JUSTIFICAÇÃO (PRIMEIRA PARTE)

JUSTIFICATION (FIRST PART)

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Doutor *Honoris Causa* pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor emérito de Direito Penal e Criminologia na Universidade de Buenos Aires. Vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal.
raulzaffaroni@csjn.gov.ar

NILO BATISTA

Professor titular de Direito Penal que foi na Universidade Federal do Rio de Janeiro e na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Presidente do Instituto Carioca de Criminologia.
nilobatista@nb-advs.com.br

ALEJANDRO ALAGIA

Professor Adjunto na Universidade de Buenos Aires.
alejandroalagia@fibertel.com.ar

ALEJANDRO SLOKAR

Professores Adjuntos na Universidade de Buenos Aires.
aslokar@jus.gov.ar; awslokar@hotmail.com

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O texto – primeira parte de capítulo inédito da obra coletiva *Direito Penal Brasileiro* – se ocupa das causas de justificação, compreendidas segundo o modelo geral do exercício de um direito. Tratando da legítima defesa, detém-se sobre os fundamentos objetivistas e subjetivistas e suas consequências. O excesso é versado recorrendo-se ao princípio da proporcionalidade. Os *offendicula* são organizados em três constelações de casos com soluções distintas.

PALAVRAS-CHAVE: Legítima defesa – Excesso – *Offendicula.*

ABSTRACT: The text – first part of an unpublished chapter of the collective work *Direito Penal Brasileiro* – addresses the justification causes, understood in accordance with the general principle of the exercise of a right. Dealing with self-defense, the text appraises its objective and subjective fundaments. The excess is dealt with in light of the principle of proportionality. The *offendicula* are categorized in three types of cases with distinct solutions.

KEYWORDS: Self-defense – Excess – *Offendicula.*

SUMÁRIO: I. Legítima defesa: debate ideológico fundamentador. II. A racionalidade da legítima defesa. III. Casos duvidosos de necessidade racional (inclusive nos *offendicula*). IV. Objetos ("di-

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Justificação (Primeira Parte). *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 116. ano 23. p. 39-76. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

reitos") legitimamente defensáveis. V. A agressão injusta. VI. Limites da reação defensiva. VII. Legítima defesa e provocação. VIII. A defesa do Estado. IX. Legítima defesa presumida?

I. LEGÍTIMA DEFESA: DEBATE IDEOLÓGICO FUNDAMENTADOR

1. A concepção segundo a qual no antinormativo subsiste algo negativo provém de outra mais radical, que sustentava que a ação defensiva permanecia antijurídica, tendo como consequência apenas a eliminação da culpabilidade[1] ou mesmo da pena (causa de impunibilidade), fundada na premissa de que a *necessidade não conhece lei.*[2] Sua atual consideração como causa de justificação (ou de exclusão da ilicitude) é pacífica e generalizada, embora acompanhada por renhido debate acerca de seu fundamento, intimamente vinculado aos conceitos de Estado, de direito e de poder punitivo. Nos dois polos deste debate encontram-se as posições *objetivistas* e *subjetivistas*. Partem os primeiros de uma concepção social ou coletiva que extrai a legitimidade da defesa de sua primordial função de salvaguardar o direito *objetivo*; já os segundos priorizam em sua análise a proteção do direito *subjetivo* injustamente agredido. As tendências objetivistas, portanto, pretendem fundamentar a licitude da conduta defensiva no resguardo do ordenamento jurídico em si mesmo, enquanto as tendências subjetivistas extraem aquela licitude da preservação do bem jurídico afetado pela agressão. Em suas versões mais extremadas, o objetivismo chegou a equiparar legítima defesa e pena e, mais ainda, a convertê-la em dever jurídico.

2. Nutre-se o objetivismo de uma ideologia que, por via idealista, legitimou a função punitiva do Estado e ao mesmo tempo consagrou sua natureza justificante. Hegel e os penalistas hegelianos tiveram o mérito de reconhecer-lhe essa natureza,[3] mas seu raciocínio dialético terminou parificando pena e defesa: a legítima defesa se imporia como reafirmação do direito, operando assim como sucedânea da pena,[4] uti-

1. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, I, p. 231 (L. II, cap. V, §§ 1.º e 2.º; p. 267 e 271 da edição latina de Frankfurt, 1694).

2. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, em *Werke*, VII, p. 343; desde uma visão crítica da ideia de monopólio legítimo da força, traça um paralelo com a vingança Lüderssen, Klaus, em *La insostenible situación del derecho penal*, p. 174 e ss.

3. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, em *Werke*, VIII, p. 170; Berner, A. F., em *Archiv des Criminalrechts*, 1848, p. 547-598; do mesmo, *Lehrbuch*, 1898, p. 107 e ss.; Levita, Carl, *Das Recht der Notwehr*, p. 11-12; Hälschner, Hugo, *Das gemeine Deutsche Strafrecht*, p. 473-485; Köstlin, R., *System des deutschen Strafrechts*, p. 124 e ss.; Abegg, Julius F. H., *Lehrbuch*. Sobre a teoria da necessidade em Hegel, Bockelmann, Paul, *Hegels Notstandslehre*.

4. Geyer, August, *Die Lehre von der Notwehr*, p. 13. Para o positivista Fioretti, "a legítima defesa se apresenta como forma abreviada do juízo penal e de sua execução" (*Sobre a legítima defesa*, p. 17).

lizável quando o ordenamento jurídico não pudesse acudir-se a si mesmo.[5] Em mãos autoritárias o argumento idealista exacerbou-se, chegando a considerar-se que quem se defende cumpriria praticamente uma função pública.[6] Um pequeno passo adiante e caberia concluir que a legítima defesa não seria um direito e sim um dever jurídico. Por essa linha afirmou-se que a legítima defesa não seria um ato de necessidade, mas sim de justiça, por meio do qual se presta um serviço à comunidade.[7] Embora alguns práticos, como Carpzóvio, tenham sustentado algo parecido, fizeram-no socorridos pela noção canônica de que deixar-se matar sem defender-se constituiria pecado mortal, pois envolvia abandonar o posto dado por Deus aos homens; contra isso, argumentou Covarrubias que poderia tratar-se de um ato de grande perfeição.[8] Ferneck criticou a natureza de exercício de um direito observando que o agressor não estaria obrigado a suportar a defesa, o que parece correto no sentido de que não atua antijuridicamente o agressor que foge, mas resulta falso se tomado no sentido de que o agressor pode juridicamente repelir a defesa legítima. Por outro lado, a defesa deve evitar ou neutralizar a agressão, e precisamente a isto está o agressor obrigado.

3. A ênfase que o objetivismo lançou sobre a defesa do ordenamento jurídico, compreendido como direito objetivo, restringiu seu âmbito, exigindo cada vez mais a equivalência entre o dano causado e o dano evitado, aproximando assim a legítima defesa do estado de necessidade e minimizando a relevância da ilicitude da agressão. Por seu turno, a vertente subjetivista tem origens contratualistas, entendendo-se que quando o Estado não pudesse acudir à defesa dos "direitos naturais" do indivíduo cessaria o dever de obediência do súdito: se o Estado não consegue proteger o sujeito, tampouco pode exigir-lhe obediência.[9] Por isso este subjetivismo radical individualista se desinteressará pela magnitude do dano causado pela defesa, limitada apenas pela *necessidade* – que não conhece lei.[10] Foi Binding que frisou seu caráter de direito até considerá-la um direito subjetivo.[11]

5. Cf. Bauer, Fritz, em *Die Deutsche Strafrechtreform*, p. 12. Para Fichte, o direito de autodefesa só existiria na medida em que o Estado não pudesse defender o agredido, que deveria gritar por socorro como "condição exclusiva do direito de autodefesa" (*Fondement du droit naturel*, p. 260).

6. Maggiore, t. I, p. 403. Isto implica aceitar que a defesa justifica o defendente pela ausência do Estado: cf. Hennau, Christiane e Verhaegen, Jacques, *Droit pénal général*, p. 177.

7. Bouzat-Pinatel, *Traité*, t. I, p. 359.

8. Cf. Pereda, Julián, *Covarrubias Penalista*, p. 92-93.

9. O argumento remonta a Hobbes (Leviatã, cap. XXVII); cf. Vedrosa, op. cit., p. 184.

10. Na segunda (1933, p. 231) e terceira (1949) edições do *Lehrbuch*, Mezger inicia o tratamento do direito da necessidade afirmando exatamente isso: "Not kennt kein Gebot"; cf. também Bettiol, versando o estado de necessidade.

11. *Handbuch*, p. 732; Baumgarten, *Notstand und Notwehr*, p. 102; Oetker, Friedrich, em *Fest. f. Frank*, I, p. 375.

4. As tentativas de costurar um fundamento complexo (objetivista e subjetivista) são inúmeras.[12] Assim, Roxin sustenta que o fundamento é subjetivista, porém convive com uma objetiva função político-criminal vinculada à prevenção geral,[13] o que permitiria trasladar os limites da pena à legitima defesa.[14] Essa tese só parece verdadeira enquanto nos detivermos sobre o inquestionável efeito preventivo da ação defensiva, porque no fundo confunde o *pretenso* efeito preventivo da pena com o *verificável* efeito preventivo da coerção direta: a esta última se reporta qualquer prevenção derivada da legitima defesa, e não à pena.

5. É recorrente a afirmação[15] de que o fundamento da legítima defesa está no princípio segundo o qual *o direito não tem por que suportar o injusto*,[16] com o qual se pretende obviar o debate entre objetivismo e subjetivismo partindo do reconhecimento do *caráter subsidiário* da defesa, vale dizer, *a defesa só seria legítima quando não fosse possível recorrer a tempo aos órgãos e meios juridicamente disponíveis*. Este fundamento não consegue superar o debate de fundo, porque *se alguém não tem o dever de suportar o injusto é porque tem o direito de repeli-lo ou fazê-lo cessar*, de modo que para além de compatibilizar-se com a natureza de exercício de direito, estaria a confirmar tal natureza.

6. De todo modo, o reconhecimento de tratar-se de um direito não garante sua legitimidade, pois se se toma a subsidiariedade no sentido idealizado de que o Estado distribuiria igualitariamente todos os seus serviços e sempre de forma eficaz, o critério para limitar o exercício deste direito seria antijurídico por socialmente aberrante. Não existe no planeta um só Estado que distribua igualitariamente os serviços públicos, muito especialmente os de justiça e incolumidade de bens jurídicos. A desigualdade no acesso à justiça é um dado que atraiu muitos estudiosos; as assimétricas cotas de vitimização segundo a classe social estampam a desigualdade perante os serviços de incolumidade de bens jurídicos. Se a subsidiariedade for valorada como critério limitador do direito à legítima defesa, desprezando-se esses dados da realidade, produzirá limites inversamente proporcionais à classe social do defendente, o que seria obviamente inconstitucional. Pelo contrário, a subsidiariedade adquire um sentido racional quando significar que o direito à legítima defesa cessa quando o defendente dispuser da possibilidade concreta, certa e efetiva de recorrer ao serviço público, desde que este possa protegê-lo com eficácia

12. Uma síntese do individual e do social em Kargl, Walter, em *ZStW*, 1998, p. 38.

13. Em sentido contrário Jakobs, p. 467.

14. Roxin, p. 608; também em *Política criminal y estructura del delito*, p. 55 e 66.

15. Provinda de Berner, *Lehrbuch*, p. 102.

16. Welzel, p. 84; Jescheck-Weigend, p. 336 ss.; Jakobs, p. 466; uma síntese em Martínez Milton, Luis, *Derecho penal*, p. 315 e ss.

não inferior à que lhe proporcionaria sua própria autodefesa. Neste sentido, a subsidiariedade só interessará aos casos nos quais haja oportunidade de recorrer a tempo ao serviço público, e este seja acessível e eficaz; estão fora desse interesse todas as hipóteses nas quais a agressão provenha do próprio Estado (do próprio serviço público).

7. A partir de fundamentos mais modestos, porém não menos complexos, procurou-se o princípio regulador da legítima defesa nas *boas razões*,[17] no *social*,[18] no *adequado*, no *racional*, tudo isso com protestos de prudência que fixariam limites à necessidade ou à racionalidade de defesa.[19] No fundo, porém, a disputa sobre a base reguladora da legítima defesa exprime uma polêmica entre distintas concepções políticas.[20] Na prática, a questão mais importante que se coloca está em ter a legítima defesa como único limite a necessidade ou, pelo contrário, haver nela certa ponderação entre os bens jurídicos em questão (do agressor e do defendente). A relevância prática do debate reside, portanto, na assimilação ou na diferenciação entre legítima defesa e estado de necessidade.

8. O debate, contudo, não parece desenvolver-se adequadamente, como ocorre sempre que se pretenda contrapor o indivíduo à sociedade, tal qual no liberalismo, ou sempre que se pretenda excluir o indivíduo da sociedade, tal qual no funcionalismo de Luhmann. Não há liberdade nem direitos que possam fazer-se valer sem a autonomia política do cidadão (soberania popular). Os direitos a iguais ou maiores liberdades têm sua validade vinculada à formação da vontade política mediante procedimentos democráticos sem qualquer coerção além daquela provinda do melhor argumento.[21] Os direitos humanos fundados em sua autonomia privada (liberdade, integridade física e propriedade) só adquirem forma positiva por meio da autonomia política. Não constituem postulados morais no sentido do idealismo alemão e inclusive do próprio Habermas; pelo contrário, configuram a expressão dos interesses de uma sociedade mobilizada que faz do material uma lei e, pois, um direito, como demonstra o direito internacional dos direitos humanos. Esta oposição entre o humano individual e o humano social é sempre falsa, desde que não se concebe existência que não seja ao mesmo tempo coexistência. Na verdade, tanto o argumento objetivista quanto o subjetivista não nasceram do penalismo ilustrado, remontando a concepções de Agostinho e Tomás de Aquino. O primeiro afirma-

17. Jakobs, p. 419, 457 e 481.

18. Na paz social His, Rudolf, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, t. I, p. 196.

19. Jescheck-Weigend, p. 337.

20. Assim Schröder, Friedrich Christian, em *Fest. f. Maurach*, pp. 127 e ss. e Nino, Carlos Santiago, em *DP*, 1979, p. 235 e ss.

21. Habermas, J., *Facticidad y validez*, p. 93-95, 200 e 226.

ra que a legítima defesa não poderia justificar a morte do agressor, enquanto o segundo sustentaria o contrário. Para o bispo de Hipona, quando o homem age racionalmente ele supera o instinto de conservação animal, dando-se conta de que nem sequer sua vida pode ser defendida à custa da vida alheia; neste ponto, a lei humana estaria em contradição com a lei divina. O autor da *Summa Theologiae*, ao contrário, valia-se da teoria do *voluntário indireto*, segundo a qual o agredido não podia pretender intencionalmente matar o agressor, mas sim devia buscar como fim a conservação da própria vida, ainda que para isso o meio utilizado fosse a morte do agressor.[22]

9. Em conclusão, a legítima defesa não tem nenhuma função que permita aproximá-la da pena, e seu efeito preventivo é análogo ao da coerção direta e não ao problemático efeito preventivo que, sem qualquer comprovação empírica, é atribuído à pena como verdade dogmática. Seu fundamento não é outro senão o direito do cidadão a exercer coerção direta quando o Estado não puder proporcioná-la na situação concreta com idêntica eficácia. Como todo direito, tem limites, que não provêm apenas da necessidade, mas também da racionalidade. Os limites racionais ao exercício de um direito não alteram sua natureza, mas tão só o demarcam republicanamente. Diversamente da tradição legislativa alemã – que se refere à *defesa necessária (Notwehr)* – e a despeito da expressão "necessária defensão" empregada pelas Ordenações Filipinas (V, XXXV), a doutrina brasileira sempre tratou da *defesa legítima*, com o que manifesta que a necessidade é um requisito, porém definitivamente o limite é jurídico-valorativo e está dado pela racionalidade: *a defesa necessária será legítima sempre que também for racional.* Toda defesa racional é necessária, mas a recíproca nem sempre é verdadeira. Como se verá em seguida, tal racionalidade limitadora não deriva de qualquer fundamento objetivista, nem da consequente pretensa analogia com a pena e tampouco da proximidade com o estado de necessidade.

II. A RACIONALIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA

1. No estado de necessidade justificante (arts. 23, I, e 24 do CP) o meio lesivo é empregado para evitar um mal maior ou idêntico, enquanto na legítima defesa trata-se de evitar danos provenientes de uma conduta antijurídica. É um equívoco

22. Vecilla de las Heras, Luis, em *Rev. de Est. Penitenciarios*, Madri, 1964, n. 20, p. 661 e ss.; uma exposição completa sobre os diversos fundamentos da legítima defesa em Luzón Peña, Diego-Manuel, em CPC, 1977, n. 3, p. 101 e ss. (reproduzida na magnífica monografia *Aspectos esenciales de la legítima defensa)*; um esquema didático em Jardim Linhares, Marcello, *Legítima defesa*, p. 98; cf. também Rodrigues de Meréje, *A legítima defesa*, p. 21 e ss., e Melo Almada, Célio, *Legítima defesa*, p. 41 e ss.

considerar que na legítima defesa interviria uma *tolerância* quanto às lesões causadas no agressor pelo defendente. Nenhum Estado de direito *tolera* um direito; além do mais, se houvesse algo a deplorar seria precisamente a ineficiência do Estado e não a conduta que impediu ou interrompeu a agressão injusta. Entender a legítima defesa como prática *tolerada* supõe entender os direitos como concessões de um poder que se coloca acima da sociedade civil, perante o qual os cidadãos e os direitos não passariam de favores numa relação política clientelista pré-moderna.

2. A questão levantada pela legítima defesa não é, portanto, de *tolerância*, e sim de *racionalidade* quanto aos limites deste direito, tal como ocorre no exercício de qualquer outro direito.[23] Quando se afirma que o ordenamento jurídico *não pode tolerar* que a defesa alcance uma intensidade na qual a conduta defensiva resulte daninha à segurança jurídica, o problema não interroga o limite da tolerância e sim o da racionalidade. A racionalidade é uma característica do direito de toda república, e não poderia ser diferente na legítima defesa. Seria um grave erro pretender que se renuncie ao fundamento subjetivista quando se exclui de seu âmbito os casos de lesões inusitadamente desproporcionais, pois *todo direito tem limites na coexistência, sem que isso signifique atribuir-lhe o caráter de concessão graciosa ou negar sua natureza derivando-o de sua funcionalidade para o ordenamento jurídico.*

3. Nas situações concretas em que caiba deliberar se a injustiça da agressão justificaria a desproporção com a lesão infligida,[24] a racionalidade é o princípio corretivo em que buscar a resposta, que será sempre equívoca se passar pela *tolerância* ou desviar-se erroneamente para a ponderação de males do estado de necessidade.[25] Se se entende a racionalidade como ausência de uma desproporção insólita e grosseira entre o mal que a defesa evita e aquele que ela causa, sem prejuízo de aprofundar particularidades da fórmula em hipóteses especiais, passa-se a dispor de um critério muito mais preciso do que os geralmente empregados.

4. São evidentes as diferenças entre legítima defesa e estado de necessidade: enquanto na segunda justifica-se a causação do *mal menor ou idêntico*, na primeira justifica-se a evitação do resultado da agressão injusta (de uma conduta antijurídi-

23. Peña Cabrera, Raúl, *Tratado*, p. 411; Iglésias Río, Miguel Angel, *Perspectiva histórica, cultural y comparada de la legítima defensa*, p. 121.

24. Stratenwerth, p. 139; sobre o chamado "caso Goezt", Fletcher, Georg, *En defensa propia*; sobre pequenas lesões, Pessoa, Nelson R., *Legítima defensa*, p. 67.

25. Merkel, *Die Kollision rechtmässiger Interessen*, p. 66; Jescheck-Weigend, p. 338; em sentido análogo Fragoso, Heleno, p. 203; Correia, E., vol. 1, p. 59, parece não admitir nenhuma restrição e não alcançar o verdadeiro sentido da racionalidade; em polo oposto, Fernando Mantovani (p. 240) se aproxima do estado de necessidade, não admitindo morte nem lesões graves na defesa de bens patrimoniais; também Kargl, Walter, em *ZStW*, 1998, p. 38; mais cauteloso Bettiol, p. 336.

ca). Portanto, a legítima defesa não opera com limites provindos da ponderação de males que caracteriza o estado de necessidade, e sim com os limites impostos pela racionalidade enquanto ausência de disparidade escandalosa entre a magnitude da agressão e das lesões a bens jurídicos produzidas pela defesa que a repeliu. A questão sobre a admissibilidade da morte em defesa de bens patrimoniais não se equaciona adequadamente por meio da ponderação de males compreendidos como bens jurídicos (ou direitos subjetivos) abstratamente afetados, pois assim se pressuporia um objetivismo valorativo tão mutável quanto as conjunturas políticas. Poucos conceitos penais são tão perigosos como o objetivismo valorativo remetido à disciplina da legítima defesa: atrozes genocídios foram cometidos sob tal pretexto; nos Estados autoritários as leis sempre se intitulam "de defesa"; matou-se massivamente em "defesa" da pretensa pureza de uma suposta "raça"; escravizou-se para "defender" a civilização; torturou-se em "defesa" da "democracia" etc.

5. Bastam esses exemplos para provar que no âmbito da legítima defesa os limites não podem ser fixados por uma simples e abstrata ponderação de males: neste terreno, a defesa perderá sua legitimidade quando o emprego imoderado de meio necessário (ou o emprego ainda que moderado de meio desnecessário) provocar um resultado lesivo concreto que, pela inusitada e escandalosa desproporção para com a agressão, venha a produzir mais insegurança jurídica do que a própria agressão. Não se está aqui renunciando completamente ao fundamento subjetivista, mas tão somente reconhecendo que *não existe nenhum ordenamento jurídico que admita um individualismo de tal monta que consinta na defesa dos direitos individuais mesmo ao custo extremo de inviabilizar a coexistência, convertendo a interação social numa selva, pois isso equivaleria a sua própria negação.* Assim, no clássico e reiterado exemplo do paralítico que, tendo ao alcance das mãos apenas uma escopeta, dispara contra a criança para impedir o furto da maçã,[26] a ilegitimidade da defesa não deflui da superior hierarquia do *bem jurídico vida* sobre o *bem jurídico propriedade*, mas sim da inconformidade ao direito do fato de, para evitar uma lesão insignificante, recorrer alguém a um meio que, a despeito de necessário (por ser o único disponível), produzirá um resultado enormemente mais lesivo. Neste e em outros casos análogos, a ação de disparar poderia ser considerada *necessária*, à míngua de outra qualquer – inclusive menos lesiva – para repelir a agressão, porém não seria considerada *racional*. Desde o individualismo objeta-se que desse modo o direito consagraria o dever de suportar o injusto, mas o argumento é mais pirotécnico do que convincente, posto que a regra geral é evidentemente o inverso, e esses casos duros constituem exceção. Além disso, frequentemente o direito impõe o dever de suportar o injusto em certas circunstâncias, como o confisco de

26. Roxin, p. 632.

poupança por motivos macroeconômicos, a execução de sentenças cuja nulidade ainda não foi declarada etc.

6. Na Alemanha, este requisito não dispõe de expressa previsão legal, motivo pelo qual casos de irracionalidade foram remetidos ao quadro teórico do abuso do direito de defesa,[27] do mesmo modo que aquelas hipóteses nas quais o agredido poderia lançar mão de outro meio menos gravoso para evitar a agressão, ainda que seu emprego acarretasse insignificante lesão a seus direitos, a exemplo da agressão por parte de um doente mental ou de uma criança que o defendente pudesse eludir retirando-se ou mesmo fugindo.[28] Nos demais casos, sustenta-se corretamente que a mera possibilidade de fuga não exclui a legitimidade da defesa.[29] É preciso distinguir aqui as soluções que a possibilidade de fuga apresenta a partir do fundamento político que se outorgue à legítima defesa. Quem entende que os bens jurídicos são públicos, ou seja, que os direitos têm o Estado por titular final (e, portanto, a defesa é uma questão do Estado) terá consequentemente que impor ao súdito na iminência de ver-se agredido o dever de fugir sempre que a fuga logre evitar a agressão, solução predominante no antigo regime, com exceção de nobres e militares, para quem se considerava afrontoso fazê-lo.[30] Essa limitação não pode significar, num Estado de direito, a obrigação dos cidadãos de suportarem agressões injustas sob pretexto de interesses superiores, porém tão somente implica demarcar a defesa no quadro das mesmas restrições impostas a qualquer exercício de direito, isto é, ao princípio de *iguais liberdades,* comum a todos eles, que torna abusivo todo exercício de direito lesivo à liberdade dos demais.

7. Parece paradoxal, nos exemplos citados, que caiba reconhecer algum direito ao agressor, a quem organizou um curso lesivo contra o defendente. No entanto, quando se coloca o problema na perspectiva oposta (ou seja, na perspectiva do

27. Cf. Henkel, *Recht und Individualität*, p. 67; Schaffstein, Friedrich, em *Monatschrift für Deutsches Recht*, 1952, p. 132; Himmlereich, Klaus, em *GA*, 1966, p. 129; Welzel, p. 86; Kratzch, Dietrich, *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*; Roxin, p. 632.

28. Stratenwerth, p. 138; Welzel, p. 86.

29. Cf. Díaz, Emilio, *El Código Penal*, p. 79; Ranieri, Silvio, *Manuale*, p. 54; Roxin, p. 633; Jakobs, p. 475; Hungria, vol. 1, t. II, p. 288.

30. Muyart de Vouglans, I, p. 10. Algo desse sentido aristocrático e militar de honra sobrevive nas formulações jurídicas a respeito. Marcello Jardim Linhares, que corretamente distingue entre a fuga e o *commodus discessus*, caracteriza este último, entre outros elementos, por "não resultar para o agente o caráter de ação vil e desonrosa" (op. cit., p. 354). Velho acórdão de um tribunal brasileiro registrava que "um militar, principalmente um oficial superior, não pode dar mostras de covardia e fugir daquele que o ameaça" (cf. Rodrigues de Meréje, op. cit., p. 39). Hungria dizia que "a lei não pode exigir que se leia pela cartilha dos covardes e pusilânimes" (*Comentários*, vol. 1, t. II, p. 292).

agressor) a solução individualista radical deve ser rechaçada por redução ao absurdo: não é possível sustentar que a criança perdeu todos os direitos quando desejou subtrair a maçã do paralítico, pois essa cabal desqualificação jurídica não se dá hoje nem quando alguém é condenado à mais severa das penas pela prática do mais grave dos crimes,[31] preservando ele todos os direitos não afetados pela execução penal.

8. Este limite se impõe em função do princípio de iguais liberdades, que implica a reserva do âmbito de autonomia privada sempre que seu exercício não envolver lesão de iguais liberdades alheias, inclusive as do próprio agressor. Não se trata de restringir a legítima defesa em nome de pretensos valores objetivos, como os pequenos injustos desprovidos de "perigo social" excluídos pelo direito soviético,[32] nem de pretender que os bens do agressor e do defendente pertencem ao Estado e que este não poderia tolerar sua perda além de certa medida, senão de simplesmente reafirmar que o direito de um cidadão não pode ser irracionalmente afetado e que o agressor não pode ser reduzido a um objeto de direitos de terceiros consagrando um *nexum* aplicável a agressores. Assim, o princípio de iguais liberdades deve ser também compreendido como base da plataforma regulativa da racionalidade na defesa que, assinalando um limite ao exercício de um direito perante as liberdades de terceiros, opera como a *lex poetelia papiria* em relação aos devedores, de sorte a – sem ponderar a preeminência de um direito ou de um mal ou de um valor sobre outro – exprimir enfaticamente que o irracional não pode constituir nenhum direito.

9. Quem fuzila o punguista que lhe está subtraindo irrisória quantia não se defende legitimamente, porque tal defesa é tão insolitamente desproporcional que produz um conflito mais alarmante do que o furto repelido, e isto mesmo que a arma de fogo fosse o único meio disponível. (Se caberia exculpar o defendente abusivo, diante de circunstâncias por ele representadas, é assunto que será em seguida abordado.) A necessidade racional não aponta para meios defensivos em concreto, atendo-se apenas a que a magnitude da repulsa não seja juridicamente disparatada em relação à lesão que se busca repelir. Não pode constituir regular exercício de direito aquele que implique desnecessária lesão a direitos alheios. O requisito de racionalidade impede a legitimação da defesa abusiva: o paralítico que mata a criança para preservar a posse da maçã atua antijuridicamente, fora do âmbito de seu direito à legítima defesa por falta deste requisito essencial.

10. Para o direito brasileiro, "entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem" (art. 25 do CP). Observe-se a precedência que, na fórmu-

31. Nesse sentido parece perigosa a afirmação de Jakobs, p. 482.

32. Cf. Schröder, Friedrich-Christian, em *Fest. f. Maurach*, p. 127 e ss.

la legal, deferiu-se à moderação da reação defensiva e ao emprego de meios defensivos necessários, isto é, racionalmente adequados à evitação ou contenção da agressão.[33] Como em tantos outros direitos nacionais europeus, a preocupação canônica com a moderação da reação defensiva (*defensio debet esse offensioni proportionata*) chegara ao direito português, e as Ordenações, ao despenalizarem a morte do agressor, ressalvavam o defendente que "excedeu aquela temperança que devera ou pudera ter", caso em que seria ele "punido segundo a qualidade do excesso".[34] Nosso Código imperial subordinava a eficácia justificante da defesa, entre outros requisitos, à "falta absoluta de outro meio menos prejudicial" (art. 14, §§ 3.º e 4.º, do CCr 1830). Para o Conselheiro Paula Pessoa, "o direito de defesa (...) cessa quando o ataque foi repelido e o perigo passou", e logo o defendente poderia ser responsabilizado por "imprudência e precipitação" quando não mantivesse proporcionalidade entre a reação defensiva e o ataque sofrido ou golpeasse o agressor após cessada a agressão.[35] Vieira de Araújo, para quem a defesa representava "um verdadeiro direito que o indivíduo exercita", postulava "uma certa relação dela com a agressão", apesar de considerar, numa linha que remonta aos práticos, "impossível estabelecer uma relação mathematicamente exacta" entre ambos.[36] No Código Penal de 1890 aquela "falta absoluta de outro meio menos prejudicial" do código imperial transformou-se no "emprego de meios adequados para evitar o mal e em proporção da agressão" (art. 34, 3.º). Mas essa proporcionalidade foi logo relativizada pela jurisprudência e pela doutrina. Acórdão de 1910 afirmava que a exigência de uma "proporcionalidade absoluta entre agressão e defesa (...) anularia a justificativa", sendo impossível ao agredido "a exacta observação dos meios de ataque para ajuizar da legitimidade dos meios de repulsa a seu alcance".[37] Macedo Soares reivindicava "que a pessoa atacada tivesse conhecimento desse meio de defesa mais

33. A uma "necessidade racional" dos meios empregados para prevenir ou suspender a agressão se referia Cavaleiro de Ferreira, *Direito penal português*, I, p. 363.

34. Ord. Man. V, X; Ord. Fil. V, XXXV (atualizou-se a grafia). Em seu anteprojeto, Mello Freire substituiu a palavra *temperança* por *modo* (na acepção de justa medida empregada pelos práticos – cf. Julius Clarus, *Practica Criminalis*, § *Homicidium*, n. 34): "Não commette delicto o que em sua justa, e necesaria defesa ferir, ou matar, não excedendo o modo" (Ensaio do Código Criminal, tít. II, § 18).

35. Paula Pessoa, Vicente Alves, *Codigo Criminal do Imperio do Brazil*, p. 54-55.

36. Vieira de Araújo, João, *Codigo Criminal Brasileiro*, p. 276 e 287. Também Thomaz Alves Junior, que via no excesso um castigo ou uma vingança puníveis do defendente, também mencionou as dificuldades em dosar "com rigoroso escrúpulo" a reação defensiva (*Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*, I, p. 271). Para as raízes nos práticos, cf. Carrara, *Programma*, § 1338, nota 1.

37. Corte de Apellação do Distrito Federal, 1.ª C., 01.08.1910, em Costa, Edgar, *Repertório de Jurisprudência Criminal*, p. 75. Carrara observou com finura que a exigência de estrita

brando" utilizável por ela, e Costa e Silva – invocando Lima Drummond – afirmava que "o perigo subjetivo, e não o objetivo, deveria ser o critério para decidir se houve ou não moderação".[38] O coroamento dessa tendência, que proporia a subjetivização de toda a legítima defesa, se daria entre nós com Pedro Vergara, porém não resistiria à crítica de Hungria.[39]

11. Nada informa sobre a punibilidade do defendente abusivo a classificação do excesso em *intensivo* (quando, na iminência dela ou durante a agressão, o defendente emprega um meio grosseiramente desnecessário para contê-la[40]) e *extensivo* (quando, cessada a agressão, o defendente ainda persiste no emprego do meio necessário do qual se valera para contê-la[41]).[42] A punibilidade do excesso, seja ele intensivo ou extensivo, se apresenta em outra classificação, fundada na subjetividade do defendente abusivo. Sob a rubrica "excesso punível" dispõe nossa lei – e o dispositivo se aplica a todas as causas de exclusão de ilicitude – que "o agente (...) responderá pelo excesso doloso ou culposo" (art. 23, par. ún., do CP). Ao lado do excesso *doloso* e do excesso *culposo*, sobre os quais nos deteremos em seguida, existe o chamado excesso *escusável*, que na verdade constitui um problema no âmbito da culpabilidade e não da ilicitude. Com quase a mesma redação do malogrado Código Penal de 1969 (art. 30, § 1.°), encontra-se ele previsto em nosso Código Penal Militar: "Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação" (art. 45, par. ún., do CPM).[43] O exces-

proporcionalidade na reação defensiva "constitui uma exceção que destrói a regra" (*Programma*, §1339).

38. Macedo Soares, O., *Codigo Penal*, p. 91; Costa e Silva, A. J., *Código Penal*, p. 263.

39. Vergara, Pedro, *Da legítima defesa subjetiva*; Hungria, Nélson, *Comentários*, vol. 1, t. II, p. 289-290.

40. "Será que uma galinha vale a perda de uma vida humana? (...) O furto de uma galinha e danos no galinheiro jamais poderão valer o sacrifício da vida humana" (TJRS, rel. Des. Antônio Augusto Fernandes, *RJTJRS* 113/76, apud A. Silva Franco e R. Stoco (org.), *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, vol. 1, p. 410).

41. "Verifica-se o excesso na reação (...) na conduta do acusado desfechando mais tiros no ofendido quando este, ferido mortalmente, já não oferecia qualquer perigo à sua incolumidade física" (TJSP, rel. Des. Márcio Bonilha, *RT* 525/350, apud A. Silva Franco e R. Stoco (org.), op. cit., vol. 1, p. 410-411). Argumenta-se que no excesso extensivo existe menor conteúdo de injusto já que se trata de conduta em seu início justificada e só posteriormente antijurídica (Giménez, Arnoldo A., em *JA*, 18 –VIII-1976).

42. Cf. Cirino dos Santos, Juarez, *Direito penal*, p. 241.

43. Da lei militar, por razões institucionais, suprimiu-se a palavra "medo", presente na redação do Código Penal de 1969. Um de nossos destacados autores de direito penal militar, Esmeraldino Bandeira, sustentava já em 1919 (reiterando sua opinião em 1923) que nossa lei castrense deveria introduzir o excesso escusável (cf. Roque de Brito Alves, *A moderação*

so doloso oferece poucos problemas. Neste caso, o defendente abusivo, consciente da grosseira desnecessidade do meio escolhido e da disponibilidade de meios alternativos (no excesso intensivo) ou do término da agressão (no excesso extensivo) voluntariamente vulnera ou continua a vulnerar bens jurídicos do agressor. Como disse lapidarmente Hungria, "a defesa como meio desnecessariamente desproporcionado ou com imoderação no emprego do meio disponível torna-se violência injusta e coloca o agressor, por sua vez, em situação da legítima defesa".[44] A pena do defendente abusivo doloso deve, contudo, ser atenuada, seja por ter ele atuado "sob a influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima" (art. 65, III, *c*, do CP), seja pela atenuante genérica (art. 66 do CP); na lei penal militar há previsão expressa de atenuante para a hipótese (art. 46 do CPM). No excesso culposo, o defendente abusivo incautamente ou superestima a agressão desfechada ou em vias de desfechar-se contra ele ou subestima a eficácia de um meio defensivo menos drástico ao qual poderia recorrer, lançando por isso mão de meio grosseiramente desnecessário (excesso culposo intensivo) ou desatentamente não percebe que a agressão já cessara e mesmo assim persiste na utilização do meio defensivo ainda que necessário (excesso culposo extensivo). A consagrada fórmula de Carrara, do "erro de cálculo", tem no excesso culposo plena aplicação.[45] Para as concepções causalistas de crimes culposos, concentradas em torno da produção involuntária do resultado, a expressão excesso *culposo* causava estranheza, já que os golpes vibrados pelo defendente abusivo em seu agressor são inequivocadamente voluntários; foi opinião muito difundida que tal expressão sinalizaria tão somente uma equiparação *quoad poenam*,[46] com raízes na proposta dos práticos de aplicar-se à hipótese a mais benigna pena extraordinária.[47] Hoje, contudo, quando se sabe que ao tipo culposo não interessa a conduta final do sujeito e sim a causação de um resultado proibido evitável e previsível mediante a violação do dever de cuidado, a circunstância de serem voluntários os golpes do defendente abusivo não inviabiliza a busca de um conteúdo culposo para tal situação. Quando o agredido vibra seus golpes contra o agressor, exerce atividade final lícita, tal qual o motorista habilitado

na legítima defesa, p. 174), por influência de diversos códigos europeus (alemão, austríaco, holandês etc.). Em 1925, Lemos Sobrinho, sob a mesma influência, reivindicava também reconhecimento legal ao excesso escusável (*Legítima defesa*, p. 82 ss.).

44. *Comentários*, vol. 1, t. II, p. 304.

45. "L'eccesso di difesa non può esser oggi altro che un errore di calcolo" (*Programma*, § 1.345).

46. Para essa opinião, inclusive no Brasil, Hermes Vilchez Guerrero, *Do excesso em legítima defesa*, p. 132 e ss.

47. Tratando do excesso, dizia Julius Clarus: "Bene verum est, quod hoc casu non debet puniri poena ordinaria homicidii, sed solum de excessu poena extraordinaria, et mitiore arbitrio iudicis" (op. cit., § *Homicidium*, n. 34).

que dirige seu carro pelas ruas da cidade. A irracional desproporção entre agressão e o meio defensivo utilizado ou a persistência do emprego do meio, ainda que necessário, após cessada a agressão pode decorrer de uma decisão consciente do sujeito (excesso doloso) ou de um imputável defeito de sua percepção, que negligenciou na avaliação do volume ou da duração da agressão (excesso culposo). A impropriedade da designação excesso culposo não é hoje tão escandalosa quanto foi no passado. Por certo, quando o defeito de percepção do agredido provém da surpresa, do medo ou da perturbação de ânimo produzidos pela agressão, o excesso será escusável, suprimindo a culpabilidade pela pontual inexigibilidade do comedimento defensivo reclamado pelo direito.[48]

12. O *princípio da proporcionalidade*, tão difundido pelo neoconstitucionalismo, e que aliás atende também pelo nome de *princípio da proibição do excesso* (*Übermassverbot*), poderia ser experimentado para favorecer a caracterização do excesso na legítima defesa? Para tanto, caberia transportá-lo das relevantes funções que – na esteira do penalismo ilustrado – desempenha, a partir do princípio do Estado de direito e das garantias fundamentais,[49] para o território mais modesto de um conflito interindividual. Para efetuar tal transposição ao nível dos três subprincípios que se integram no princípio da proibição de excesso, é preciso utilizar analogicamente as lições da doutrina. (a) O *subprincípio da adequação* (ou da *idoneidade*, ou da *conformidade*) impõe que o meio defensivo seja "apropriado à consecução do fim",[50] "útil para lograr o fim perseguido",[51] exigindo "uma relação de adequação entre meio e fim que se verifica quando, por intermédio daquele, torna-se possível atingir o objetivo desejado".[52] Já se observou que a adequação ou idoneidade entre um meio e o fim almejado admite graduação e que "entre os extremos do absolutamente idôneo e do manifestamente inidôneo existe uma ampla escala de respostas intermediárias".[53] Na legítima defesa, o exame da adequação ou idoneidade do meio defensivo restringe-se aos meios concretamente disponíveis pelo agredido na situação por ele vivenciada. Atear fogo à casa, de cuja janela o agressor injuria verbalmente o desafeto que passa diante dela, configura exemplo do emprego de meio inadequado (ou inidôneo) para o fim de defesa da honra. (b) O *subprincípio da ne-*

48. Cf. Altayr Venzon, *Excessos na legítima defesa*, p. 54 e ss.; Hermes Vilchez Guerrero, op. cit., p. 155 ss.; Marcello Jardim Linhares, *Legítima defesa*, p. 395e ss.; Lemos Sobrinho, op. cit., p. 82 ss.

49. Canotilho, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 267.

50. Extraído de Canotilho, op. cit., p. 269.

51. Extraído de Mata Barranco, Norberto, J. de la, *El principio de proporcionalidad penal*, p 148.

52. Extraído de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 126.

53. Extraído de Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 388.

cessidade (ou da *exigibilidade*, ou da "menor ingerência possível") postula que o meio defensivo empregado, "comparado com outros meios alternativos igualmente idôneos para alcançar o mesmo fim, resulte ser o (...) menos lesivo para os direitos fundamentais afetados pela intervenção"[54] defensiva. Aqui se perguntaria se o defendente abusivo "poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para"[55] o agressor. O homem válido e robusto que se defende dos socos desnorteados de um bêbado visivelmente trôpego e desarmado com uma rajada de metralhadora exemplifica convenientemente o emprego de meio desnecessário.[56]
(c) O *subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito* será invocado após a constatação da adequação e da necessidade do meio defensivo empregado, para averiguar, por intermédio de um "juízo de ponderação",[57] se foi ele – seja pelos efeitos que decorram naturalmente de seu emprego, seja pela forma especialmente severa ou reiterativa com a qual foi empregado – proporcionado à agressão. Tal comparação, ao contrário do que se dá quando o princípio é convocado para a difícil tarefa de cotejar um delito com a pena que o legislador lhe cominou, deve ser realizada apenas no plano do concreto, defrontando-se a agressão injusta e o meio defensivo tal como realmente se apresentaram.[58] Será de reconhecer-se desproporção sempre que os danos a bens jurídicos do agressor forem significativamente superiores aos que teriam sido produzidos pelo emprego de outro meio disponível ou pelo mais comedido emprego do mesmo meio defensivo:[59] para afinar o barema valorativo que viabiliza a comparação, será fundamental conhecer qual era o direito agredido. A morte do agressor que pretendia matar o defendente é, em princípio, justificada, ao contrário da morte do agressor que pretendia furtar umas frutas do pomar do defendente. Os tribunais brasileiros frequentemente levam a cabo este juízo de ponderação,[60] porém advertem com ênfase ser completamente dispensável qual-

54. Extraído de Lopera Mesa, op. cit., p. 433; no mesmo sentido, Mata Barranco, op. cit., p. 153.

55. Extraído de Canotilho, op. cit., p. 270.

56. "A legítima defesa somente justifica as ações defensivas necessárias para afastar uma agressão antijurídica da forma menos lesiva possível para o agressor" (TJBA, rel. Des. Gerson Pereira, *Bahia Forense* 23/248).

57. Canotilho, op. cit., p. 270; Lopera Mesa, op. cit., p. 497.

58. Sobre proporcionalidade abstrata e concreta, Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, p. 282 e ss.

59. Cf. Mata Barranco, op. cit., p. 154.

60. "A diferença etária entre o réu, à época dos fatos com 26 anos, torna inverossímil a versão da legítima defesa, pois tudo leva a crer que o uso de arma de fogo seria desnecessário contra um indivíduo de idade tão avançada" (TJSP, rel. Des. Raul Motta, *RT* 737/605); "A desproporção entre a compleição física masculina e aquela feminina deixa evidenciado que, não sendo em caráter absolutamente excepcional, não há necessidade de agressão

quer "rigor matemático" na comparação, particularmente quando a agressão injusta se dirige contra a vida ou a incolumidade física do defendente, ou quando não dispunha o defendente de outro meio.[61] Experimentar o princípio da proporcionalidade no campo do excesso na legítima defesa é ainda um desafio à criatividade penalística.

III. CASOS DUVIDOSOS DE NECESSIDADE RACIONAL (INCLUSIVE NOS *OFFENDICULA*)

1. Examinemos aquela constelação de casos que tanto preocuparam a doutrina, nos quais o defendente predispõe meios defensivos mecânicos que reagirão automaticamente quando acionados pelo agressor (*offendicula*). Tais casos compreendem desde cacos cortantes de vidro afixados sobre muros divisórios até a colocação de uma bomba que explodirá se o segredo do cofre-forte for manipulado erroneamente, passando por armadilhas mutilantes, eletrificação de cercas,[62] predisposição de armas[63] etc. Conviria discernir, aqui, três grupos de casos. No primeiro grupo, além da rigorosa proporcionalidade entre a previsível futura agressão e o meio defensivo predisposto, e além da adoção de cautelas para evitar cabalmente que a reação mecânica recaia sobre inocente, encontramos advertências claras (cartazes, sinais de perigo) sobre o *offendiculum*. Pensemos, para exemplificar, no proprietário de uma casa situada em lugar ermo que, depois de ter carro, móveis e aparelhos eletrodomésticos subtraídos duas vezes, eleva o muro para uma altura de seis metros, e aplica-lhe no topo alguns fios de arame farpado comedidamente eletrificados, afixando do lado de fora cartazes berrantes com o aviso "cuidado – cerca ele-

---

física para que um homem saudável ponha cobro a eventuais inconveniências por parte dela" (TACrimSP, rel. J. Adauto Suannes, *Julgados TACrimSP* 72/394); "Inadmissível possa alguém repelir legitimamente um simples pontapé, ou rasteira, com reiterados golpes de faca" (TACrimSP, rel. J. Xavier Homrich, *Julgados TACrimSP* 33/214); todas as ementas citadas em A. Silva Franco e R. Stoco, op. cit., p. 408 e ss.

61. "Ocorre moderação no revide mesmo que se tenha usado de meio que ocasione lesão mais grave do que a que poderia resultar da agressão impedida se de outro meio não dispunha o defendente para exercitar a repulsa" (TACrimSP, rel. J. Gudesteu Biber, *RT* 667/318).

62. "As precauções de cercar a residência com fios elétricos, para evitar que a mesma volte a ser objeto de crime contra o patrimônio, não configura o delito do art. 132 CP. Quem assim age tem a seu favor a legítima defesa" (TACrimSP, rel. J. Isnard dos Reis, *RT* 304/464; sempre apud A. S. Franco e R. Stoco (org.), *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit., p. 416).

63. "Vigia que morava com a família em terreno de um depósito que já fora objeto de furtos anteriores. Montagem para a defesa do estabelecimento e da família de *offendiculum* consistente em arma colocada sobre uma mesa, fixada em um trilho de ferro e ligada a uma tábua que, pisada por alguém, acionaria a arma." (TJSP, rel. Des. Cunha Bueno, *RJTJSP* 128/432.)

trificada – perigo". As lesões corporais decorrentes das farpas ou da eletricidade ativada, nas mãos e antebraços do frustrado ladrão, podem ser solucionadas, nesse grupo de casos, ao nível da tipicidade objetiva sistemática (atípica autolesão) ou ao nível da tipicidade objetiva conglobante (pelo consentimento informado da "vítima" que conscientemente optou por sua autoexposição a perigo). Para este primeiro grupo de casos, nos quais o meio defensivo predisposto é completamente proporcional à previsível futura agressão, e todos os cuidados foram adotados para impedir incidisse ele sobre terceiros, e ademais sua presença foi convenientemente informada, a lesão do agressor não é objetivamente típica. Para este grupo, o duro *imputet sibi* de Manzini é absolutamente correto, pois só ao agressor é imputável a lesão corporal por ele sofrida.[64] A autotutela imanente a qualquer direito autoriza o possuidor a empeçar eventual turbação da posse: trancas, portas, fechaduras, correntes e cadeados são dispositivos cuja destruição ou rompimento qualificam o furto (art. 155, § 4.°, I, do CP). O sentido original da palavra *offendiculum* é exatamente o de obstáculo, impedimento, oposição. A instalação de meio defensivo, quando observada criteriosamente a proporcionalidade com a provável agressão, tomadas todas as providências para evitar o acionamento casual por terceiros e informados enfaticamente os riscos dele provenientes configura atividade lícita. Passaria pela cabeça de alguém imputar ao morador do apartamento o traumatismo cranioencefálico sofrido pelo invasor que tentou romper a porta com valentes cabeçadas? Neste primeiro grupo, a solução jurídica não se altera segundo o atingido pelo *offendiculum* seja efetivamente um agressor (o ladrão que ia transpor o muro para roubar) ou um inocente (o curioso que apenas queria espiar o que havia no quintal). Falta aqui simplesmente qualquer desvalor de ação ao sujeito que instalou o *offendiculum*.

2. O segundo grupo de casos tem em comum com o primeiro a estrita proporcionalidade entre o meio defensivo predisposto e a provável agressão e a adoção de medidas de prudência para evitar o acionamento casual do meio, porém a instalação do *offendiculum* não é objeto de advertência clara e inequívoca, ou é até mesmo dissimulada. Agora, a solução jurídica será distinta, segundo o atingido pelo meio defensivo automático seja um agressor ou um inocente. Duvidou-se de que, atingido nessas circunstâncias um real agressor, se pudesse resolver a questão como legítima defesa, argumentando-se com a falta de agressão iminente (já que o meio defensivo é predisposto *antes* da agressão) e com a dificuldade de moderação da reação defensiva (proporcionalidade) inerente a mecanismos reativos.[65] O argumento

64. "Se o delinquente, invadindo a casa alheia, cai em alguma desgraça (*incappa in qualche malanno), imputet sibi*." (Manzini, *Trattato*, cit., vol. 2, p. 376.)

65. Entre nós, Aníbal Bruno (*Direito penal*, vol. 1, t. II, p. 10); cf. Maurach-Zipf, *Strafrecht*, vol. 1, p. 389.

da atualidade é facilmente superável, porquanto no momento em que o ladrão escala o muro, iniciando a execução de um furto qualificado pela escalada (art. 155, § 4.°, II, do CP), temos sem dúvida até mais do que uma agressão iminente, temos já uma agressão atual.[66] Quanto à proporcionalidade, é fora de dúvida que aquele que instala o *offendiculum* pode tecnicamente calibrar seus efeitos (por exemplo, limitando a potência da energia elétrica). Um dispositivo mecânico letal, instalado para a mera defesa da posse, está em princípio fora deste segundo grupo de casos; contudo, o mesmo dispositivo instalado na porta da casa de uma testemunha ameaçada, sabedora de que seria seguramente morta nos próximos dias, ativado certa madrugada quando um pistoleiro armado conseguira, graças a uma chave "micha", abrir a porta, pertenceria a este grupo.[67] Podemos, pois, admitir legítima defesa sempre que o *offendiculum* – observadas as exigências de proporcionalidade e cuidado já mencionadas, embora ausente advertência sobre sua instalação – atingir um agressor. Caso, a despeito das precauções adotadas, nessas mesmas circunstâncias for atingido um inocente (o curioso que só pretendia espiar o quintal alheio), a solução se encaminhará, à míngua de agressão injusta, para o campo do exercício regular (ou abusivo) de direito (manutenção preventiva de posse turbável – art. 1.210 do CC).

3. Num terceiro grupo de casos faltará totalmente a proporcionalidade (em princípio, falta proporcionalidade em todo *offendiculum* que para a proteção de direitos patrimoniais possa matar o agressor) ou, mesmo presente a proporcionalidade, faltam as mínimas cautelas para evitar o acionamento casual do dispositivo. Aqui, a solução é remetida ao tema do excesso: excesso na legítima defesa (se o atingido era agressor) ou abuso no exercício do direito de autotutela (se o atingido era inocente). Como visto, o excesso pode ser doloso (hipótese em que o defendente preventivo responderá por homicídio doloso ou lesões corporais dolosas, com espaço para o compósito preterdoloso previsto no art. 129, § 3.°, do CP) ou culposo (hipótese

66. Marcello Jardim Linhares, *Legítima defesa*, p. 358; Célio de Melo Almada, *Legítima defesa*, p. 83 e ss. "Em casos como o da espécie, a defesa é preparada de antemão, isto é, quando o perigo ainda é futuro, mas o funcionamento do aparelho é necessariamente subordinado à efetividade da agressão." (TACrimSP, rel. J. Ferreira Leite, em *Julgados TACrimSP*, 15/247.)

67. No julgamento do caso referido na nota 63, o tribunal ocupou-se pormenorizadamente das cautelas: "Cuidado do vigia de montar o *offendiculum* quando não havia mais ninguém no local e de desmontá-la, quando do início do trabalho no dia imediato. (...) O aparelho só funcionaria quando alguém (no caso, a vítima e seu comparsa) entrasse na área coberta, onde havia coisas a serem furtadas, e em tal mister pisasse na tábua ligada à espingarda. Só funcionaria, como se viu, de madrugada, estando a área fechada ao público" (TJSP, rel. Des. Cunha Bueno, *RJTJSP* 128/432). Opondo-se radicalmente a qualquer *offendiculum* que possa tirar a vida do agressor, Jacson Zilio, *Legítima defensa*, p. 151.

em que responderá ele por homicídio culposo ou lesões corporais culposas). Não se pode excluir que alguém, aterrorizado por ameaças reiteradas e convincentes e desprovido de alternativas, instalando um *offendiculum* drasticamente letal, esteja em situação de excesso *escusável*; esta, contudo, é uma questão que pertence ao âmbito da culpabilidade.

4. A necessidade de defesa deve ser valorada sempre *ex ante* e nunca *ex post*, ou seja, a partir do ponto de vista do sujeito que se defende.[68] Quem dispara sobre o indivíduo que lhe aponta uma arma de fogo defende-se com meio necessário, ainda que mais tarde se comprove que o agressor apontava-lhe uma arma descarregada. Se, contudo, fosse possível *ex ante* reconhecer a desnecessidade do meio defensivo empregado, e tal reconhecimento não se houvesse dado em razão de um verdadeiro erro provocado pela perturbação de ânimo causada pela agressão, retornaríamos a um problema de culpabilidade (excesso escusável). Quando o medo ou a surpresa da agressão gerarem no defendente um verdadeiro transtorno mental transitório, a solução se transferirá para o campo da imputabilidade.[69]

5. A distinção entre a natureza do dever jurídico (atipicidade por falta de antinormatividade) e das causas de justificação (exercício do direito a realizar a conduta típica) é aqui especialmente importante. Agentes policiais no exercício de suas funções empreendem rotineiramente ações defensivas que lhes são impostas pela lei. O policial que dispara contra alguém que se encontrava prestes a matar outro cidadão não atua tipicamente: o cumprimento do dever jurídico que o obriga exclui a antinormatividade de sua conduta, donde deflui sua atipicidade objetiva conglobante.[70] O cidadão comum tem o direito de defender terceiros, mas o policial tem o dever de fazê-lo – e a tal ponto que, se o não fizer, pode ser responsabilizado até mesmo criminalmente. Dúvidas se apresentam quanto à extensão do dever comparativamente ao exercício do direito, afirmando-se que no caso do policial seu dever de intervir é mais estreito do que o âmbito de intervenção como direito ao particular,[71] a partir das regras sobre uso de armas pela polícia, regras essas que no direito penal italiano geraram uma justificativa autônoma, o "uso legítimo de armas".[72] A rigor, o dever jurídico que vincula o policial não assinala um âmbito de intervenção menor do que aquele que assiste o cidadão comum; apenas, em face

68. Cf. Welzel, op. cit., p. 86; radicalmente, Pedro Vergara, *Da legítima defesa subjetiva*.

69. Cf. Mendoza Arévalo, José R., *La legítima defensa en la jurisprudencia venezolana*, p. 69.

70. Cf. vol. 2, t. I, p. 231 e ss. (§ 32, IV).

71. Assim Roxin, p. 656 e ss.

72. Cf. Alibrandi, Luigi, *L'uso Legittimo delle armi*. Para alguns, a proporcionalidade seria um "elemento implícito" desta causa de justificação (p. 92). No Brasil, o uso legítimo de arma está regido pela Lei 13.060, de 22.12.2014.

de seu adestramento específico, exige-se do policial uma valoração *ex ante* da necessidade mais ajustada à necessidade real do meio empregado. Em última análise, não se trata de um âmbito mais angusto de intervenção, e sim de uma mais estrita economia da violência. Esta é a solução que se impõe, porque do contrário nem se compreenderia que a legítima defesa fosse substitutiva e nem mesmo se justificaria a própria existência da força pública. Os números escandalosos das execuções policiais de suspeitos na América Latina reivindicam enfatizar essa exigência de valoração profissional da violência defensiva necessária.

6. Quando o funcionário submetido a dever jurídico atua em defesa própria, cabe igualmente um ajuste na tolerância a certas agressões, que o cidadão comum não estaria obrigado a suportar, como incontinências verbais emotivas (que a sangue frio poderiam caracterizar desacato), imprecações generalizadas e até mesmo pequenos danos na viatura policial.[73] São limites derivados da racionalidade dos atos de governo e especialmente do dever de preservar ou restabelecer a paz pública. Ressalvados estes ajustes, e frisando o encargo e uma mais apurada valoração *ex ante* da necessidade do meio defensivo, os funcionários, particularmente os policiais, conservam o direito à legítima defesa própria, como qualquer cidadão comum.

IV. OBJETOS ("DIREITOS") LEGITIMAMENTE DEFENSÁVEIS

1. No conceito legal de legítima defesa encontramos um defendente que "repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem" (art. 25 do CP). Tal conceito, formulado pelo Código Penal de 1940 e mantido *ipsis verbis* na reforma da Parte Geral de 1984, identifica como objeto da agressão um direito do defendente ou de terceiros. Nosso Código Criminal de 1830 autorizava a defesa "da própria pessoa ou de seus direitos" (art. 14, § 2.º), e nosso Código Penal de 1890 frisava não se restringir a legítima defesa "à proteção da vida", acrescentando que "ela compreende todos os direitos que podem ser lesados" (art. 32, § 2.º). Nessa invocação de "direitos" agredidos, frequente em tantas legislações de nossa família jurídica, sobrevive um anacronismo teórico: a concepção de que a agressão ilícita ofende direitos subjetivos. Tal concepção, que predominou no pensamento liberal,[74] seria superada pela elaboração – a partir do famoso artigo de Birnbaum e de Binding – do conceito de bem jurídico, além dos problemas levantados pelo próprio

73. Cf. Köhler, p. 277.

74. Na escola toscana tratava-se de opinião comum: para Carmignani, "o delito vulnera os direitos" (*Elementa iuris criminalis*, § 120), e para Carrara "o delito é uma contradição entre um feito humano e um direito" (*Programma*, § 54). Feuerbach afirmava que o objetivo geral da legislação penal residia na "conservação dos direitos" (*Lehrbuch*, § 23).

conceito de direito subjetivo.[75] Por isso, a despeito do conceito legal referir-se a "direitos" do defendente, a doutrina preferirá mencionar os "bens jurídicos" afetados pela agressão injusta.

2. A evolução legislativa da legítima defesa deu-se no âmbito dos crimes de homicídio e lesões corporais,[76] estendendo-se logo a outros bens jurídicos, particularmente ao patrimônio. Foi assim que o instituto, libertando-se da disciplina do homicídio e das lesões, chegou à parte geral dos Códigos. Recentemente, como efeito de experiências políticas traumáticas, surgiu uma tendência a que a legítima defesa possa abranger direitos pertinentes à autonomia pública dos cidadãos, reconhecendo-se o direito à defesa do modelo democrático de governo. É hoje praticamente unânime a opinião de que todo bem jurídico pode ser legitimante defendido,[77] ainda que de sua lesão não se ocupe a lei penal.[78] Temperando essa tendência, salienta-se ser incabível a legítima defesa contra meros ilícitos civis,[79] caso no qual a conduta pretensamente defensiva subsume-se no exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP). A referência, na lei brasileira, a "direito seu ou de outrem" (art. 25 do CP) deixa clara a amplitude dos bens jurídicos defensáveis entre nós. Convém observar que, na legítima defesa de terceiros, é indispensável que o titular do bem jurídico agredido tenha interesse em sua proteção: o consentimento do ofendido, ao excluir a tipicidade objetiva (sistemática ou con-

75. Para Kelsen, o direito subjetivo não passaria de um "simples reflexo de um dever jurídico", que ele considerava "supérfluo" para a exata demarcação da situação jurídica: "o indivíduo que tem o direito, isto é, aquele em face do qual esta conduta há de ocorrer, é apenas objeto da conduta" (*Teoria pura do direito*, vol. 1, p. 248). Del Vecchio, apesar de reconhecer a estrita conexão do direito subjetivo com o objetivo, vê na legítima defesa ofensa ao primeiro: "a possibilidade jurídica de agir, implícita sempre no direito subjetivo, traduz-se então em ato" (*Lições de filosofia do direito*, p. 436).

76. P. ex., CP francês, arts. 328 e 329.

77. Cf. Mayer, M. E., 1923, p. 278; sobre a possibilidade de defender o direito de preferência no estacionamento de veículos, Bockelmann, Paul, nota em *NJW*, 1966, p. 745 e ss.; Busse, Volker, *Nötigung im Strassenverkehr*, p. 123; Jescheck-Weigend, p. 339; Welzel, p. 84; Jakobs, p. 458; Köhler, p. 266; Roxin, p. 623; Núñez, vol. 1, p. 351; Soler, vol. 1, p. 359; Fontán Balestra, vol. 2, p. 131; Cousiño MacIver, vol. 2, p. 224; Armaza Galdós, Julio, *Legítima Defensa*... cit., p. 107; Hungria, *Comentários*, vol. 1, t. II, p. 298; Anibal Bruno, vol. 1, t. I, p. 364; Cezar Bitencourt, *Tratado*, vol. 1, p. 375; Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú, *Direito penal*, p. 227; Brito Alves, p. 562; um complexo estudo sobre os direitos coletivos em Sandoval Fernández, J., *Legítima defensa*; no mesmo sentido, Gómez López, J., *Legítima defensa*, p. 162.

78. Stratenwerth, p. 135; Welzel, p. 84.

79. Assim Paulo Queiroz, *Direito penal*, que exemplifica com a "mera violação de contrato" (p. 300).

globante), faz desaparecer a ilicitude da agressão, pressuposto indescartável da defesa legítima.[80]

3. Ganha corpo na Europa uma tendência limitadora, legislativamente assumida pelo Código austríaco de 1974, que restringe os bens defensáveis à vida, à liberdade, à saúde, à integridade corporal e ao patrimônio (art. 3.°, 1). Tal tendência respalda-se no esforço de um setor doutrinário e jurisprudencial que busca esgotar o elenco dos bens defensáveis nos direitos individuais.[81] Pretende-se excluir da legítima defesa os direitos que não se pode defender violentamente, como a fidelidade ou um inadimplemento obrigacional, sustentando-se inclusive que os bens jurídicos comunitários tampouco são suscetíveis de defesa[82] e aduzindo-se que solução diversa outorgaria ao cidadão o poder de polícia desafiando o monopólio da violência legítima estatal.[83] Trata-se de uma tendência contraditória: ao mesmo tempo em que se multiplicam os tipos legais de delito, destinados segundo esses autores a *tutelar* bens jurídicos coletivos, essas mesmas condutas típicas não poderiam ser tomadas como agressões injustas para o efeito de legitimar a defesa, quando o Estado não logrou contê-las por seus meios. Parece ser uma confissão involuntária da real ineficácia dessa pretensa *tutela* penal. Inaceitável, por outro lado, qualquer tese transpersonalista que considere o Estado como criador original da sociedade, do indivíduo e de seus direitos, que não se sustenta nem recorrendo a argumentos pré-modernos e que só seria admitida em teorias legitimantes do Estado de cariz cesarista, como o modelo weberiano. Curiosamente, há algumas décadas a crítica doutrinária europeia ocidental voltava suas baterias contra limitações à legítima defesa estabelecidas pela legislação penal soviética; derruído o muro, basta redirecionar aquela crítica à tendência limitadora que agora segue o mesmo rumo. No fundo, essa tendência pretende excluir da legítima defesa todas as ofensas aos direitos humanos classificados na segunda e na terceira gerações: na linha de uma teorização sob medida para o projeto neoliberal, tais direitos não passariam de simples declarações, promessas de "otimização" que o Estado cumprirá ou não, sem que o indivíduo possa opor qualquer resistência a sua lesão, já que aqueles direitos seriam apenas manifestações de boa vontade que os Estados inscreveram em suas Constituições e em tratados internacionais. *Do ponto de vista de um direito penal redutor e politicamente liberal, é inconcebível que exista um bem*

80. Roxin, *Strafrecht, A.T.*, vol. 1, p. 713; Juarez Cirino dos Santos, *Direito penal*, p. 239; Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, p. 200; Paulo Queiroz, p. 301; Cezar Bitencourt, *Tratado*, vol. 1, p. 375; Artur Gueiros – C.E. Japiassú, Direito Penal, p. 227.

81. Por todos, Roxin, p. 544.

82. Jakobs, p. 460.

83. Roxin, p. 531.

jurídico radicalmente excluído de toda forma de legítima defesa, pois em tal caso não se trataria de um bem jurídico.

4. Questão totalmente distinta e problemática é determinar em cada caso, segundo a hierarquia do bem jurídico e a intensidade da agressão, a necessidade racional da conduta defensiva.[84] Um bêbedo seresteiro não pode ser afastado a disparos de arma de fogo para a defesa do direito à tranquilidade noturna, porque existem inúmeros meios defensivos menos drásticos. E mesmo que faltassem tais meios, o uso de arma de fogo não seria racional, pelo escândalo jurídico que implica a disparidade abissal entre a lesão que se evita e aquela que se causa para evitá-la.

5. Sobre a possibilidade de lesionar a vida para defender a propriedade, discute-se na doutrina europeia à luz do art. 2.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que dispõe que a morte intencional de uma pessoa só é admissível para evitar violência contra outra pessoa.[85] As opiniões estão divididas, embora a maioria dos autores admita o reconhecimento de legítima defesa da propriedade à custa da vida do agressor por entender que a Convenção rege apenas as relações do Estado com seus cidadãos, e não as relações interindividuais,[86] o que circunscreveria aquela regra aos agentes estatais. Outros autores pensam que também aos particulares seria aplicável a regra da Convenção.[87]

6. A Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada ao direito brasileiro desde 1992, determina apenas que "ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente" (art. 4.º, 1.º), dispositivo com alcance evidentemente mais reduzido do que o da Convenção Europeia examinado no tópico anterior. Mas sem dúvida tal dispositivo importa a exclusão do âmbito da legítima defesa dos casos de manifesta irracionalidade, que não dependem de uma consideração abstrata dos bens jurídicos em confronto (o visado pela agressão injusta e o atingido pelo meio defensivo) e sim da magnitude concreta das lesões (a pretendida pelo agressor e a realizada pelo defendente), que não podem ser escandalosamente desequilibradas. Por isso, não se pode afirmar apoditicamente ser inadmissível a legítima defesa da posse ou da propriedade à custa da vida do agressor, especialmente quando a agressão possa expandir-se à integridade física do defendente ou de terceiros, bem como nos casos em que, mesmo sem tal expansão, a magnitude da lesão seja muito elevada em face

84. Fontán Balestra, II, p. 132; Welzel, p. 87.

85. Sobre o tema, Sánchez García, Isabel, em *PJ*, n. 35, 1994, p. 303. Remonta a Locke uma espécie de presunção de que o ladrão iria além do roubo, justificando-se pois sua morte (*Segundo Tratado sobre o Governo*, III, 18).

86. Welzel, p. 86; Jescheck-Weigend, p. 339; Jescheck, em *NJW*, 1954, p. 784; Schwartz – Dreher, 1970, p. 310; Lenckner, Th., em *GA*, 1968, p. 5; Bockelmann, Paul, em *Fest. f. Engisch*, p. 465; Maurach, p. 314; Mezger-Blei, p. 133; Roxin, p. 649; Jakobs, p. 476.

87. *Stratenwerth*, § 440; Baumann-Weber, p. 305.

da posição patrimonial do agredido, levando-o a uma situação crítica que exponha a perigo outros bens jurídicos. *Em princípio, não é racional a morte do agressor para a defesa apenas da propriedade, porém surge certa racionalidade na medida em que a lesão à propriedade esteja acompanhada pelo perigo de lesão a outros bens jurídicos como a integridade corporal, a saúde, a vida ou a liberdade.*

7. Convém, por fim, mencionar a questão da defesa da honra. A rigor de esquadro, somente caberia pensar em legítima defesa da honra no constrangimento físico impeditivo de que o ofensor proferisse ou continuasse a proferir a calúnia, a difamação ou a injúria, ou ainda na destruição física do libelo infamante. Ocorre que, favorecida por nosso escravismo tardio – que pressupõe a subsistência de poder punitivo doméstico, concentrado no senhor – a tradição, que perpassa toda a antiguidade e integrou, embora com disciplinas distintas, o direito romano e o direito germânico, do pai ou do marido matar a filha ou a esposa surpreendida em flagrante adultério foi tratada entre nós como legítima defesa da honra.[88] É evidente que tal solução, frequentemente prestigiada pelos tribunais do júri, é incorreta e desatende ao requisito da racionalidade. Contudo, a existência de inúmeras decisões, especialmente no Brasil profundo, sugeriu a Francisco de Assis Toledo a pesquisa de um erro de proibição indireto no caso de rústicos fortemente determinados por preconceitos machistas.[89] Legítima defesa da honra, contudo, não existe na hipótese.

V. A AGRESSÃO INJUSTA

1. A *agressão injusta* se configura com três elementos: deve tratar-se de uma *conduta humana* que seja *agressiva* e também *antijurídica*. Segundo o primeiro elemento, *não pode haver agressão injusta onde não haja conduta humana.* É inadmissível legítima defesa contra toda afetação de um direito que não provenha de uma conduta humana. Consequentemente, não se admite legítima defesa contra o ataque de animais, cabendo recorrer-se ao estado de necessidade.[90] Ressalva-se o caso em que o animal seja utilizado como instrumento da agressão por um ser humano,

88. Por exemplo, Lemos Sobrinho afirmava que "a existência do flagrante delito é indispensável para justificar o uxoricídio nesta hypothese" (op. cit., p. 71); no mesmo sentido, Rodrigues de Meréje, op. cit., p. 40.

89. Cf. *O erro no direito penal*, p. 110 e ss.

90. Jescheck, p. 271; Welzel, p. 85; Bauman, p. 308; Otto, p. 121; Bockelmann, p. 91; Schultz, I, p. 161; Pannain, p. 733; *Olshausen's Kommertar*, 1927, I, p. 276; Schönke-Schröder, p. 469; Blei, p. 126; Mantovani, p. 235; Bettiol, p. 333; Cousiño MacIver, p. 199; Frederico Marques, *Tratado*, II, p. 113; Mestieri, p. 147; Cláudio Brandão, *Curso*, p. 213; Rogério Greco, I, p. 344; Jacson Zilio, *Legítima defensa*, p. 111-112. Admitem legítima defesa contra animais Jagusch, Heinrich, em *Leipziger Kommentar*, 1957, I, p. 401; Maurach, p. 308; Pagliaro, p. 419; Correia, Eduardo, I, p. 40.

quando sim caberia legítima defesa,[91] dirigida não contra a besta e sim contra quem dela se valeu para a agressão. Contra os golpes de um animal livre, fugido ou abandonado, cabe apenas o estado da necessidade justificante.[92] Essa tese, amplamente majoritária, pode ser questionada a partir da consideração de que os animais tenham direito à vida e, portanto, mesmo quando utilizados por seu proprietário para agredir alguém, caberia considerar que, a respeito deles, também funcionaria o estado de necessidade. Alguns autores sustentam o cabimento da legítima defesa contra a arremetida de animais fundamentados em que não poderia encontrar-se em melhor posição quem é atacado por um homem do que aquele que o é por um animal, já que o primeiro não está limitado mais do que pela racionalidade de sua reação, enquanto a legitimidade da reação do segundo se remete à ponderação entre o direito sacrificado e o direito preservado.[93] Observe-se, contudo, que se a pessoa atacada pelo animal está jungida à dita ponderação, não há nenhuma dúvida de que a vida do ser humano é juridicamente sempre mais valiosa do que a do animal. Por fim, para admitir legítima defesa contra animais seria preciso também admitir serem eles capazes de violar o ordenamento jurídico, que é a razão pela qual se exclui aquela ponderação na legítima defesa.[94] Da mesma forma, também não cabe legítima defesa – e sim estado de necessidade – contra o acometimento de alguém incapaz de vontade, como, por exemplo, aquele que atuou por um mero ato reflexo[95] ou durante surto psicomotor epiléptico ou ainda sob coação física irresistível de origem natural. Para esta última hipótese, pense-se no pedestre que, sobre a calçada, vê-se acometido por um automóvel cujo motorista, pela ruptura da barra de direção, não consegue controlá-lo. Provindo a coação física irresistível de outro homem, poderemos falar de agressão do coator que se vale do corpo do coagido como instrumento: a reação do agredido que incidisse na pessoa do coator configuraria legítima defesa, porém se direcionada à pessoa do coagido nos remeteria ao estado de necessidade. Ao contrário, é possível reconhecer legítima defesa contra o ataque de crianças e inimputáveis,[96] embora levando-se em consideração o requisi-

91. Aníbal Bruno, vol. 1, t. I, p. 362; Heleno Fragoso, *Lições, P.G.*, p. 192; Núñez, I, p. 347; Soler, I, p. 348; Bockelmann, p. 91; Schultz, I, p. 162.

92. Luzón Peña, *Aspectos esenciales*, p. 331-332.

93. Cf. Jagusch, loc. cit. (nota 90); Frank, *StGB*, p. 371; Malamud Goti, *La estructura penal de la culpa*, p. 55.

94. Luzón Peña, *Aspectos esenciales*, p. 327.

95. Mayer, M. E., 1915, p. 278; Fontán Balestra, II, p. 136.

96. Bettiol, p. 334; Jescheck, p. 277; Núñez, I, p. 346; Soler, I, p. 348; Castellanos Tena, F., *Lineamientos*, p. 202; Heleno Fragoso, *Lições, P.G.*, p. 192; Anibal Brauno, vol. 1, t. I, p. 362; Miguel Reale Júnior, *Direito penal*, vol. 1, p. 156; João Mestieri, *Manual*, p. 148; Cláudio Brandão, *Curso*, p. 214. Outra opinião, Schmidhäuser, p. 270; do mesmo, em *Fest. f. Honig*,

to de racionalidade como limite da necessidade, estreitando-se nesses casos o âmbito do tipo permissivo.[97] Fora das teses objetivistas, que fundamentam a legítima defesa na confirmação do direito, não cabe descartar a legítima defesa contra crianças e inimputáveis, capazes sim de conduta agressiva antijurídica (= agressão injusta), ainda que escusável.

2. A *conduta humana* deve ser *agressiva*. A palavra *agressão* denota uma direção da vontade para produzir uma lesão. Em português, agredir é "atacar, assaltar, acometer, injuriar, insultar, bater em (alguém), surrar, espancar",[98] acepções compatíveis com suas raízes latina (*aggredior, eris, aggredi, aggressus sum*, com o sentido de ir contra alguém) e indo-europeia (*Ghredh*, andar, marchar, claramente vinculada à *Angriff* alemã[99]). Tendo em conta que a agressão injusta supõe uma *vontade agressiva*, cabe excluir de seu âmbito condutas que sejam apenas culposas (às quais falta por definição a vontade agressiva[100]). A opinião doutrinária generalizada, que sustenta sem restrição o cabimento de legítima defesa contra uma conduta culposa[101] é inconvincente. Quando um sujeito não percebe o perigo que causa sua conduta imprudente não existe agressão (à míngua de *vontade agressiva*) a ser *repelida* (art. 25 do CP), e a remoção do perigo causado deve subordinar-se ao modelo do estado de necessidade. Quando, porém, ele percebe – *motu proprio* ou por alheia advertência – o perigo que sua conduta imprudente está causando, e não obstante insiste nela, poderemos reconhecer a *vontade agressiva* dirigida à periclitação de bens jurídicos defensáveis, porque então já será também reconhecível o dolo eventual, fronteiriço da culpa consciente temerária.[102]

3. Quem – apesar de advertido pelo carona sobre os riscos – insiste em dirigir atabalhoadamente, violando as normas de trânsito, agride voluntariamente a liber-

---

p. 193 e ss.; Bertel, Ch., em *ZStW* 84, 1972, p. 1-36; Roxin, p. 617 e Freund, Georg, *Strafrecht*, p. 77.

97. Nélson Hungria, que retificando opinião anterior, calcada em Manzini, resolve esses casos como estado de necessidade, recomenda a "*retirada* do periclitante" (op. cit., p. 296). Juarez Cirino dos Santos, na esteira de Roxin, admite a legítima defesa desde que temperada por algumas regras prudenciais: tentar o agredido desviar a agressão, empregar meios defensivos pouco danosos, pedir socorro a pais, professores ou mesmo à polícia etc (op. cit., p. 236).

98. Cf. Aurélio, cf. Houaiss.

99. Roberts-Pastor, p. 66.

100. Cf. Luzón Peña, p. 590; Álvaro Mayrink da Costa, *Direito penal*, vol. 2, p. 1104.

101. Hungria, *Comentários*, I, II, p. 293; Juarez Cirino dos Santos, *Direito penal*, p. 230; Marcello Jardim Linhares, op. cit., p. 295; Welzel, p. 84; Schaffstein, F., em *MDR*, 1952, p. 136; Jakobs, p. 466; Jescheck-Weigend, p. 355; Bacigalupo, p. 259; Bustos Ramírez, p. 318.

102. Cf. v. 2, t. I, p. 317 e ss.

dade de seu acompanhante e, portanto, caso não atenda ao pedido deste para que detenha o veículo e lhe permita sair dele, a ameaça com uma arma para sair do carro estará justificada por legítima defesa.[103] Diversa é a situação de quem não consegue controlar as consequências de uma conduta imprudente. Contra quem, sem saber cavalgar, monta um ginete que lhe toma as rédeas e dispara caoticamente não cabe legítima defesa, pois por mais que esteja advertido dos riscos nada pode fazer para evitá-los. Aqui não se pode falar de agressão, porque a afetação do bem jurídico alheio não provém de uma vontade agressiva. É razoável que a solução, aqui, se desloque para o estado de necessidade: não se justificaria que, para proteger o jardim dos estragos do cavalo indômito, o proprietário atirasse contra o animal (e menos ainda sobre o desastrado cavaleiro). Nessa linha de raciocínio, não existe agressão quando alguém atua em erro, vencível ou invencível, desde que exclua o sentido agressivo da conduta.[104]

4. Costuma-se admitir a possibilidade de agressão mediante omissão, particularmente a imprópria,[105] embora nada impeça conceber uma agressão mediante omissão própria. O salva-vidas que, consciente de que o banhista está se afogando, permanece inerte dispondo de todas as condições físicas para efetuar o salvamento está agredindo por omissão, e quem concitá-lo ao cumprimento do dever com o argumento de uma arma de fogo atua em legítima defesa de terceiro. Pode-se facilmente formular um exemplo similar no âmbito da omissão própria, a partir de alguém que, defrontando-se com a situação típica (pense-se na "criança extraviada" da omissão de socorro, art. 135 do CP) e mantendo-se relutante em prestar o auxílio devido, seja igualmente constrangido a fazê-lo.

5. A justificativa da legítima defesa tem que ser ativada por uma *agressão injusta*, ou seja, por uma *conduta humana* conduzida por *vontade agressiva* que seja também *antijurídica*,[106] isto é, que afete bens jurídicos sem direito de fazê-lo. Exatamente por este requisito é inadmissível legítima defesa contra qualquer conduta, ainda que conduzida por vontade agressiva, porém que seja conforme ao dever jurídico ou que ocorra dentro do campo da juridicidade. Não cabe, pois, legítima defesa contra aquele que atua em legítima defesa[107] nem contra aquele que atua sob estado

103. Cf. Luzón Peña, op. cit., p. 178-194.

104. Maggiore, I, p. 408; Antolisei, p. 228; Pagliaro, p. 419, sustentam que se trata de uma agressão injusta; nega-o para o caso de erro psiquicamente condicionado, Pannain, p. 734.

105. Hippel, II, p. 204; Welzel, p. 84; Jescheck-Weigend, p. 341; Mantovani, Ferrando, p. 235; Cousiño MacIver, p. 246; Anibal Bruno, vol. 1, t. I, p. 361; Paulo Queiroz, *Direito penal*, 7. ed., p. 297. Entre nós, não admite agressão omissiva Luiz Regis Prado, *Curso*, vol. 1, p. 447.

106. Welzel, p. 84; Stratenwerth, p. 136; Jescheck-Weigend, p. 341.

107. Jescheck-Weigend, p. 341.

de necessidade e tampouco contra quem exerce regularmente seu direito ou cumpre um dever. Como já mencionado, no entanto, deve admitir-se legítima defesa contra toda agressão injusta (= antijurídica) ainda que não seja típica, uma vez que a ilicitude pode originar-se de qualquer ramo do ordenamento jurídico.[108]

6. Caberia legítima defesa contra uma tentativa inidônea (art. 17 do CP), quando não existe objetivamente a possibilidade de afetação do bem jurídico visado? A resposta negativa está circunscrita ao caso em que a vítima da tentativa inidônea conheça segura e tranquilamente a ineficácia absoluta da "agressão" e nenhum outro direito seu esteja sendo colateralmente atingido; fora desse caso extremo, a legítima defesa seria cabível. Os bens jurídicos ou direitos a considerar não são apenas aqueles tratados pelas leis penais, mas abarcam todos os direitos reconhecidos cuja afetação não se traduz necessariamente num tipo penal (o direito de preferência, direitos trabalhistas, o direito de não ser molestado etc.).[109] Existem muitas situações nas quais direitos são afetados, porém cuja lesividade não se converteu em proibição penal, dado o caráter fragmentário dessa legislação. Por isso, na tentativa inidônea – como também em certos crimes putativos ou imaginários – poderemos encontrar afetados outros bens jurídicos distintos daquele visado pelo agressor. Ninguém está obrigado a suportar que seu vizinho queira matá-lo injetando à sorrelfa água destilada na caixa d'água de sua casa, porque embora sua vida esteja imune à agressão, outros direitos seus estão evidentemente sendo agredidos. A hipótese de legítima defesa contra tentativa inidônea pode atrair problemas de erro de proibição indireto (art. 20, § 1.°, do CP) e de excesso (art. 23, par. ún., do CP).

7. Sustenta-se que *agressão injusta* não seria sinônimo perfeito de *agressão antijurídica*, mas sim que a injustiça da agressão deveria ser valorada, do ponto de vista do agredido, como um direito a manter o *statu quo ante*, o que se basearia no mencionado argumento de que alguém atacado por um macaco estaria mais limitado em sua reação do que outrem atacado por um homem, tanto quanto quem se defendesse da investida de uma pessoa atuando em erro de tipo invencível.[110] Afirma-se também que não se pode tolerar a conduta lesiva de ninguém, mesmo quando não viole nenhum dever de cuidado, como sucederia com a mãe que derruba de sua bicicleta, ferindo-o, o ciclista que estava a ponto de atropelar sua pequena filha, subitamente saída de uma sebe, e que houvera sido informado pelo zelador do par-

108. Fontán Balestra, II, p. 138; Soler, I, p. 348; Jescheck-Weigend, loc. cit.; Cousiño MacIver, II, p. 252; Brito Alves, p. 562. Sobre a desnecessidade de ser típica a agressão, Cezar Bitencourt, *Tratado*, vol. 1, p. 374.

109. Outra formulação em Gimbernat Ordeig, E., em *CDJP*, ano V, n. 9, p. 328.

110. Malamud Goti, *La estrutura penal...* p. 55.

que de que nele não se encontrava qualquer pessoa.[111] Essa tese remonta a Binding, que concebia a agressão antijurídica como aquela que o agredido não tem porque suportar; como no caso do soldado que poderia legitimamente defender-se do soldado inimigo, embora este atuasse conforme a seu direito ao atacá-lo, ou no caso da libertação violenta de um alemão reduzido a escravidão num país com legislação escravista.[112] Não se pode adotar esta subjetivação passiva da defesa, que nos faria tomar por agressão o que não é conduta ou que, sendo conduta, não é contrária ao direito. Parece perfeitamente razoável que quem se defende de uma ação afrontosa subjetivamente atípica por erro disponha de uma reação mais restrita do que quem se defende de uma ação afrontosa intencional, até porque a mera advertência sobre o erro interromperia a "agressão". De outro lado, a mãe que para preservar a integridade física da filhinha lesiona a do ciclista está agindo em estado de necessidade e não em legítima defesa de terceiro, à míngua de uma verdadeira agressão. O que fundamenta o amplo arco flexibilizador da proporcionalidade na legítima defesa é precisamente o fato de opor-se ela a uma conduta antijurídica voluntariamente lesiva (agressão). É lógico que quando o *statu quo ante* é afetado por uma conduta que não seja antijurídica as possibilidades defensivas são mais restritas do que aquelas que tocam ao agredido antijuridicamente. Contra a afirmação de que a agressão seria injusta simplesmente quando quem a sofre não tem obrigação de suportá-la observa-se, com razão, que se incide com ela num círculo vicioso, já que não tem obrigação de suportar a agressão quem... é injustamente (= antijuridicamente) agredido.[113]

8. Não cabe legítima defesa contra condutas legais dos funcionários públicos, ainda que materialmente injustas (como no caso recorrente de prisões provisórias claramente desnecessárias, mas decretadas com invocação, embora inadequada, das autorizações legais). Contudo, condutas ilegais de funcionários públicos não obrigam o cidadão, que só deve obediência às *ordens legais* do funcionário (cf. art. 330 do CP) e que pode opor-se à execução de *atos ilegais* do funcionário (cf. art. 329 do CP). A forma prescrita em lei integra o juízo sobre a legalidade da ordem ou do ato. Assim, contra a prisão preventiva decretada verbalmente por um juiz caberia legítima defesa, já que no direito processual penal brasileiro a prisão preventiva deve obrigatoriamente ter forma escrita. Atente-se para que, nesses casos, se a execução da ordem toca a outro funcionário que a supõe lícita (o juiz determina a um policial o arrombamento da casa do réu para uma diligência de busca de cujos frutos pretende beneficiar-se pessoalmente) a legítima defesa caberia contra o autor

111. Idem, p. 54; mais amplamente em *Legítima defensa y...* p. 22-23.

112. Binding, *Handbuch*, 1885, p. 740, nota 31.

113. Cf. Luzón Peña, op. cit., p. 206.

mediato (o juiz indigno), e contra o instrumento (o policial executor da ordem) disporia o réu do estado de necessidade.[114] Mas quando a ilegalidade da ordem seja manifesta, como a determinação ao subordinado para que torture o sujeito, cabe legítima defesa contra o executor, que não poderia invocar erro nem está cumprindo qualquer dever jurídico.

9. Houve quem sustentasse que a antijuridicidade da conduta do funcionário se determinaria desde o ponto de vista do afetado por ela,[115] o que foi com razão criticado.[116] O funcionário público, no Estado de direito, é funcionário da Constituição e das leis, e sempre que atuar no marco de suas atribuições e no cumprimento de seus deveres – que incluem a obrigação de desobedecer à ordem "manifestamente ilegal" (cf. art. 22 do CP) – sua conduta não poderá ser considerada antijurídica, e pois não constituirá uma agressão injusta que habilite legítima defesa. Afetação de direitos que eventualmente sofram os particulares estarão, nessa situação, dentro do marco de restrições ao exercício de direitos estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, com base nas próprias leis que regulamentam tal exercício. Assim, quando um policial detém um cidadão por motivos reais e razoáveis (p. ex.: por estar convicto da existência de um mandado de prisão contra ele) sua conduta não é antijurídica, ainda que se trate de um homônimo ou de um sósia do foragido. Mas quando tal detenção é puramente arbitrária ou, pior ainda, motivada por razões pessoais, o cabimento da legítima defesa é inquestionável: o abuso de autoridade exprime uma agressão injusta, cujas modalidades dispõem de previsão legislativa.[117] O erro judiciário, precisamente por tratar-se de erro, não pode ser tomado como agressão, a despeito de injusto.

VI. LIMITES DA REAÇÃO DEFENSIVA

1. A reação defensiva só é legítima quando dirigida ao agressor. Por isso, não há legítima defesa quando a reação defensiva atinge terceiros, como aquela que alcança um inimputável de quem se vale como instrumento o agressor. Os terceiros, estranhos ao conflito, atingidos pela reação defensiva (desde que não abrangidos pelo estado de necessidade justificante do defendente em relação a bens desses terceiros) poderão defender-se legitimamente daquela agressão para eles injusta, cujo agressor – há pouco defendente – atua antijuridicamente, ainda que frequentemen-

114. Cf. Roxin, em *CDJP*, ano 4, n. 8, A, p. 20.

115. Assim Binding, *Handbuch*, p. 740; Jagusch, em *Leipziger Kommentar*, I, p. 406; Frank, *StGB*, 1920, p. 192.

116. Welzel, p. 85.

117. Lei 4.898, de 09.12.1965, especialmente arts. 3.º e 4.º.

te sem culpabilidade.[118] Opiniões em sentido contrário[119] desconsideram que não pode haver legítima defesa contra alguém alheio à agressão, já que ele não realiza uma agressão injusta. Quem não realizou qualquer conduta antijurídica não pode ser lesionado apenas porque outrem estava agredindo alguém, com a única ressalva de que tal lesão fosse necessária para evitar um mal maior. Seria inconcebível que o ordenamento jurídico impedisse que o *extraneus* ao conflito se defendesse legitimamente de uma agressão apenas porque esta agressão representa uma defesa contra outra agressão, não empreendida por ele e com a qual nada tem a ver. Assim, o policial que executa uma ordem ilegal promanada de um juiz competente, desconhecendo sua ilegalidade, pode defender-se legitimamente se o jurisdicionado vítima do abuso judicial ofender algum direito seu para além dos limites do estado de necessidade. Mas se o jurisdicionado vítima mantiver-se no marco da proporcionalidade do estado de necessidade, como, por exemplo, na resistência passiva,[120] não caberia legítima defesa do policial. O policial que executa a ordem ilegal, desconhecendo, contudo, sua ilegalidade, atua antijuridicamente quando, convencido de que se defende legitimamente, lesiona direitos da vítima do abuso judicial que permaneceu nos limites do estado de necessidade: ou seja, o policial atua antijuridicamente, porém inculpavelmente, já que se encontra no erro indireto de proibição previsto no § 1.º do art. 20 do CP.

2. É claro que existem casos nos quais a legítima defesa exercida contra o agressor produz danos também justificados em bens jurídicos de terceiros. Em tais casos, no entanto, o que se passa é um *concurso de causas de justificação*: a lesão a direitos do agressor está justificada pela legítima defesa, e a lesão a direitos de terceiros estranhos ao conflito está justificada pelo estado de necessidade. Quando, para defender-se de uma agressão a sua vida, o sujeito arranca a hástea de uma cerca,[121] o crime de dano contra a propriedade alheia (art. 163 do CP) estará justificado não por legítima defesa e sim por estado de necessidade; mas por estar justificado, o proprietário da cerca não dispõe de legítima defesa contra o sujeito que, para defender-se da agressão a sua vida, arrancou e inutilizou-lhe o mourão. O desvio de golpe defensivo

118. Cf. Welzel, p. 87; Hungria afirmava ser condição objetiva da legítima defesa "que a repulsa seja exercida contra o injusto agressor" (*Comentários*, vol. I, t. II, p. 297). Uma fonte antiga dessa opinião em conhecido fragmento de Paulo: "mas se, defendendo-me arremessei uma pedra em meu agressor (*adversarium*) porém atingi um passante ao invés dele (*sed non eum, sed praetereuntem percussero*) estarei jungido à Lei Aquília" (D. IX, II, 45 [46], § 4.º).

119. Frank, op. cit., § 53, II; Fontán Balestra, II, p. 131. Para Roque de Brito Alves, "permanece a justificativa quando o agredido atinge inocente que nada tinha a ver com a agressão" (*Direito penal*, 6. ed., p. 521).

120. Cf. art. 329 CP; cf. Fragoso, *Lições, P.E.*, vol. 2, p. 471.

121. Exemplo de Stratenwerth, p. 136.

deve ser resolvido com observância desses princípios. Pense-se no caso de quem se defende legitimamente de uma agressão a tiros valendo-se também de uma arma de fogo, ferindo por *aberratio ictus* a um terceiro estranho ao conflito. A solução deve aqui ser remetida à culpabilidade, porque não há como contornar o absurdo em que consiste dar-se por conforme ao direito a conduta de ferir ou matar um terceiro estranho ao conflito no qual se deu a agressão injusta.[122]

3. Quanto aos *limites temporais da ação defensiva*, nossa lei autoriza a reação contra injusta agressão *atual ou iminente* (art. 25 do CP). A situação de defesa, portanto, estende-se desde que surge uma ameaça imediata ao bem jurídico até que cesse a atividade lesiva ou a possibilidade de retrogredir ou neutralizar seus efeitos.[123] Em passagem saborosa, afirmou-se nas Partidas que o agredido "não há de esperar que o outro o fira primeiramente, porque poderia acontecer que pelo primeiro golpe que lhe desse poderia morrer aquele que fosse acometido e depois não se poderia amparar".[124] Embora a agressão injusta não tenha que ser necessariamente típica, quando o for não devem os extremos de legitimidade temporal da defesa ser identificados com a tentativa e a consumação do respectivo tipo legal, porque pode haver legítima defesa não só contra atos preparatórios (sem que haja ato de execução) como também após a consumação.[125] Defende legitimamente seu patrimônio o proprietário de um automóvel que o recupera pela força de quem o furtara dois dias antes, se o encontra casualmente e não dispõe de outro meio para retomá-lo, embora a doutrina busque deslocar o fundamento justificativo da legítima defesa para uma chamada "atuação *pro magistratu*",[126] denominada às vezes "direito à autotutela"[127] ou ainda exercício de poder delegado".[128] Nossa opinião considera que a legítima defesa não tem por objetivo evitar o cometimento de delitos e sim preservar direitos protegendo bens jurídicos, parecendo óbvio que a agressão subsiste quando, a despeito de já estar afetado o bem jurídico, uma reação defensiva puder ainda neutralizar, mesmo parcialmente, seus efeitos.[129]

---

122. Para a casuística da combinação entre legítima defesa e *aberratio ictus*, cf. as nove hipóteses formuladas por Silvano Fontana, Raúl José, *Legítima defensa y lesión de bienes de terceros*, p. 69 e ss. Para os problemas que a legítima defesa oferece no delito da rixa (art. 137 do CP), cf. Célio de Melo Almada, op. cit., p. 175 ss.
123. Mais limitadamente, Jakobs, p. 468; com a tese do esgotamento material, Roxin, p. 621.
124. *Setena partida*, VIII, 2.
125. Welzel, p. 84; Stratenwerth, p. 136; Jescheck-Weigend, p. 344.
126. Jescheck-Weigend, p. 397.
127. Roxin, p. 750.
128. Jakobs, p. 556.
129. Brito Alves, p. 566; Jescheck-Weigend, p. 344.

4. Quanto à legítima defesa contra atos preparatórios, que erroneamente foi chamada de legítima defesa antecipada, nossa lei autoriza o defendente a repelir "injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem" (art. 25 do CP). Uma agressão *iminente* é uma agressão ainda não realizada, embora prestes a realizar-se: mas, se a agressão coincidir com um tipo legal, o indicador de sua iminência não está na transição dos atos preparatórios para os atos de execução da agressão típica. É possível legítima defesa desde que o agressor torne manifesta, por palavras ou atos, sua vontade de agredir tendo à sua disposição meios idôneos para fazê-lo. O decisivo é a iminência de um perigo imediato para o bem jurídico titularizado pelo agredido. Argumenta-se, às vezes, que a agressão iminente já implica, em si mesma, uma lesão à tranquilidade do defendente, introduzindo sempre, por essa perspectiva, uma agressão na verdade atual. O discutido caso dos registros de imagens e sons efetuados sub-repticiamente com o propósito de extorquir não apresenta nenhuma característica de legítima defesa antecipada e, a rigor, nem mesmo de legítima defesa; portanto, se a futura vítima de extorsão se apodera dos registros e os destrói quando ainda não foi tentada a extorsão, atuará em legítima defesa.

5. Por agressão iminente, portanto, entende-se a exigência de um sinal de perigo imediato para o bem jurídico,[130] a "presença concreta do perigo".[131] Não seria correto identificar a iminência com a proximidade cronológica entre agressão e defesa. A agressão é iminente quando susceptível de perceber-se como manifesta ameaça, cuja realização depende tão só da deliberação do agressor. Quando um sujeito saca sua arma, pouco importa que demore dois segundos ou duas horas para disparar;[132] assim também pouco importa o momento em que o extorsionário decida executar seu plano, quando com evidente intenção de extorquir se proveio sub-repticiamente de registros íntimos da vítima. Esses casos permitem compreender que a agressão iminente não precisa ser cronologicamente imediata.

VII. LEGÍTIMA DEFESA E PROVOCAÇÃO

1. Nosso Código Criminal de 1830 exigia, para a justificação do crime praticado em legítima defesa, "não ter havido da parte" do defendente "provocação ou delicto que occasionasse o conflicto" (art. 14, 3.º, 3.º).[133] É difícil determinar a origem

130. Cf. Jescheck-Weigend, loc. cit.; em sentido análogo, Brito Alves, p. 567 e Costa e Silva, *Commentarios*, p. 133.

131. Hungria, *Comentários*, I, II, p. 288.

132. Blasco Fernández de Moreda, Francisco, em LL, 1964.

133. Sua revisão, da qual resultaria, nosso Código Penal de 1890, exigiria "ausência de provocação que occasionasse a aggressão" (art. 34, 4.º).

desse dispositivo,[134] no qual pulsam vestígios do *versari in re illicita*,[135] do aproveitamento da *moderação* preconizada pelo direito canônico[136] e de certa casuística que problematizava a legitimidade da defesa (como a morte do marido pelo comborço surpreendido em adultério e algumas situações na rixa). Por visível influência de nosso Código imperial, a "falta de provocación suficiente del que se defiende" chegou ao Código Penal espanhol de 1848,[137] e dele chegaria a inúmeras legislações latino-americanas. Asúa frisava ser tal condição negativa da legítima defesa "típica das leis espanholas e dos Códigos que a seguiram".[138] Há, contudo, uma alta probabilidade de que essa questão jurídico-penal hispânica tenha germinado de uma semente brasileira.

2. Sempre se entendeu, na doutrina brasileira, que a provocação impeditiva do exercício da legítima defesa era aquela que configurasse uma autêntica agressão injusta. Em artigo de 1885, Lucio de Mendonça afirmava que "a provocação que exclui o direito de legítima defesa é só a provocação tal que dê esse mesmo direito ao provocado".[139] Galdino Siqueira, trabalhando com o Código Penal de 1890, também assentava que não é "toda provocação que pode tirar o caracter de injustiça da

134. As "bases" de José Clemente Pereira (cf. vol. 1, p. 428 – § 18, II, 4) simplesmente não contemplavam a legítima defesa. O projeto de Bernardo Pereira de Vasconcellos, sim, integrava a legítima defesa com a inexistência de "provocação ou delito" dos defendentes que os "reduzisse a tais extremos" (art. 14, 3.°). Das fontes que influenciaram Vasconcellos (cf. vol. 1, p. 430 e ss. – § 18, II, 5) duas tratavam da provocação. Mello Freire registrava como requisito da defesa dirigir-se ela contra uma "agressão injusta e inesperada (*improvisam*)" (*Institutionum*, p. 121), e seu projeto previa o castigo, com mitigada pena extraordinária, de quem "matar sendo provocado, e sendo a provocação verdadeira, e não procurada nem affectada, como às vezes acontece" (*Ensaio*, p. 122). Nem a agressão provocada é inesperada, nem o homicídio de ímpeto mereceria o tratamento mais benigno quando a provocação fosse artificiosa. A provocação violenta ("provoqués par des coups ou violences graves") do Código Napoleônico (art. 321), na linha de dispositivo do Código Penal de 1791 (tít. II, I, art. 9.°) ampliado pelo Código de 3 do brumário do ano IV (art. 646), foi certamente também consultada por Vasconcellos.

135. Visível no comentário clássico de Pacheco: "Yo soy la primera causa de todo, yo no soy inculpable: mi defensa tiene un principio manchado y bastardo" (*El Código Penal*, p. 176).

136. Como notou Carrara, *Programma*, § 297, nota 1, *in fine*.

137. O Código espanhol de 1922 não previa tal elemento.

138. *Tratado*, t. IV, p. 233. A partir do excesso escusável na legítima defesa e do homicídio de ímpeto privilegiado no direito alemão (respectivamente §§ 33 e 213 StGB) a questão da provocação é construída em outras bases: cf. Jakobs, p. 484 ss.

139. Interpretação do art. 14, § 3.°, do Código Criminal, em *O Direito*, vol. 39, ano XIV, 1886, p. 192.

agressão, mas é necessário que seja relevante suficiente para determinar a repulsa material"[140] – repulsa esta que pressupõe uma agressão.

3. O conceito legal de legítima defesa, no direito penal brasileiro de hoje (art. 25 do CP), dispensou aquele elemento negativo (falta de provocação) dos diplomas anteriores. Podemos sim equacionar o problema em dois grandes grupos de casos. No primeiro deles a provocação constitui na verdade uma agressão – mesmo à honra, à liberdade individual ou à privacidade – do provocado, que dispõe assim de legítima defesa contra o provocador (na verdade agressor). Frequentemente surgirão aqui controvérsias sobre *excesso*, a serem resolvidas pelos critérios gerais. Mas o provocador não disporá de legítima defesa precisamente porque quem estará atuando justificadamente é o provocado, cuja oportuna defesa não se molda, portanto, ao figurino da agressão injusta. A *provocação agressiva* não oferece dificuldades. No segundo grupo de casos a provocação é pré-ordenadamente desferida para excitar a reação do provocado, estando o provocador premunido dos meios para, aos primeiros sinais da esperada reação, ferir ou matar o provocado a pretexto de dele defender-se.[141] Esta seria a *provocação maliciosa*. É evidente que não se pode aqui reconhecer a presença do elemento central da legítima defesa, isto é, da própria agressão. Na provocação maliciosa o provocador detém o controle de todo o acontecimento: não há, na verdade, um conflito, e sim uma cilada, na qual o provocado se precipitará sem dar-se conta do iminente aniquilamento de seu(s) direito(s). Rigorosamente, o que temos aí é o homicídio qualificado aleivoso (art. 121, § 2.°, IV, do CP) do provocado. No direito penal brasileiro de hoje, as únicas funções que a pura provocação exerce são as de atenuante genérica (art. 65, III, *c*, do CP) e de minorante especial (p. ex., art. 121, § 1.°, do CP). Tão logo editado nosso Código Penal de 1940, a jurisprudência pacificou a questão.[142]

---

140. *Direito penal brazileiro*, vol. 1, p. 445. A jurisprudência por vezes distinguia entre a *provocação imediata*, à qual se seguiria *sine intervallo* a agressão do provocado, e a *provocação remota*, que teria ocorrido temporalmente "em ocasião mais ou menos afastada daquela na qual se verifica a aggressão", em nada influindo a segunda sobre a legítima defesa (Corte de Appellação do Estado de Pernambuco, Ap. 23.542, rel. Des. Lacerda de Almeida, 11.12.1933, *RF* XXXIII/411 ss.).

141. Hungria menciona alguém que "astuciosamente provoca outrem para, prevendo uma reação excessiva, proporcionar-se uma aparente situação de legítima defesa" (*Comentários*, I, II, p. 297).

142. "Não pode ser considerado em legítima defesa quem comete o crime em face de provocação da vítima. Provocação não é agressão. O que se pode reconhecer nesse caso é a violenta emoção injustamente provocada." (TApDF, Ap. 6.172, rel. Des. Nelson Hungria, 05.02.1945, *RF* XLII/527).

VIII. A DEFESA DO ESTADO

1. Por traduzir uma defesa da liberdade geral – seja de um direito individual, seja de um direito exercido por uma pessoa jurídica – qualquer bem jurídico é legitimamente defensável, nos limites legalmente enunciados. Portanto, não há razão alguma para excluir o Estado do âmbito da legítima defesa. O Estado é uma pessoa jurídica de direito público e, nessa condição, pode ser legitimamente defendido por um terceiro: ninguém duvida da possibilidade de defender seus bens, quando de bens individuais se trate.[143] Tampouco existem dúvidas sobre a possibilidade de legítima defesa da própria existência do Estado diante de iminente ameaça externa, como, por exemplo, a invasão de potência estrangeira. O exercício desse direito não está em nada vinculado ao dever de serviço militar (art. 143 da CR); o militar que se opõe à invasão está no estrito cumprimento de dever legal que provoca a atipicidade conglobante da conduta de ferir ou matar o invasor, segundo a regulamentação própria do direito penal militar (especialmente em tempo de guerra).

2. Essas hipóteses devem ser distinguidas com clareza da defesa do Estado como ordenamento jurídico.[144] Admitir que particulares possam agir em legítima defesa do ordenamento jurídico é consequência necessária das teses objetivistas.[145] Em sentido contrário, há quem sustente que a defesa do ordenamento jurídico só pode ser exercida por órgãos do Estado e não por particulares.[146] A rigor, as posições objetivistas imprimem à legítima defesa um arco de extensão intolerável, que termina na desarticulação do mesmo ordenamento jurídico que aspiraria a defender, estimulando o surgimento de milícias (guardiães da ordem). Desde o subjetivismo, não há razão para negar a legítima defesa do ordenamento jurídico sempre que racionalmente demarcada: o ordenamento jurídico é defensável quando a lesão que sofre provém de agressão injusta que simultaneamente lesiona um bem jurídico individual.[147] Nessa perspectiva seria admissível legítima defesa do ordenamento jurídico diante de quem dirige embriagado expondo a perigo a vida de terceiros, porém já não seria admissível diante do pedestre que atravessa a rua violando o sinal luminoso de "pare". Admitir legítima defesa neste último caso implica cancelar os órgãos estatais e substituí-los por particulares, em situações caracterizadas não por uma agressão injusta e sim por mera desobediência contravencional-administrativa.

---

143. Jescheck-Weigend, p. 339; Samson, em Rudolphi et al., *StGB Kommentar*, p. 256.

144. Fernández de Moreda, Francisco Blasco, em *Enc. Jur. Omeba*, XVIII, p. 133 ss.

145. Cf. Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, em *Hom. al R.P. Julian Pereda, SJ*, p. 249 e ss.; Novoa Monreal, I, p. 354.

146. Samson, loc. cit.; em casos de terrorismo, Bunster, Alvaro, *Escritos de derecho penal y política criminal*, p. 143.

147. Cf. Roxin, p. 625.

3. *A defesa da ordem institucional e do regime democrático* tampouco é admissível em qualquer medida, pois todo mundo poderia erigir-se em defensor diante dos que simplesmente propugnem reformas ou professem ideologias contrárias aos princípios pétreos daquela ordem e daquele regime, ressalvada "a ação de grupos armados (...) contra a ordem constitucional e o Estado Democrático", ou seja, o golpe de Estado que a Constituição quis criminalizar (art. 5.°, inc. XLIV). Neste caso extremo, quando grupos armados – civis ou militares – assaltam o poder e desvirtuam o modelo constitucional democrático, caberá legítima defesa contra qualquer agressão à vida, à integridade corporal, à liberdade e ao patrimônio dos cidadãos. Outras atividades de enfrentamento do governo de fato ilegitimamente instaurado (organização popular, reuniões, panfletos, marchas, convocações etc.) estarão justificadas pelo direito de resistência[148] que é plausível deduzir de nossa Carta Magna.[149]

IX. LEGÍTIMA DEFESA PRESUMIDA?

1. Antiga tradição jurídica justificava o homicídio, pelo morador, do ladrão noturno.[150] Essa tradição, perfilhada por muitas legislações modernas, entre as quais o *Code* napoleônico (art. 329, 1.°), chegou ao nosso Código Criminal de 1830 (art. 14, § 4.°, *in fine*) e dele passou ao Código Penal de 1890 (art. 35, § 1.°). Um olhar crítico já era lançado sobre tal dispositivo por Vieira de Araújo, que nele vislumbrava um "resíduo desse *jus necis*"[151] que era a dura verdade daquela faculdade: um condicionado direito de matar. A incompatibilidade das presunções *iuris et de iure* com os princípios do direito penal levaria ao abandono do dispositivo pelo Código

148. Cf. Locke, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*, cap. XVIII; cf. Feuerbach, Paul J. Anselm Ritter von, Anti-Hobbes ou *Sobre os limites do poder supremo e o direito de coação do cidadão contra o soberano*, trad. L. Brond, B. Aires, 2010, ed. Hammurabi, esp. cap. VI; Longhi, Silvio, *La legittimità della resistenza agli atti dell'autorità nel diritto penale*, p. 47; García Cotarelo, Ramón, *Resistencia y desobediencia civil*, p. 156; Passerin d'Entrèves, Alessandro, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*; Arendt, Hannah, *La disobbedienza civile*.

149. Machado de Araújo, Cláudia de Resende, *O direito constitucional de resistência*; Buzanello, José Carlos, *Direito de resistência constitucional*; Machado Paupério, A., *O direito político de resistência*. Cf. Eide, A. et al., *Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos*.

150. Por exemplo, a lei das XII Tábuas afirmava explicitamente a juridicidade desse homicídio ("si nox furtum faxit, si eum occisit, jure caesus esto" – T. VIII, inc. XII). Também a lei das Sete Partidas justificava (ao lado da morte dada ao estuprador de filha, irmã ou esposa surpreendido) quem encontrasse "algun ladron de noche en su casa" e, querendo-o "prender para darlo a la justicia del lugar, el ladron se amparasse con armas" (*Setena Partida*, tít. VIII, lei III).

151. *Codigo Criminal Brasileiro*, p. 274.

Penal de 1940. Esta é, portanto, uma questão histórica no direito penal brasileiro, para o qual todo e qualquer caso de legítima defesa deve hoje atender cabalmente aos requisitos legais.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Legítima defesa, de Fernando de Almeida Pedroso – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/1215-1252 (DTR\2012\1617);
- Legítima defesa: necessidade e moderação dos meios; englobamento ou separação dos quesitos; reconhecimento ou negativa da excludente, de Luiz Vidal da Fonseca – *RT* 768/479-488 (DTR\1999\491);
- O fundamento da legítima defesa, de Bruno Moura – *RBCCrim* 98/39-95 (DTR\2012\450720); e
- Questionário da legítima defesa, de Gastão de Moura Maia Filho – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 4/169-175 (DTR\2012\450219).