologicamente havia uma ameaça que tornaria iminente a atuação injusta de violência doméstica (DOUGLAS, 2003, p.1).

No mesmo diapasão, Barros (2011, p.10) delimita que na violência sistêmica de gênero exige-se: a) agressão futura provável ou certa; b) impossibilidade de proteção do Estado; c) inexigibilidade de conduta diversa; d) não resistência ao risco; e) prevenção às consequências extremas; f) proporcionalidade ao ataque.

Nesse sentido, a violência doméstica insurge como fato que carece de olhar mais técnico e atrativo para as causas justificantes, pois, sendo a violência habitual, e no instante da agressão a mulher não consegue repelir o mal sofrido, mas, num momento posterior que seria, portanto, um “intervalo” para a próxima agressão, ela consegue utilizar os meios hábeis para se defender a atitude é, no mínimo, justificável pela legítima defesa antecipada.

EXCESSO DA LEGÍTIMA DEFESA NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Nenhuma norma que disciplina versa acerca da legítima defesa especificou de que forma os meios de defesa podem ser utilizados, tratando somente de determinar a moderação no empenho desses meios. Nucci (2018, p. 290), no entanto, disserta que os tribunais vêm acolhendo que os meios e a forma a utilizá-los deve ser os que causarem menor dano ao agente repellido, mas suficiente para conseguir defender o direito.

Assim, há uma política de debate que tem pressionado os legisladores para que especifiquem parâmetros que mesmos genéricos possam dar diretrizes para definição de um padrão para evitar que a defesa de direitos resulte na vingança privada (PACELLI & CALLEGARI, 2019, 90).

Sabe-se que devido à falta de mais detalhes sobre a legítima defesa os doutrinadores se debruçam em tentar explicar o conceito e classificar a legítima defesa. Porém, todos se baseiam no artigo 25 do Código Penal (BRASIL, 1940) para tecer suas considerações.

Retornando à premissa que a caracterização da legítima defesa se dá pela repulsa ao ataque injusto atual ou iminente, utilizando os meios necessários, o principal propósito doutrinário é distinguir quais e como os meios necessários podem ser usados para que a reação seja proporcional à agressão.

É notório que não há como precisar a intensidade da força, visto que cada caso possui características intrínsecas que poderão fazer com que o indivíduo perca o controle de suas atitudes e da força aplicada na conduta. A partir dessas constatações foram sugeridos pela doutrina alguns parâmetros que a partir de certos elementos merecem análise. Tais elementos, segundo Matos (2019, p. 14): grau da agressão, o potencial de lesividade da agressão, o grau de periculosidade que o agressor representam a condição psíquica e física da vítima e quais os meios disponíveis que ali se tinha.

No mesmo sentido aponta Costa Junior (1986, p. 106) que a moderação, como requisito essencial da repulsa diz respeito à proporção necessária entre a agressão e o ato de revidar, porém, é impossível que essa reposta seja matematicamente igual, visto que, como humanos, isso se torna inconcebível ainda mais no calor da emoção.

Porém, haverá excesso quando o ofendido prolongar a ação, inicialmente de defesa, convertendo-a em ataque privado por transpor os limites da injusta agressão.

Não é que a intensidade utilizada foi desproporcional, foi a extensão desnecessária da utilização dos meios após a cessação da agressão, perdendo o caráter da excludente de ilicitude e ganhando status de conduta ilícita.

Quanto a isso Rogério Grecco (2017, p. 497) sugere que o excesso na legítima defesa ocorrerá quando, após cessada a injusta agressão contra si ou terceiro e o ataque/repulsa, é continuada quando já não havia necessidade.

Todavia, fica evidenciada a impossibilidade de promover uma repulsa exatamente proporcional à agressão considerando a emoção que envolve o momento bem como as demais influências psíquicas afloradas na situação, tornando o excesso somente ligado ao tempo que a defesa se prolonga e a proporcionalidade de forças se converte em quesito a ser analisado no caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se propôs a fazer explanações a respeito da legítima defesa antecipada aplicada aos casos de violência doméstica.

Essa problemática foi escolhida diante da relevância do tema para a sociedade e da baixa incidência do mesmo nos focos de trabalhos acadêmicos, sendo, portanto, pertinente realizar pesquisa nos periódicos e normas que abrangem o assunto.

Para atingir o objetivo da pesquisa iniciou-se pela abordagem da responsabilidade objetiva adotada no Brasil, a fim de relacionar os requisitos de que levam um agente a ser responsabilizados e punidos através da pena.

Em seguida, a apresentação das excludentes de ilicitude previstas tanto na parte especial quanto na parte geral do Código Penal de maneira individualizada, dando ênfase na legítima defesa apontando os elementos constitutivos do precedente que representa o objeto principal do trabalho.

Na sequência, foram dispostos os resultados obtidos sobre a violência doméstica, suas características e formas de configuração.

Com a discussão aprofundada sobre a legítima defesa antecipada ou preventiva, percebe-se que esse instituto legal é meio possível e cabível ante a emergência que os casos de violência doméstica impõem. Lembrando que os possíveis excessos devem ser avaliados para que não provoquem o encarceramento de uma vítima somente por não conseguir controlar-se e repelir o mal injusto na proporção da agressão.

Considerando a impossibilidade do Estado de se fazer presente a todo momento e em todos os lugares para exercer o poder-dever de defesa dos bens jurídicos da sociedade e contingente exponencial de violência doméstica faz-se extremamente cabível que a legítima defesa antecipada seja aplicada nesses casos.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**. São Paulo – Editora Saraiva, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2ª Ed – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 de Agosto de 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. VadeMecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume I, parte geral: (arts. 1º a 120) – 16. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito Penal: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DOUGLAS, William. **Jurados são corajosos na aplicação de legítima defesa antecipada**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2003-out-27/juri_corajoso_aplicacao_legitima_defesa_antecipada>. Acesso em: 14 de Outubro de 2020.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I** – Niterói, RJ: Impetrus, 2017.

JESUS, Damásio E. de. **Curso de Direito Penal**.v. 4. São Paulo: Saraiva, 2014..

MATOS, ÉRICA; DE FREITAS, M. A. R. A. **A LEGÍTIMA DEFESA COMO CAUSA DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE**. 2019.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRAÇA, Fabíola Silva Garcia. **Metodologia da Pesquisa Científica: Organização Estrutural e os Desafios para Redigir o Trabalho de Conclusão**.08, nº 1, p. 72-87, JAN-JUL, 2015. Revista Eletrônica “Diálogos Acadêmicos” (ISSN: 0486-6266). Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170627112856.pdf>. Acesso em: 31 de Agosto de 2020.

PRATT, John. **Punishment and Civilization: penal tolerance and intolerance in modern society**. London: Sage, 2002.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. España: Reuss.a., 1981.

SANTANA JUNIOR, Francisco das Chagas de; GADELHA JUNIOR, Francisco das Chagas. **A legítima defesa.** In: revista Direito e Liberdade. Mossoró, v.3, n. 2, p. 351-368, set/2006.

SANTOS, Ana Paula Coelho Abreu dos; WITECK, Guilherme. **Violência doméstica e familiar contra a mulher.** Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2016.

SANTOS, Daniel Del Massa. **EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE: CONSEQUÊNCIAS PENAS E PROCESSUAIS** PENAS. Intertem@s ISSN 1677-1281, v. 22, n. 22, 2011.