



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Paulo Braga Castello Branco

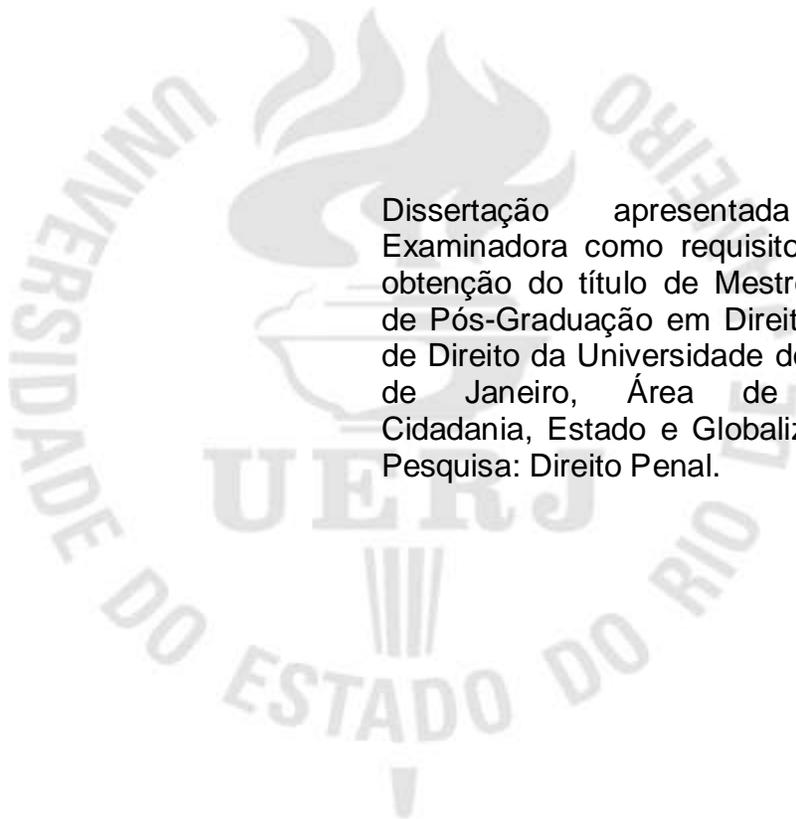
Excesso na Legítima Defesa

Rio de Janeiro

2021

Paulo Braga Castello Branco

Excesso na Legítima Defesa



Dissertação apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização; Linha de Pesquisa: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato

Rio de Janeiro

2021

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C348 Castello Branco, Paulo Braga.

Excesso na legítima defesa / Paulo Braga Castello Branco. – 2021.
123 f.

Orientador: Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito penal - Teses. 2. Legítima defesa - Teses. 3. Punição (Direito) -
Teses. I. Lobato, José Danilo Tavares. II. Universidade do Estado do Rio de
Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343

Bibliotecária Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Paulo Braga Castello Branco

Excesso na Legítima Defesa

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Área de concentração Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização; Linha de Pesquisa: Direito Penal.

Aprovado em 25 de junho de 2021.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Marcelo Almeida Ruivo
Pontifícia Universidade Católica – Rio Grande do Sul

Rio de Janeiro
2021

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Luiz Paulo Teixeira Castello Branco e Marcia Braga Castello Branco, pelo sacrifício de uma vida inteira para possibilitar os meus estudos e sonhos. Agradeço a minha esposa, Mariana Cardoso Castello Branco, por ser meu porto seguro e me estimular a seguir em frente no caminho da realização de minhas ambições.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato, pela paciência (muita) e generosidade na minha orientação, sempre disponível para me auxiliar ao máximo em relação as minhas inquietações referentes ao tema.

Meus agradecimentos também não poderiam deixar de ser dirigidos a todos os professores do programa de mestrado da Uerj, especialmente ao prof. Dr. Artur de Brito Gueiros pelas aulas, que expandiram muito a minha percepção sobre a Criminologia e o Direito Penal Econômico.

Por fim, agradeço a todos os meus colegas que contribuíram na troca de ideias para a elaboração dessa dissertação, especialmente, nas pessoas dos amigos Fernando Moreira Reis e Rodrigo Amaral.

“O Universo não é uma ideia minha.
A minha ideia de universo é que é uma ideia minha.
A noite não anoitece pelos meus olhos,
A minha ideia de noite é que anoitece por meus olhos.
Fora de eu pensar e de haver quaisquer pensamentos
A noite anoitece concretamente
E o fulgor das estrelas existe como se tivesse peso.”

Fernando Pessoa

RESUMO

BRANCO, Paulo Braga Castello. **O Excesso na Legítima Defesa**. 2021. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

O objetivo da pesquisa consiste em investigar a imputação do excesso na legítima defesa a partir de uma perspectiva onto-antropológica do indivíduo, considerando a sua debilidade emocional no momento da ação e, por conseguinte, a sua incapacidade psíquica de culpabilidade. Pretende-se, assim, estabelecer um conjunto de fundamentos para justificar a não punibilidade do excesso, tendo como fundo as reais condições do indivíduo de representar as exigências dos meios moderados e necessários na ação de defesa. É frequente na análise de casos de legítima defesa se estabelecer, simplesmente, um pensamento abstrato-formal entre o mal da ação e da reação, para, por sua vez, requerer-se uma rígida proporcionalidade entre a agressão e a reação do ofendido. Essa exigência, por vezes, seria responsável por causar uma percepção dos limites da defesa desvirtuada da realidade, a partir de demandas normativas, em algumas ocasiões, inalcançáveis pelo defendente, preocupadas sempre com menor dano possível ao agressor. Inverte-se, assim, a posição do agressor com a da própria vítima da agressão, em um verdadeiro cenário de legítima defesa pendular. A fim de exemplificar essa paisagem, não são raros determinados questionamentos como: agressão poderia ser neutralizada com menos disparos de arma de fogo? O defendente poderia ter disparado na perna ou no braço do atacante ao invés da região letal? O número de facadas foi excessivo? Observa-se que em determinadas situações, para a imputação do excesso desprezam-se fatores importantes no exame da legítima defesa, *v.g.*, estudos neurocientíficos da forma de processamento da informação e da reação do cérebro, a perturbação moral sofrida em função da agressão somado ao instinto natural de autoconservação da vítima, bem como a própria autorresponsabilidade do autor na codeterminação do conflito. Essas considerações, entre outras exploradas nesse trabalho, nos levariam a reconhecer que a imputação do excesso não poderia ocorrer da mesma forma que a de um injusto penal comum.

Palavras-chave: Direito Penal. Legítima Defesa. Excesso.

ABSTRACT

BRANCO, Paulo Braga Castello. *Excessive use of force in self-defense*. 2021. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

The objective of this research is to investigate the imputation of excess in self-defense and establish criteria for its non-punishability, considering the individual's real conditions to represent the demands of using moderate and necessary means in the defense action. It is frequent in the analysis of self-defense to establish the existence of a proportionality between the aggression and the offended reaction, creating a distorted perception of reality, based on unattainable normative demands concerned with the least possible harm to the aggressor. Could aggression be neutralized with fewer firearms? The defender could have fired at the attacker's leg instead of the lethal region. It is found that in certain situations, for the attribution of excess, important factors are neglected in the examination of self-defense, eg, empirical studies of the way in which information is processed and the reaction of the victim's brain, moral disturbance and natural instinct of the victim's self-preservation and the responsibility for the perpetrator in the co-determination of the conflict. These considerations, among others explored in this work, would lead us to recognize that the attribution of excess could not occur in the same way as that of a common crime. The work is divided into three chapters. In the first, the ideological debate underlying legitimate defense is presented; in the second, the objective and subjective elements of legitimate defense are discussed; in the third, the allocation of the excess is analyzed.

Keywords: Criminal Law. Self Defense. Excess.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 TEORIA DA LEGÍTIMA DEFESA.....	17
1.1 Considerações iniciais.....	17
1.2 Teorias de cunho naturalista.....	18
1.2.1 <u>Teoria da necessidade iminente do agredido.....</u>	20
1.2.2 <u>Teoria da retribuição do mal com o mal.....</u>	21
1.2.3 <u>Teoria da violência moral.....</u>	21
1.2.4 <u>Críticas às teorias naturalistas.....</u>	22
1.3 Teorias de cunho jurídico.....	23
1.3.1 <u>Teoria da Legitimidade Absoluta.....</u>	23
1.3.2 <u>Teoria da Anulação da Injustiça.....</u>	24
1.3.3 <u>Teoria da defesa subsidiária.....</u>	25
1.3.4 <u>Teoria do direito subjetivo de caráter público.....</u>	29
1.3.5 <u>Teoria da Sociabilidade dos Motivos.....</u>	30

1.3.6	<u>Teoria da colisão direitos</u>	31
1.3.7	<u>Teoria da exclusão de antijuridicidade</u>	32
1.4	Defesa do indivíduo ou defesa do ordenamento jurídico	33
1.4.1	<u>Teoria Supra-individualista</u>	35
1.4.2	<u>Teoria individualista</u>	37
1.4.3	<u>Teoria Mista</u>	38
2	ELEMENTOS E REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA	42
2.1	Elemento subjetivo	42
2.1.1	<u>A tese da dispensabilidade dos elementos subjetivos</u>	43
2.1.2	<u>A posição intermediária de Jorge Figueiredo Dias</u>	46
2.1.3	<u>A tese da indispensabilidade do elemento subjetivo</u>	46
2.2	Requisitos objetivos da legítima defesa	50
2.2.1	<u>Agressão</u>	51
2.2.2	<u>Agressão injusta</u>	59
2.2.3	<u>Atualidade e iminência da agressão</u>	62
2.2.4	<u>Direito seu ou de outrem</u>	69

2.3	Legítima defesa de animais.....	74
3.	EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA.....	77
3.1	Meios moderados e necessários.....	77
3.2	Excesso doloso e culposo.....	94
3.3	Fundamento da não punibilidade do excesso.....	96
	CONCLUSÃO.....	112
	REFERÊNCIAS.....	114

INTRODUÇÃO

Alguns poderiam dizer que na história a legítima defesa se fez presente e contínua, como uma espécie de justiça temporal: o direito a ter direitos. Segundo Bettiol a legítima defesa foi se desenvolvendo, pouco a pouco, à volta do homicídio.¹ Seria assim, um daqueles institutos tão velhos quanto à própria humanidade, sendo certo, que sua aplicação existiria independentemente do reconhecimento do Direito, pois a necessidade natural de continuar a viver não conheceria da lei.² A defesa como meio de sobrevivência representaria, em última forma, a luta permanente dos instintos de conservação e destruição. O mito grego de *Eros* e *Thanatos*, vida e morte respectivamente, estaria no ser humano desde a concepção do indivíduo.³

Segundo Manzini o Direito Romano já admitia expressamente a legítima defesa para a tutela da vida, da integridade física, do pudor, do patrimônio, de direitos individuais ou de terceiros, no caso, da família do ofendido. A causa de justificação, nesse período, teria por fundamento o direito natural, forte nas lições de Cícero em sua oração *Pro Milone*.⁴ Posteriormente, segundo o autor, as condições sociais das sociedades bárbaras determinariam um reconhecimento amplo e universal da legítima defesa, sendo esta, uma reação privada violenta, que se confundiria com a vingança, qualquer que fosse o direito ou interesse agredido.⁵ O fundamento naturalista da legítima defesa igualmente seria reconhecido no Direito Canônico, que permitiria o *vim vi repellere* contra o autor violento, que poderia ser morto impunemente.⁶ Em S. Tomás

¹ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal Parte Geral*, Tomo II, Coleção Coimbra Editora, 1970, Pág.198

² AMERICANO, Odin Indiano do Brasil. *Legítima Defesa, estudo técnico jurídico do instituto da legítima defesa*, Ed. Imprensa Oficial Belo Horizonte, 1949, pág.7

³ WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Princípios de Direito Penal*, 2ª Ed.rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pág. 274. Segundo o autor “a mitologia grega nos conta a história de alguns gigantes, todos eles habitantes da alma humana que, de certa forma, nos permite entender fenômenos, tais, como o instinto natural de defesa. A sensação de ambivalência que angustia todo o ser humano tem explicação mitológica nas figuras de Eros e Tanato, os deuses da mitologia grega que Freud elegeu para personificar o sentimento da existência da vida e da morte. Eros despertava o amor e o desejo nos homens, acertando flechas em seus corações. Representa o instinto da sobrevivência. Já Tanato, o deus da morte, filho de Nyx (a Noite), era irmão de Hypnos (o Deus do sono). A luta entre ambos está representada, na psicologia, como o embate dos instintos de conservação e destruição.”

⁴ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo 3, Primeira Parte, Teorias Generales, Ed. Ediar Soc. Anón. Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1949, pág.60.

⁵ *Idem ibidem*, pág.61

⁶ *Idem ibidem*, pág.62

de Aquino, por exemplo, a legítima defesa teria por fundamento a autoconservação, sendo o primeiro dever do ser humano a responsabilidade pela sua vida e não do agressor.⁷

A *naturalis ratio* da legítima defesa estaria, também, presente na filosofia moderna. Segundo Hobbes as paixões dos homens os levariam a um estado natural de guerra, no qual todos são inimigos de todos e todos têm direito a tudo. Como observa o autor existiriam na natureza humana três causas principais determinantes da disputa: competição, desconfiança e glória.⁸ A competição tornaria os homens inimigos quando desejassem o mesmo bem e não pudessem desfrutá-lo por igual. Na ausência de um poder soberano os homens utilizariam da violência e da subjugação para satisfazer suas necessidades patrimoniais e pessoais. Já a desconfiança seria o emprego da violência para defender esses mesmos bens, continuamente sujeitos à expropriação pela força ou fraude. Por fim, a glória seria a possibilidade de recorrer à violência por motivos insignificantes, por exemplo, a vaidade. Depreende-se, portanto, que o medo, mais especificamente o medo da morte - "há um temor contínuo e a ameaça de morte violenta."⁹ - conduziria o homem a concordar que a paz seria algo bom, sendo necessário para esse fim, o estabelecimento de um poder comum que mantenha o respeito mútuo, o Estado.

Moura sustenta em sentido semelhante ao descrever que a busca para estar com os outros em segurança, tendo por base o princípio da autoconservação, estaria intrinsecamente vinculada ao medo como fundamento do agir instintivo humano. O autor ao se referir a esse estado de perturbação funcional do homem afirma que esse sentimento reverberaria no nosso mais primitivo modo de ser, determinando a fragilidade humana, que não raras vezes imporá ao defendente o excesso na legítima defesa.¹⁰

Emilio Mira y Lopez ao retratar o medo como um dos quatro gigantes da alma (além dos sentimentos de ira, amor e dever) aponta suas raízes sob o ponto vista

⁷ PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral – A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. 5ª Ed, AAFDL Editora, 2020, pág.290.

⁸ HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. 1ª Ed. São Paulo: Martin Claret, 2014, pág.108.

⁹ *Idem ibidem*, pág.108

¹⁰ MOURA, Bruno de Oliveira. *A Não-Punibilidade do Excesso na Legítima Defesa*, 1ª Ed, Coimbra Editora S.A, 2013, pág. 22.

religioso e científico. Assim, se poderia deduzir de passagens da bíblia que Deus introduziu o medo nos animais desde os nascer do sol da vida.¹¹ Na concepção da escala biológica o medo não seria, nem mais nem menos, que a emoção processada nos níveis superiores do reino animal, de aspectos fenomênicos de paralisia e irrupção do curso da vida, que seriam observáveis até mesmo nos seres unicelulares mais simples diante de mudanças repentinas ou desproporcionais em suas condições ambientais existentes.¹² Em comum em relação as duas abordagens estaria o fato do medo ser elemento matricial do espírito humano, da simples consciência de existir.

O fundamento desse excepcional estado psíquico do medo será retomado no desenvolvimento desse trabalho, para analisar a conduta do deficiente em uma perspectiva onto-antropológica, e não a partir de um juízo lógico-analítico meramente formal, como se o indivíduo pudesse ser equiparado a uma espécie abstrata de inteligência artificial, e representar a necessidade dos meios de defesa através de uma técnica avançada de processamento de dados para calcular o contrabalanço da ação de defesa.

Weinmann reforçando implicitamente o estado natural de guerra hobbesiano, sustenta que a fome levaria à necessidade de sobrevivência e à luta de todos contra todos na busca pelo alimento. Se não existisse a necessidade de se alimentar, talvez, não existiria a competição e a própria necessidade de sobrevivência do homem.¹³ O autor sustenta que o próprio movimento corporal seria naturalmente uma reação causal determinada por instintos de autoconservação, como o olho humano que teria mecanismos de defesa contra o excesso de claridade. Enfim, haveria algo no ser humano, sentimento este que a sociedade chamaria de instinto ou de reflexo, que independeria de sua vontade e seria o resultado da luta permanente pela própria

¹¹ Gênesis 9, 2: “E o temor de vós e o pavor de vós virão sobre todo o animal da terra, e sobre toda a ave dos céus; tudo o que se move sobre a terra, e todos os peixes do mar, nas vossas mãos são entregues.”; Levítico 26, 16: “Então eu também vos farei isto: porei sobre vós terror, a tísica e a febre ardente, que consumam os olhos e atoremtem a alma; e semeareis em vão a vossa semente, pois os vossos inimigos a comerão”.; Isaías 8, 13: “Ao Senhor dos Exércitos, a ele santificai; e seja ele o vosso temor e seja ele o vosso assombro.” (grifos nossos) MIRA Y LOPES, Emílio. *Cuatro Gigantes Del Alma*: El miedo – La Ira – El amor – El deber, 14ª Ed., Ediciones Lidium, Buenos Aires, pág.13

¹² MIRA Y LOPES, Emílio. *ibidem*, pág.13

¹³ WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Idem ibidem*, pág.264.

sobrevivência¹⁴. Assim, parte-se da premissa que a ação de defesa surgiria a partir do começo da própria vida, sendo uma realidade da espécie humana. Segundo Weinmann o instinto de defesa já existiria no recém-nascido, que para se agarrar à vida seguraria firmemente o dedo do adulto em sua palma da mão, defendendo-se de uma possível queda. Portanto, o instinto de sobrevivência adviria desse medo da queda, ou medo de alguma coisa, que determinaria o instinto de defesa da vida.¹⁵

Indo além do instinto de conservação como parte integrante do espírito humano, Teixeira sustenta que mecanismos reativos de defesa seriam verificáveis na natureza no reino animal e vegetal: “A viva manifestação do instinto de conservação, um fato puramente biológico, transformado em fenômeno sociológico. Manifestação impulsiva do instinto que se demonstra, aliás, na natureza, no reino animal e vegetal.”¹⁶

Esse traço naturalista da defesa seria fundamental para a resolução de determinados pontos controvertidos envolvendo a legítima defesa, sobretudo o excesso punível. Atualmente, parte da doutrina ao analisar o alcance da causa de justificação propõe a sua redução, por meio de fórmulas abertas (v.g. limites ético-sociais), buscando um juízo referencial de proporcionalidade da legítima defesa, para lhe conferir um padrão de racionalidade¹⁷. Essa premissa funcional redutora, influenciada, talvez, pela incapacidade de superar o fundamento supraindividual do princípio da afirmação do direito¹⁸, não raras vezes cometeria injustiças em desfavor do ofendido. Na interpretação dos meios moderados e necessários empregados na repulsa à

¹⁴ *Idem ibidem*, pág. 264.

¹⁵ *Idem ibidem*, pág. 277. A reforçar o instinto de defesa a partir do nascimento, a mitologia grega conta a história da tentativa de homicídio da deusa Hera, rainha do Olimpo, contra o recém-nascido Hércules. Em uma noite na qual a coruja da deusa Atena, encarregada de velar e proteger o nascituro, havia saído de seu posto para punir um rato infrator, que teria roído um bordado especial de Atena, a madrastra de Hércules, Hera, enviou duas serpentes enormes para matá-lo enquanto dormia. O infante, então, ainda em seu berço estrangulou as duas serpentes sem quaisquer dificuldades. BULFINCH, Thomas, *O livro de ouro da mitologia: (a idade da fábula) : histórias de deuses e heróis / Thomas Bulfinch; tradução de David Jardim Júnior — 26a ed. — Rio de Janeiro, 2002, pág.176.*

¹⁶ TEIXEIRA, Antonio Leopoldo. *Da Legítima Defesa: estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal*, Ed. Del Rey, 1996, pág.59. Em relação ao reino vegetal o autor cita Vitorino Prata Castelo Branco, que descrevia o instinto de conservação “até mesmo na plantinha que se esforça, arduamente, para crescer entre as pedras, ou até mesmo num pouco de poeira, no alto do telhado!”. Nesse sentido, que não existiria força maior que a vontade de sobreviver, pode-se citar a flor *Giesta*, que nasceria nas encostas do Vesúvio.

¹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Civitas, S.A., 1997, pág.635

¹⁸ TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *A Legítima Defesa: da fundamentação teórico-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática*, Coimbra Editora, 1995, págs.416 a 418

agressão, costuma-se afirmar que aqueles seriam os suficientes para ultimar a agressão com o menor dano possível ao autor; e, ainda assim, em determinados contextos haveria o dever de se tolerar o injusto, para não se incorrer em barbárie. Dessa forma, haveria uma espécie de legítima defesa limitada. Esta limitação, entretanto, estaria mais fundada em intuições, e não em um pensamento científico-jurídico próprio.

Essa trave-mestra da proporcionalidade limitadora da ação de defesa, na qual, muitas vezes se confundiriam os valores dos bens jurídicos em jogo e o uso dos meios de defesa (escolha e limites) redundaria, essencialmente, em qualificar a posição jurídica do agressor, que atuaria livre de quaisquer limites contra o ofendido, que, por sua vez, estaria condicionado a agir dentro de concepções restritivas “ditas racionais”¹⁹, possuindo o dever de avaliar com equilíbrio matemático as possibilidades de defesa; preocupado em um só tempo em se defender e não violar os limites da permissibilidade da legítima defesa. Afinal segundo Mantovani: “o agredido não tem a balança da justiça nas mãos” - *adgreditus non habet staderam in manu*.²⁰

Ao renunciar-se o aspecto fenomenológico da defesa, que não raras vezes, seria realizada no calor de violentas emoções condicionantes da vontade (*propter perturbationem animi*), dirigidas pelo instinto de autoconservação do indivíduo, prestigiar-se-ia uma realidade desinformada e se esperaria do indivíduo um comando normativo que ele, por vezes, não poderia cumprir por falta de capacidade psíquica para ser destinatário da norma. Segundo Leandro, esta desinformação da realidade do conflito na análise dos requisitos da legítima defesa, seria provocada em função da incidência de um paradigma midiático “hollywoodiano” no processo penal.²¹ A sociedade ao consumir conteúdos como filmes e séries policiais, em que os personagens principais dificilmente ou nunca falham, incorreria naquilo que o autor chama de “ciclo leigo” da legítima defesa, que seria responsável pela criação de diversos mitos sem qualquer correspondência empírica em relação à excludente, por

¹⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal Parte Geral*, 7ª ed, Ed. Empório do Direito, 2017, pág.235

²⁰ *Apud* MOURA, *idem ibidem*, pág.106

²¹ LEANDRO, Allan Antunes Marinho, *Armas de Fogo e Legítima defesa: A desconstrução de oito mitos*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pág.21

exemplo, a exigência de atirar-se na perna ou no braço primeiro (síndrome do tiro na perna)²².

Varre-se, assim, a solução justa e imputa-se o excesso doloso ou culposo ao deficiente a partir de uma lógica de subsunção formal, na qual a norma permissiva seria uma via de exceção. O excesso não deveria ser imputado formalmente como um tipo de injusto comum, apartado da influência “da vítima” e sua corresponsabilidade para a causação do resultado²³. A lógica da forma atributiva do excesso não seria adequada ao juízo de subsunção típico puramente positivo ou negativo: presentes a necessidade e moderação dos meios não haveria excesso; ausentes os mesmos requisitos objetivos haveria excesso. Olvida-se, aqui, o princípio da causalidade da situação de conflito pela vítima da intervenção²⁴ e, por conseguinte, a necessária redução quantitativa do excesso, que não seria a realização causal e individual do deficiente, afinal, esta causa de justificação imperfeita seria ativada antes de tudo por um tipo de injusto doloso do autor.

Esse raciocínio, da causa de justificação como exceção, deve-se muito à adoção da teoria do tipo penal indiciário (teoria *ratio cognoscendi*), que estabeleceria a função tipos penais proibitivos como um indicativo provisório da ilicitude, enquanto as causas de justificação seriam situações excepcionais, que autorizariam a ação típica para a negação da contrariedade ao Direito. A legítima defesa não deveria ser vista simplesmente como algo tolerado pelo Direito, mas como uma conduta aprovada, realizadora de um valor positivo de orientação da conduta, que seria a licitude²⁵. Palma, a propósito, define a legítima defesa como um mecanismo de resolução de conflitos, no qual seria conferido aos indivíduos o poder de efetivar as regras do sistema sem a necessidade de recurso à autoridade das instituições²⁶. A teoria do tipo penal indiciário,

²² *Idem ibidem*, pág.74

²³ TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Idem ibid*, págs.364 e 365.

²⁴ JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal Parte General: fundamentos y teoria de la imputacion*, 2ª ed, Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., Madrid, 1997, pág.421

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*, volume 2, tomo 2 / Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista; Alejandro Alagia; Alejandro Slokarl, Revan, 2017, Pág.62.

²⁶ PALMA, Maria Fernanda. *Idem ibidem*, pág.289. Em sentido semelhante Americano, Odin I. do Brasil define a ação de defesa como um reflexo da agressão: “é o golpe de retorno, causado pelo agressor.

por fim, teria consequências práticas penais insatisfatórias, pois que transferiria a carga probatória ao defendente, sendo comum a afirmação que o ônus argumentativo das causas de justificação incumbiria à defesa (fato modificativo do direito), cabendo à acusação imputar apenas um fato típico (fato constitutivo do direito), porque presumida por inferência lógico-dogmática à sua ilicitude. Segundo Taipa de Carvalho esse raciocínio seria inaceitável, gerando um tratamento hostil e desfavorável da jurisprudência em casos de legítima defesa e de outras causas de justificação ao ofendido. Essa forma de tratamento segundo o autor inverteria a lógica da realidade, transformando o infrator-agressor em “vítima” e tratando o verdadeiramente agredido como inimigo.²⁷

Esse trabalho teria por objetivo investigar os fundamentos da legítima defesa e revisar os processos de imputação do excesso punível à luz do *in dubio pro defendente*, a fim de reconhecer que à resolução das tensões e contradições do processo de atribuição do excesso não poderiam se dar mesma forma que um ilícito penal comum, por meio de exigências de modelos geométricos e abstratos inatingíveis pelo homem, sem qualquer nexos com o mundo social em que o direito exerce a sua eficácia mumificando certas estruturas da vida.²⁸

Em síntese conclusiva, portanto, busca-se identificar formas de limitação da imputação do excesso punível na legítima defesa, a fim de conformar esse instituto à uma representação mais realista da natureza humana em conflito, na qual haveria menos capacidade de autonomia individual para representar as elementares objetivas da moderação e da necessidade dos meios empregados na ação de defesa. Como afirma Simons, para se admitir uma defesa absoluta contra o agressor, um critério puramente subjetivo para justificar a não imputação do excesso seria inadequado, devendo-se acrescentar alguma espécie de requisito normativo.²⁹ Nesse sentido, primeiramente, propomos limitar a atribuição do excesso pela análise da natureza dos bens jurídicos do agressor e do defendente. Se identificado bens qualitativamente

Socialmente ela é a reação do Estado contra o agressor, reação essa que embora feita com as mãos do agredido o Estado sanciona.” *Idem ibidem*, pág.61

²⁷ TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Idem ibidem* pág.162

²⁸ BETTIOL, *idem ibidem*, pág.203

²⁹ SIMONS, Kenneth. *Self-Defense: Reasonable Beliefs Or Reasonable Self-Control?* New Criminal Law Review, Vol. 11, Number 1, pág.54.

distintos, por exemplo, honra subjetiva e vida, a ação do defendente estaria limitada por uma racionalidade mínima, podendo-se imputar o excesso; do contrário, se os bens jurídicos se mantiveram qualitativamente na mesma linha de desdobramento, por exemplo, vida e vida, não haveria qualquer limitação quantitativa para a ação de defesa, que poderia ser absoluta, afastando-se o excesso. Nessa hipótese, prevaleceria o princípio da responsabilidade pessoal ou o princípio da causalidade da situação de conflito, somada à finalidade preventivo geral da legítima defesa, advertindo-se o agressor, responsável pela determinação atual do conflito, que o defendente não estaria limitado pelas balizas da proporcionalidade para afirmar o seu direito.

O segundo critério para restringir o alcance normativo do excesso punível estaria baseado, por sua vez, na perspectiva pessoal do defendente e, por conseguinte, na perturbação moral e no instinto natural de autoconservação da vida, o que tornaria o agente psicologicamente incapaz, sobretudo em um estado emocional de medo, para representar os limites da legítima defesa. Esse segundo critério fundamenta-se em pontos de partida empíricos sobre o tempo de ação e percepção do indivíduo em um cenário de confronto, bem como em premissas neurocientíficas do processamento da informação e do circuito do medo. Seria *in fine diei* a força dessa emoção, que lidaria com os fenômenos da extinção e conservação da vida nas questões humanas. Afinal, como ressalta Goleman:

Uma visão da natureza humana que ignore o poder das emoções é lamentavelmente míope. A própria denominação *Homo sapiens*, a espécie pensante, é enganosa à luz do que hoje a ciência diz acerca do lugar que as emoções ocupam em nossas vidas. Como sabemos por experiência própria, quando se trata de moldar nossas decisões e ações, a emoção pesa tanto — e às vezes muito mais — quanto a razão. Fomos longe demais quando enfatizamos o valor e a importância do puramente racional — do que mede o QI — na vida humana. Para o bem ou para o mal, quando são as emoções que dominam, o intelecto não pode nos conduzir a lugar nenhum.³⁰

³⁰ GOLEMAN, Daniel. *Inteligência emocional*, tradução Marcos Santarrita. — Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. recurso digital, Pág.71

1. TEORIAS DA LEGÍTIMA DEFESA.

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Segundo o entendimento doutrinário dominante³¹ a legítima defesa seria uma causa de exclusão da ilicitude da conduta, isto é, uma limitação justificada de direitos (a lei estabelece limites para a ação justificada em situação de defesa), posição esta corroborada pela lei penal brasileira, conforme previsto expressamente pelo art.23, II, e art.25 do Código Penal. A legítima defesa, nessa latitude, seria um fato praticado *secundum ius*. Não obstante à sua natureza jurídica de causa de causa de justificação, faz-se necessário analisar, ainda que de forma sumária, as teorias existentes sobre o debate ideológico fundamentador da legítima defesa, com a finalidade de se fincar estacas propedêuticas mais firmes para a situação de defesa e à ação de defesa.

Linhares aponta diferentes doutrinas existentes sobre os fundamentos da legítima defesa, a saber: (i) Teoria da necessidade iminente do agredido (Kant); (ii) Teoria da retribuição do mal com o mal (Geyer); (iii) Teoria da violência moral (Pufendorf, Carmignani); (iv) Teoria da exclusão de antijuridicidade (Altavilla, Nelson Hungria); (v) Teoria da legitimidade absoluta (Von Ihering); (vi) Teoria da anulação da

³¹ SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro*: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência), Senado Federal, Conselho editorial, 2003, Pág.440; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo 1º, Ed.Forense Rio,1967 pág.360; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, Volume 1, Introdução e Parte Geral, 38ª Ed., São Paulo, Saraiva, pág.196; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, Vol. I, Tomo 2º, Ed.Revista Forense, 1955, pág.282; MAGALHÃES, Délio, *Causas de Exclusão de Crime*, Ed.Saraiva, 2ª Ed, São Paulo, 1968 pág.77. MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *Crime e Exclusão de Criminalidade*. Legítima Defesa. Estado de Necessidade. Exercício Regular do Direito. Estrito Cumprimento de Dever Legal. Ed. Bernardo Alvares S.A, 3ª edição, 1962, pág.229; ALMADA, Célio de Melo. *Legítima Defesa*: legislação, doutrina, jurisprudência, processo, Ed. José Bushatsky, 1981, Pág.54; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, parte geral, 14ª ed, Ed. Forense, 1989, pág. 184; TOLEDO, Francisco Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1994, pág. 192; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. V.1., Ed.Saraiva, 1999, pág.385; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, Vol.1: parte geral, 28ª ed.rev., Ed.Atlas, 2012, pág.168; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal Parte Geral*, 7ª ed, Ed. Empório do Direito, 2017, Pág.227; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral, 16ª Ed, Saraiva, 2011, pág.374; SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal*: parte geral, Ed. Elsevier, 2012, pág. 226

injustiça ou nulidade absoluta (Hegel); (vii) Teoria da defesa subsidiária (Manzini); (viii) Teoria do direito subjetivo de caráter público (Binding); (ix) Escola positiva ou da sociabilidade dos motivos (Ferri); (x) teoria da colisão de direitos (Von Buri).³²

Essas teorias, basicamente, poderiam ser divididas em dois grupos. O primeiro, de fundamentação naturalista, levaria à conclusão de que a conduta típica realizada em resposta a uma agressão seria objetivamente ilícita, mas impunível. Sendo mais claro, a ação executada em legítima defesa seria reputada de injusta para o Direito Penal, mas restaria impune. Os fundamentos da impunidade dessas teorias alternam-se suavemente sem chegar a infirmar antijuridicidade da conduta em estado de defesa. O segundo grupo de teorias sustenta que a ação realizada em legítima defesa seria justificada, e, portanto, afastaria a natureza ilícita da conduta do deficiente. Os fundamentos da justificação, entretanto, apresentariam diferenças mais definidas, ora ligadas a questões subjetivas, ora à estrutura do conceito de direito subjetivo, ora a razões de ordem pública.

1.2 TEORIAS DE CUNHO NATURALISTA.

A doutrina³³ ao se referir ao fundamento naturalista da legítima defesa, geralmente, faz referência a Cícero, na sua oração *Pro Milone*. A legítima defesa seria um direito natural, derivado da necessidade, que independeria de qualquer regulação. Segundo Cícero em tempos de guerra a lei seria silente - *silente legis inter arma*. Nesse discurso, realizado em 52 D.C., Cícero sustentou a tese da legítima defesa em favor *Titus Annius Milo*, que matou confessadamente seu rival político, *Publius Clodius Pulcher*. Entre outros argumentos para absolvê-lo, Cícero teria sustentando que a legítima defesa seria um direito vindo da própria natureza, que sempre, por qualquer

³² LINHARES, Marcelo Jardim. *Legítima Defesa*, 2ª Ed, Forense, 1980, pág. 98. Apresentam as mesmas teorias com pequenas variações: SILVA, Antonio José da Costa e. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentando Vol.I, Senado Federal, Conselho editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, pág.257; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Volume 1, Parte Geral., Ed. Revista dos Tribunais, 2006, pág. 390; TEIXEIRA, Antonio Leopoldo. *Idem ibidem*, pág.62

³³ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*, traduzido e comentada por José Hygino Pereira, F.Bruguier & C. Editores, 1899, Pág.225; Bruno, Aníbal. *Idem ibidem*, pág.357;

meio possível, imporia ao homem o dever de retorquir qualquer violência dirigida ao seu corpo:

Há, portanto, senhores juízes, esta lei que não é escrita, mas natural; que não aprendemos, adquirimos ou lemos, mas arrebatamos, aurimos, extraímos da própria natureza; na qual não fomos instruídos, mas constituídos; não fomos ensinados, mas dela imbuídos, de tal forma que, se nossa vida fosse vítima de alguma armadilha, da violência e das armas de salteadores ou de inimigos, qualquer método seria honesto para assegurar nossa salvação.³⁴

Bettioli sustentava que a legítima defesa corresponderia a uma exigência natural, isto é, um instinto ou forma primitiva que levaria o agredido a reagir contra o agressor. O autor entendia que o Estado não poderia ignorar tal impulso natural e constranger o indivíduo a aguardar a intervenção dos órgãos públicos, “codificando um princípio de covardia”. A resignação do particular pelo socorro público ou ‘à sua retirada do local para evitar o confronto seria, no máximo, um conselho para aqueles que aspirariam o altruísmo.³⁵

Na doutrina nacional pode-se citar a posição de Teixeira, que admite o fundamento natural da legítima defesa, baseado no instinto de conservação da vida e na realidade biológica do ser humano. Segundo o autor, a conservação e a reprodução seriam as leis supremas da criação, podendo o indivíduo reagir contra qualquer agressão que coloque em risco à sua existência, chegando a admitir, nesses casos, que a ação humana seria um reflexo automático em resposta à uma excitação exterior do ambiente (agressão).³⁶ Brandão sustenta que a legítima defesa seria situação de fato reconhecida pelo Direito, isto é, uma reação natural, advinda do próprio instinto de autoconservação. Mesmo que não houvesse Direito a defesa perduraria por ser natural.³⁷

³⁴ BORGES, Marlene Lessa Vergílio. *O Pro Milone de Cícero*: tradução e estudo da invenção, pág.111. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8143/tde-26042012094638/publico/2011_MarleneLessaVergilioBorges_VRev.pdf

³⁵ BETTIOLI, Giuseppe. *Idem ibidem*, pág.224

³⁶ TEIXEIRA, Antonio Leopoldo. *Idem ibidem*, pág.59

³⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal*: Parte Geral, 2ª Ed, Forense, 2010, pág.212

1.2.1 Teoria da necessidade iminente do agredido.

Segundo a teoria da necessidade iminente, a conduta do defendente seria impune pelo princípio da necessidade, que tornaria inútil qualquer ameaça do mal da pena sobre o defendente. Soler, com fundamento em Kant, sustentava que diante de uma agressão, os necessitados nunca obedeceriam à lei, que encerraria a promessa de um mal distante, aleatório e ainda inseguro (morte pela sentença do juiz), diferente da proximidade do medo do mal individual e seguro da violência. Assim, como esses atos não poderiam ser evitados devido à impotência da ameaça penal, eles, embora não se tornem justos (lícitos), permaneceriam fora do raio de alcance da lei, sendo meramente impuníveis.³⁸ Siqueira, salientava que esta concepção de legítima defesa, como ação impunível ao revés de ação lícita, teria forte influência das justiças senhoriais e reais, consagrado pela antiga legislação francesa, nas ordenanças de 1539 e 1670. Nesse modelo de justiça aquele que matasse seu agressor em ação de legítima defesa, não era absolvido pela lei, mas sim, pela graça do soberano “impetrada pelo culpado de joelhos e cabeça descoberta, sendo encerrado em prisão até à concessão da graça.”³⁹

Essa teoria, portanto, não reconheceria a legítima defesa como uma causa de exclusão da antijuridicidade, não admitindo como um comportamento justo, por exemplo, a ação do agredido que matasse o seu agressor em legítima defesa. Os indivíduos, segundo essa teoria, teriam renunciado ao direito de defesa e o transferido ao Estado pela celebração do contrato social, o que tornaria a ação do defendente ilícita, porque somente o Estado teria o poder de realizar agressões justificadas para proteger direitos subjetivos. Entretanto, apesar de o Estado ser o titular exclusivo da violência, em determinados casos, a necessidade de se defender teria o poder de determinação da vontade independentemente da ameaça da lei, a qual não poderia contra motivar a ação do agente. Pelo princípio da necessidade o defendente agiria de qualquer forma para se defender diante da certeza do mal da agressão, o que tornaria a sua conduta impune por ausência de eficácia da pena. Essas considerações se

³⁸ SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Ed. La Ley Bs. Aires, 1945, pág.396.

³⁹ SIQUEIRA, Galdino. *Idem ibidem*, pág.439.

avizinhariam, hoje, à categoria da responsabilidade desenvolvida por Roxin, que propõe além da culpabilidade do indivíduo, a necessidade preventiva e concreta da pena.⁴⁰

1.2.2 Teoria da retribuição do mal com o mal.

Segundo a teoria da retribuição do mal com o mal, a legítima defesa seria uma espécie de retribuição antecipada da agressão injusta, isto é, uma compensação de males, o que tornaria a ação do agredido impunível em face do agressor. A solução pela impunidade da ação se explicaria aqui, novamente, pelo fato de a conduta do defendente ser qualificada de injusta, porque o monopólio de punir é exclusivo do Estado, não sendo disponível ao indivíduo o direito subjetivo da defesa de bens jurídicos. Assim, se a conduta do ofendido quitaria o mal da agressão por meio do mal de talião, haveria um perfeito estado de igualdade e equilíbrio. Dessa forma, a punição estatal em face daquele que se defende representaria um novo mal, causando um desequilíbrio na concepção de justiça material, porque não haveria mais nada para retribuir, gerando, com efeito, uma ausência de compensação entre ação e reação.⁴¹ O defendente já teria realizado antecipadamente a função absoluta de retribuição da culpabilidade, não restando pretensão punitiva do Estado, sob pena de configuração de *bis in idem penal*. A legítima defesa, nesses termos, seria um método abreviado de aplicação da própria sanção penal.

1.2.3 Teoria da violência moral.

Segundo a teoria da violência moral o fundamento da legítima defesa seria uma causa de inimputabilidade, afastando-se sem solavancos das teorias acima, que

⁴⁰ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução: Luís Greco, Renovar, 2002, Pág.70

⁴¹ AMERICANO, *idem ibidem*, pág.63

divisavam o fundamento do instituto como uma causa de impunidade. A base da legítima defesa seria um estado de incapacidade psíquica – *propter perturbationem animi* - que o agredido experimentaria em decorrência da agressão. O instinto de autopreservação e a carga emocional que isso impõe retirariam do deficiente a capacidade de poder de decisão em conformidade com uma ação livre e racional. Pufendorf, a propósito, sustentava que determinados excessos não seriam uma questão preocupante em um Tribunal de Justiça, em razão da “turbulência mental” que o ataque seria capaz de causar ao ser humano.⁴² Dessa forma, a legítima defesa não teria natureza de justificativa, mas de dirimente (exculpante) da conduta, e estaria fundada em uma forte emoção, que teria o poder de determinação de conduta, tornando o agredido psicologicamente incapaz de ser penalmente responsabilizado. No Brasil, Vergara entende que a legítima defesa seria um fenômeno subjetivo, e adota a tese da legítima defesa subjetiva em oposição à teoria objetivista de Hungria, sustentando que seu fundamento seria psicológico, baseado no temor de um mal. Onde houvesse temor – perturbação psicológica causada pelo perigo com aumento das energias de conservação - haveria o nascimento da legítima defesa para o ofendido, obviamente, sem descurar-se da realidade pessoal de cada indivíduo.⁴³

Não obstante essa teoria ser rejeitada pela doutrina majoritária como a *ratio* da legítima defesa, a mesma poderia ser aplicada para justificar a não punibilidade do excesso em legítima defesa afastando-se a culpabilidade individual.

1.2.4 Críticas às teorias naturalistas.

Essas teorias destacadas fundamentam a legítima defesa independentemente de lei - *necessitas caret legem* – amparadas exclusivamente em bases naturalistas e, reunidas basicamente, com suaves diferenças, na premissa da desnecessidade da pena em decorrência do espírito de continuidade do agredido, ou seja, em seu instinto.

⁴² PUFENDORF, Samuel. *One the Duty of Man and Citizen According the Natural Law*, Cambridge University Press, 1991, pág.51.

⁴³ VERGARA, Pedro. *Da legítima defesa subjetiva*, 4ª ed, Del Rey, 1990, pág.164

Hungria as objetava afirmando que o fundamento da legítima defesa seria sempre jurídico e que a conduta do agredido deveria estar condicionada pela ordem jurídica para ser legítima. Do contrário, se o fundamento da legítima defesa fosse puramente naturalista, a agressão sequer precisaria ser injusta, porque o *tenerrimus affectus* da própria conservação permaneceria presente mesmo diante de ações justificadas. Ademais, em relação à teoria da retribuição do mal, admitindo-se que a ação de defesa retribuiu de forma suficiente a agressão, não haveria mais explicação para habilitar o Direito Penal e imputar o crime ao agressor.⁴⁴

Em relação à teoria da violência moral, contesta-se se a legítima defesa, em todos os casos, imporia uma coação pela emoção, podendo, também, ser realizada em situações de perfeita racionalidade e sem alteração do estado anímico do indivíduo.⁴⁵ A reforçar essa convicção imagine-se um quadro de legítima defesa de terceiro, na qual o defendente não estaria sofrendo diretamente a agressão, mas afirmando o direito contra um injusto que tenha por objeto bens jurídicos pertencentes à outra pessoa.

1.3 TEORIAS DE CUNHO JURÍDICO.

1.3.1 Teoria da Legitimidade Absoluta.

Segundo a teoria da legitimidade absoluta, a legítima defesa não se constituiria em apenas um direito individual, mas também em um dever, o que geraria a obrigação do defendente em afirmar a ordem jurídica quando atacada. O agredido simbolicamente seria simultaneamente cidadão e soldado. Lhering sustentava a natureza dúplice da legítima defesa, consistindo-se em direito individual e dever para a

⁴⁴ HUNGRIA, Nelson. *Idem ibidem*, pág.277 a 279.

⁴⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones De Derecho Penal Parte General*, 3a edición ampliada y revisada, Tirant lo Blanch, Valência, 2016, pág.382. Segundo o autor o fundamento naturalista estaria mais próximo das causas supraleais de exculpação.

sociedade ao mesmo passo. Dessa forma, quem defendesse o seu direito defenderia também o império da lei, ou seja, todo o direito. Segundo o autor:

Toda a gente tem a missão e obrigação de esmagar em toda parte, onde ela se erga, a cabeça da hidra que se chama arbítrio e a ilegalidade. Todos aqueles que fruem os benefícios do direito devem também contribuir pela sua parte para sustentar o poder e autoridade da lei; em resumo, cada qual é um lutador nato, pelo direito, no interesse da sociedade.⁴⁶

A crítica lançada a esta teoria repousaria na equiparação da legítima defesa a uma espécie de estrito cumprimento de dever legal. A legítima defesa, diferente deste, não poderia ser imposta coativamente pela lei. Como direito subjetivo trata-se de uma faculdade jurídica permitida pelo Estado. Dessa forma, de um lado, é certo que o Estado não poderia proibir a legítima defesa, e impor o dever de morte aos indivíduos em situação de agressão; de outro lado, uma vez reconhecido o *status* de direito subjetivo, o Estado não poderia impor a obrigatoriedade de se defender, porque essa estrutura não está de acordo com a premissa que constitui um direito subjetivo, qual seja, a faculdade do indivíduo agir em seu favor sob a sombra do direito objetivo. Do contrário, mantida a posição de dever de salvaguarda do direito objetivo, o indivíduo sequer poderia renunciar a defesa e abandonar o local optando por uma resolução do conflito pacífica ou menos dramática. Apenas seria possível falar em obrigatoriedade na execução de um tipo penal permissivo diante de situações específicas, como na atuação de funcionários públicos, que têm um vínculo jurídico especial com a administração pública.

1.3.2 Teoria da Anulação da Injustiça.

Segundo a teoria da anulação da injustiça ou nulidade absoluta, a legítima defesa seria uma reafirmação do Direito ao anular o mal do crime. Então, se o crime seria a anulação do Direito e a legítima defesa a anulação do crime, a conclusão por

⁴⁶ VON LHERING, Rudolf. *A Luta pelo Direito*, 19ª ed, Forense, 2000, Pág.44

inferência lógica seria que a legítima defesa é a própria afirmação da ordem jurídica violada diante do injusto. Essa teoria estaria de acordo com a teoria absoluta da pena de Hegel, que sustenta que a pena seria a negação da negação do Direito. Em síntese, o crime vulneraria o Direito e a legítima defesa vulneraria o crime pretendendo reestabelecer o Direito. A legítima defesa, nesses termos, poderia ser compreendida como a vulneração da vulnerabilidade ou negação da negatividade. Essa teoria, a partir de um recorte atual da dogmática penal, se aproximaria das premissas da prevenção geral positiva do Funcionalismo de Jakobs, que sustenta, em linhas de resumo, que a finalidade da pena seria restaurar a validade da norma jurídica violada, resgatando o sentimento de confiança da sociedade no funcionamento do Direito Penal. Jakobs, inclusive, declara abertamente que a teoria absoluta da pena de Hegel teria uma configuração que pouco se distinguiria da prevenção geral positiva, por ele defendida.⁴⁷

A crítica a essa teoria seria que a legítima defesa, por representar um procedimento afirmativo do direito, seria uma espécie de antecipação de julgamento, não se podendo falar em punição do agressor pela realização de um injusto culpável, uma vez que a legítima defesa já teria cumprido a função atribuída à pena, que seria puramente a retribuição do mal causado pela violação da ordem jurídica. Ademais, objeta Taipa de Carvalho que a justificação não seria apenas a negatividade da negatividade. Segundo o autor “trata-se de uma valoração positiva de uma conduta praticada numa situação de conflito de interesses, é positividade jurídica.”⁴⁸ Essa posição se daria em razão do autor negar o esquema regra-exceção das causas de justificação em relação aos tipos penais proibitivos, concluindo que toda justificação seria um direito de ação ou um direito de intervenção, portanto, uma positividade.

1.3.3 Teoria da defesa subsidiária.

Segundo a teoria da defesa subsidiária, a legítima defesa seria uma delegação condicionada do poder de polícia do Estado para o indivíduo defender-se contra as

⁴⁷ JAKOBS, Gunther. *Idem ibidem*, pág.22

⁴⁸ TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Idem ibidem*, pág.171

agressões nas quais o poder público não poderia estar presente para prestar o auxílio necessário e afastar a agressão injusta.⁴⁹ Haveria um desmembramento do *jus puniendi* do Estado, que seria o titular do direito de defesa, transferindo-o ao particular, que atuaria na função de delegado, para realizar a sua defesa individual, segundo a premissa *deficiente magistratu populus est magistratus*. Mestieri na doutrina pátria adota expressamente essa teoria como fundamento da legítima defesa.⁵⁰

Para essa teoria, aproximando-se de uma linguagem civilista, haveria uma espécie de cláusula de reversão prevista no contrato social. Quando a defesa pública se revelar ineficaz para sustar o conflito, o indivíduo retomaria esta função pública para realizar à sua autodefesa, que uma vez teria sido renunciada para o Estado. Pode-se fazer uma analogia, agora, sob o ângulo do direito público, a legítima defesa poderia ser equiparada a um ato de licença. A licença seria o ato administrativo vinculado, por meio do qual a Administração Pública concede o seu consentimento para a realização de certa atividade do particular. Neste ato administrativo não há qualquer juízo de discricionariedade na avaliação do motivo e do objeto (mérito administrativo), havendo simplesmente a declaração do direito subjetivo do particular, uma vez verificados os requisitos objetivos previstos em lei. Pode-se adaptar esse raciocínio à teoria da defesa subsidiária, uma vez que a autoridade do Estado não se faz presente a tempo de arrostar a agressão, haveria a autorização administrativa para o particular agir, desde que verificados os requisitos objetivos descritos no art. 25 do Código Penal. Em conclusão, para essa teoria, a legítima defesa seria um direito público subjetivo quando a defesa estatal se revelasse ineficaz.

A crítica⁵¹ levantada a essa teoria seria que a mesma é artificial, porquanto o particular atuaria em causa própria e não como um agente delegado do Estado por meio de um mandato hipotético de representação. Ademais, essa teoria, ao falar em

⁴⁹ MANZINI, Vincenzo, *idem ibidem*, pág.65, para quem: “*el instituto de la legitima defensa privativa representa, em suma, una delegacion hipotética y condicionada de la potestade de policía, que el Estado hace al particular por razón de necesidad, cuando reconoce no poder prestar eficazmente a él o a otros su protección oportuna*”.

⁵⁰ MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*, 1ª ed, Forense, 1999, pág.146

⁵¹ HUNGRIA, Nelson. *Idem ibidem*, pág.281

defesa subsidiária por delegação do Estado, poderia sugerir que a legítima defesa seria um ato de graça do Estado e não um direito subjetivo do particular.⁵²

A teoria da delegação, por fim, também poderia levar ao entendimento que a legítima defesa seria uma espécie de *ultima ratio* do particular, que somente estaria autorizado a atuar e fazer prevalecer seu direito em situações de absoluta ausência das autoridades públicas. O problema seria que a ação potencial do Estado, em tese, sempre seria possível em situações abstratas, ainda que não executáveis imediatamente. Essa expectativa de intervenção do Estado não deixaria de ser uma espécie de imposição de um constrangimento ilegal ao ofendido, que diante de um injusto atual deveria suportá-lo e aguardar a ação do Estado para neutralizar a agressão.

A título de reflexão seria possível questionar o seguinte: um consumidor, percebendo a exposição de uma mercadoria imprópria para o consumo em um supermercado, poderia retirá-la à força da prateleira? Ou ele deveria acionar a polícia para interromper o andamento do ilícito? E se no curso desse lapso temporal outro consumidor comprasse o referido produto? Essa teoria, ao trabalhar com a hipótese que a legítima defesa seria uma concessão do Estado ao particular, estreitaria o alcance normativo da exclusão da ilicitude. O recurso às autoridades públicas, mormente à Polícia, seria, no fundo, um dos possíveis meios de defesa à disposição do defendente, mas não o fundamento da defesa.

Por outro lado, haveria hipóteses em que sequer haveria a possibilidade de acionamento do Estado para resolver o conflito, *v.g.*, em crimes de extorsão. O crime de extorsão, previsto no art.158 do Código Penal, pode ser definido como uma espécie de constrangimento ilegal, que tem por finalidade obter uma vantagem econômica indevida. O tipo objetivo da extorsão ao individualizar a conduta lesiva, restringe o processo executório da ação vinculando-o à atuação material sobre o corpo da vítima (violência), ou por meio de coação psicológica (ameaça). O conteúdo da ameaça não precisa ser necessariamente uma infração ao ordenamento jurídico como uma ameaça de morte ou de ofensa à integridade física. O extorsionário poderia, por exemplo, ameaçar divulgar as fotos e os vídeos do adultério da vítima com seu amante, caso

⁵² HUNGRIA, Nelson. *Idem ibidem*. pág.281

esta não pague pelo preço de seu silêncio; ou o extorsionário poderia revelar que a vítima praticou um crime de falsidade ideológica, ao fraudar o ponto do trabalho consignando a sua presença. Segundo Murillo, esta espécie de chantagem, que teria por objeto a revelação de um segredo desonroso, inclusive, poderia se revelar mais grave àquelas que tem por objeto um ilícito penal, porque o ofendido, aqui, não poderia se socorrer dos órgãos de persecução penal, sob pena dele mesmo executar o mal sobre a sua liberdade.⁵³

Zaffaroni adota uma variante da teoria da subsidiariedade. Inicialmente, entende que a adoção da teoria nos termos originais seria inviável em razão da desigualdade material na prestação dos serviços públicos. O Estado não poderia distribuir para todos os indivíduos em igualdade de condições a defesa de seus bens jurídicos. Dessa forma, a legítima defesa seria uma concessão do Estado inversamente proporcional à classe social do agredido e à capacidade previdenciária do Estado, o que seria inconstitucional por ofender a isonomia, considerando que determinados indivíduos teriam mais autorização para se defenderem que outros. O autor, então, conclui que a condicionante da subsidiariedade da defesa seria oponível apenas se o defendente dispusesse de uma possibilidade real e não meramente potencial de acudir-se do serviço público. Ademais, seria necessário que a ação do Estado pudesse proteger o particular com grau de eficácia igual ou não inferior a que lhe propiciaria a sua autotutela.⁵⁴

Esse entendimento, entretanto, não supera as críticas lançadas por Hungria à teoria de delegação clássica, que seriam extensíveis a esse raciocínio. Além disso, essa teoria da “subsidiariedade mitigada” não posicionaria a legítima defesa nem como um direito subjetivo, nem como uma competência atribuída pelo Estado aos particulares para defenderem a ordem pública. Não adotaria uma posição completamente individual ou supra individual. Seria direito subjetivo caso o Estado não pudesse intervir para realizar a proteção do agredido, entretanto, não o seria caso

⁵³ MURILLO, José Luis Serrano Gonzáles de. *Alcance De La Legítima Defensa En El Delito De Chantaje* (Art. 171, 2 Y 3, Cp). *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, 3ª Época, N.1 (2009), pág.184. O autor cita a expressão “*lucha em la oscuridad*” para retratar a clandestinidade da legítima defesa nestes casos, já que a verdade aos sentidos da autoridade pública, em tese, não seria uma possibilidade disponível.

⁵⁴ ZAFFARONI. *Idem ibidem*, pág.62

fosse possível a intervenção eficaz do Estado para neutralizar a violência da agressão, situação em que o ofendido não poderia se defender. Esse entendimento não parece respeitar a natureza da legítima defesa como um exercício regular de direito assegurado pela lei, por meio de um tipo penal permissivo. Se o direito existe em lei, não poderia ser limitado por esse tipo de construção artificiosa, por força do próprio princípio da legalidade, previsto no art.5º,II, da Constituição da República.

Na *common law* a discussão se assemelharia pela doutrina do *stand your ground*. Em alguns estados dos Estados Unidos da América haveria o dever de retirada do defendente antes do mesmo poder empregar o uso da força letal contra o agressor; em outros o defendente poderia imediatamente opor resistência “mantendo-se no seu lugar”⁵⁵. Os estados que não adotam o modelo do *stand your ground* claramente se aproximariam dos fundamentos da escola da defesa subsidiária, havendo certo desenho supraindividual da legítima defesa, que não estaria compreendida na categoria do exercício regular do direito permitido ao cidadão na realização de sua autonomia.⁵⁶

1.3.4 Teoria do direito subjetivo de caráter público.

A teoria do direito subjetivo de caráter público seria muito próxima à teoria da delegação, não havendo efetivamente traços muitos diferentes para justificar a sua autonomia dogmática, não passando de uma nomenclatura diferente para reportar o mesmo fato. Essa teoria conferia à legítima defesa a natureza jurídica de direito subjetivo alinhado com a função de polícia do Estado. Almada discorre sucintamente sobre a teoria sem maiores aprofundamentos.⁵⁷

A crítica, portanto, seria que a legítima defesa não se coadunaria com a estrutura da categoria de direito subjetivo, que seria uma relação jurídica na qual uma das partes tem a faculdade de exigir o cumprimento de uma determinada prestação,

⁵⁵ Tradução livre da expressão.

⁵⁶ WARD, Cynthia. *Stand Your Ground and Self Defense* (2015). Faculty Publications.1800. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1800>.

⁵⁷ ALMADA, Célio de Melo. *Idem ibidem*, pág.52

enquanto a outra tem o dever de cumpri-la conforme à pretensão daquela, que está amparada no direito objetivo. Dessa forma, sustentar que a legítima defesa teria natureza de direito subjetivo implicaria em afirmar que o agressor teria o dever de suportar a ação defensiva até os limites da necessidade da defesa. O agressor, claramente, não tem o direito de opor legítima defesa real contra legítima defesa real, pois estaria ausente a elementar da injustiça da agressão, agora, isso não quer dizer que ele teria a obrigação de suportar os danos causados pela defesa na reafirmação do direito do agredido. Do contrário, por exemplo, ele não teria a faculdade de fugir do local.

1.3.5 Teoria da Sociabilidade dos Motivos.

Segundo a teoria da sociabilidade dos motivos ou da moralidade do motivo determinante, a legítima defesa teria como base de justificação a natureza meritória da conduta do defendente, que agiria de forma honesta ao contrapor-se a uma ação injusta. Trata-se de uma teoria desenvolvida por Ferri, que teria como chave mestra a premissa da periculosidade do criminoso. O agressor revelaria uma personalidade perigosa para a coexistência social por meio da prática de um delito; ao passo que na ação de defesa, não haveria a demonstração de uma personalidade grave ao Direito Penal, não refletindo a temibilidade do agente.⁵⁸

A crítica a essa teoria seria a exigência da demonstração da sociabilidade dos motivos que impeliram a ação do agente. Não bastaria, portanto, ser a conduta objetivamente justa; mais do que isso, deveria ser subjetivamente justa. Para o reconhecimento da excludente de ilicitude dever-se-ia sindicat a atitude psíquica do autor na ação de defesa, a fim de analisar a eticidade de suas emoções. Trata-se de uma verificação subjetiva tão densa que antecederia, inclusive, à própria verificação do dolo. A moralidade dos motivos, portanto, seria a perquirição dos impulsos subjetivos que determinariam a vontade de realização dolosa do tipo penal objetivo. Apenas os

⁵⁸ LINHARES, Marcelo Jardim. *Idem ibidem*, pág.140

motivos louváveis seriam os que coincidiriam com o propósito da lei, isto é, não punir os indivíduos sem periculosidade social. Já em casos de desvios de finalidade na realização da ação dolosa, não se reconheceria a defesa como legítima, porque se estaria diante de um indivíduo perigoso.⁵⁹

Além das críticas que remetem à teoria do direito penal do autor, a natureza meritória da conduta individual não poderia retirar a ilicitude do fato pela simples retidão da vontade de realizar a justiça e do bem comum. Se fosse assim, por exemplo, o homicídio privilegiado não deveria ser considerado um fato criminoso. Nesse caso, com é cediço, há uma correspondência dos motivos do autor com os valores sociais, e mesmo assim o Direito Penal não renuncia a punição desses comportamentos.

1.3.6 Teoria da colisão de direitos.

Segundo a teoria da colisão de direitos, a legítima defesa obedeceria a mesma forma de ser do estado de necessidade, que imporia o sacrifício do bem jurídico de menor valor para salvaguardar o de maior valor. A sucumbência de um direito pelo outro seria resolvida mediante um critério de ponderação de interesses, qual seja, o sacrifício do direito do ofensor, que seria menos importante, por ter dado causa à agressão injusta, e a conservação do direito do ofendido, que seria mais importante, pois agiria para restabelecer o direito assaltado. Dessa forma a agressão desqualificaria a posição jurídica do agressor e a defesa qualificaria a posição jurídica do defendente, de forma que aquela sempre cederia diante desta.⁶⁰

Essa teoria, portanto, imporia o triunfo do direito do agredido em face do direito do agressor pelo desvalor da agressão em si mesma, e não analisaria o conteúdo dos bens jurídicos em rota de colisão, para valorar qual deveria ser preservado e qual deveria ser sacrificado. Com efeito, o agressor, ao iniciar uma agressão, renunciaria à sua proteção jurídica em face do agredido, uma vez que a partir desse momento a sua condição jurídica de sujeito de direitos seria desqualificada em favor do ofendido.

⁵⁹ SOLER, Sebastian. *Idem ibidem*, pág.400

⁶⁰ LINHARES, Marcelo Jardim. *Idem ibidem*, pág.143

Esclarece Vasconcelos que essa desqualificação da esfera jurídica do agressor teria razões de interesse público para conservar a ordem, a paz e a disciplina social.⁶¹

A crítica seria tratar a legítima defesa como uma espécie de estado de necessidade. Segundo Lemos estes dois institutos não se confundiriam por definição. Na legítima defesa a conservação individual do agente se faria mediante defesa; já no estado de necessidade a proteção de bens jurídicos se faria por meio de um ataque contra outro bem jurídico⁶². Ademais, na legítima defesa haveria a existência do direito contra uma agressão injusta, a princípio, sem notas de proporcionalidade; já no estado de necessidade haveria a colisão e o sacrifício jurídico de determinados interesses ou bens jurídicos, ambos lícitos, em função de um estado de perigo atual. A ação de todos os sujeitos seria conforme ao Direito em razão da existência um direito de necessidade. O ato praticado em estado de necessidade não se trataria da repulsa a uma injusta, tal qual ocorreria na legítima defesa.⁶³

Asuá, por outros fundamentos, criticava a teoria da colisão de interesses e sustentava que a mesma seria de matriz naturalista. Segundo o autor, se a colisão de interesses em conflito se resolveria pelo critério de que não seria exigível o heroísmo do destinatário da norma, a hipótese seria de ausência de culpabilidade, acarretando a inevitabilidade do fato por inexigibilidade de conduta diversa. Entretanto, as conclusões do autor sobre o fundamento da legítima defesa não seriam muito diferentes das consequências da teoria da colisão de interesses. Asuá entende que legítima defesa seria uma espécie de estado de necessidade, com amparo na teoria da preponderância do interesse como fundamento da justificação.⁶⁴

⁶¹ VASCONCELOS, Francisco Pavón. *Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General*, Editorial Porrúa, 2012, pág.413

⁶² LEMOS, Sobrinho Antonio. *Da Legítima Defesa*, Ed. Saraiva, 3ª ed, São Paulo, 1939, pág.45

⁶³ Para maiores aprofundamentos do estado de necessidade como (i) ação estranha ao direito; (ii) impunidade em razões de natureza subjetiva; (iii) direito de necessidade; (vi) ausência de temibilidade do agente, pela sua nenhuma periculosidade. Silva, Antonio José da Costa. *Idem ibidem*, pág. 244

⁶⁴ ASUÁ, Luis Jiménez de. *Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito*, Abelado-Perrot, Editorial sudamericana, 3ª ed, 1958, pág.290; Em sentido semelhante, sustentando que a legítima defesa seria fundamentalmente um estado de necessidade a posição de SOLER, Sebastian. *Idem ibidem*, pág.402.

No Brasil a posição Basileu Garcia e Weinmann, que entendem que a legítima defesa seria efetivamente uma variante do estado de necessidade, com a singularidade que só o interesse posto a salvo seria o legítimo.⁶⁵

1.3.7 Teoria da exclusão de antijuridicidade.

Segundo a teoria da exclusão de antijuridicidade ou da ausência de injuricidade da ação defensiva, o fundamento da legítima defesa seria de causa de justificação. O indivíduo que afirma o direito contra uma agressão objetivamente injusta não poderia agir ilicitamente, porque autorizado pelo Direito Penal. Na realidade, a própria finalidade do Direito Penal confundir-se-ia com a finalidade da legítima defesa, que é a tutela de bens jurídicos. Dessa forma, agiria em legítima defesa aquele que afasta uma conduta antijurídica em conformidade com as prescrições do direito positivo. Seria, portanto, a lei que declararia a autodefesa objetivamente lícita, quando presentes os seus de habilitação previstos no art.25 do Código Penal. Hungria entende que esta seria a única teoria admissível e consagrada pelo Código Penal: “A defesa privada falta, pois, uma qualidade essencial à existência de um crime: a injuricidade a parte *objecti*.”⁶⁶ Diferentemente das teorias naturais o indivíduo não agiria *contra jus*, mas *secudum jus*. Em relação a este fundamento Basileu Garcia pondera se efetivamente trata-se de uma teoria. Segundo o autor o nome de teoria não seria merecido, por ser um fenômeno de simples posituação objetiva do fato, independentemente de quaisquer razões filosóficas.⁶⁷

1.4 DEFESA DO INDIVÍDUO OU DEFESA DO ORDENAMENTO JURÍDICO.

⁶⁵ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, Vol.I, Tomo I, 7ª Ed, Saraiva, pág.561; WEINMANN. *Idem ibidem*, pág. 271.

⁶⁶ HUNGRIA, Nelson. *Idem ibidem*, pág.282.

⁶⁷ GARCIA, Basileu. *Idem ibidem*, pág.561

Ao fim e ao cabo todas essas teorias analisadas poderiam ser divididas em dois conjuntos superiores; o primeiro de natureza supraindividual, no qual a legítima defesa estaria vinculada às razões de Estado e, portanto, seria uma função pública atribuída ao particular de afirmar o direito perante o injusto; o segundo, de natureza individual, no qual a legítima defesa seria uma categoria de exercício regular do direito, independentemente de qualquer concepção deontológica de dever, sendo seu fundamento consubstanciado na liberdade do cidadão de autoproteção de seus bens jurídicos individuais.

Esses pontos de vista distintos (dever x direito) alternar-se-iam no curso da história, nos parecendo um equívoco atribuir o fundamento supraindividual às concepções políticas de estados absolutos, legitimantes do poder punitivo do Estado, e vincular o fundamento individual a modelos mais democráticos. Conforme sinaliza a doutrina verifica-se já na Antiguidade a concepção de legítima defesa individual (vide a oração *pro Milone* de Cícero). No direito germânico, na Idade Média, tem-se a compreensão de legítima defesa coletiva, na qual ao defender-se o indivíduo representaria a coletividade na proteção da ordem jurídica.⁶⁸ No Século XVII observa-se, a partir de um fundamento jusnaturalista, autores como Hobbes, Pufendorf e Locke retratarem a legítima defesa como um direito natural e indescartável do ser humano. No Séc. XIX em decorrência do pensamento filosófico-jurídico de Lhering e Hegel, a legítima defesa retornaria a uma fundamentação supraindividual.

Nos parece que a progressiva redução do Estado social e previdenciário - no qual se inseria aí, também, a maior intervenção pelo Direito penal – para um modelo neoliberal, de intervenção mínima, nos aproximaria de uma visão clássica do Direito Penal, de tutela de bens jurídicos individuais, que, por conseguinte, caracterizaria a legítima defesa como um direito subjetivo, em contraste à prestação de um dever pelo particular à comunidade para acudir o direito objetivo. Entretanto, conforme visto, a história anda em ciclos e, atualmente, diante da verificação do fenômeno da expansão

⁶⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed, Ed.Reppertor, 2006, pág.433

do Direito Penal⁶⁹, além de novas formas de processos de criminalidade econômico/empresarial, pugna-se por parcela da doutrina, por uma necessária modernização do Direito Penal, para legitimar a tutela bens jurídicos coletivos (ordem econômica, meio ambiente, consumo, saúde pública etc.), a partir de uma reestruturação da parte geral, especialmente da teoria do crime⁷⁰. Nessa quadratura, não seria de se surpreender um retorno, ainda que parcial, ao fundamento supraindividual da legítima defesa, ao se justificar a defensabilidade de direitos da coletividade pelo particular. Também, nessa linha, as modernas tendências de implementação de órgãos de *compliance*⁷¹ nas pessoas jurídicas, em que se exigiria do particular (*compliance officer*) um dever de defender a integridade ética da empresa, no fim, não seria fundamentalmente diferente de uma espécie de legítima defesa antecipada, consistente na evitação do dano a determinados bens jurídicos macrosociais. Pode-se pensar que *compliance officer*, aqui, poderia ser equiparado a uma espécie de defesa predisposta da empresa, mais especificamente, uma “ofendícula humana”.

⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ aponta as seguintes causas em rol não taxativo: (i) existência de novos interesses, (ii) o efetivo aparecimento de novos riscos, a institucionalização da segurança, (iii) a sensação social de insegurança, (iv) a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, (v) a identificação da maioria com a vítima do delito, (vi) o descrédito de outras instâncias de proteção, (vii) a existência dos chamados gestores atípicos da moral, (viii) a atitude da esquerda política (a política criminal social-democrata na Europa). SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Marías. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, RT, págs.33 a 84

⁷⁰ Segundo MARTÍNEZ BUJAN PEREZ essa modernização deveria observar as seguintes diretrizes: “*En este sentido, se pasará revista em primer terminó as las cuestiones que se plantean en materia de bien jurídico; aspecto éste que resulta crucial em la esfera del Derecho penal económico, desde el momento en que la legitimidade de la intervencion penal en este terreno dependerá em buena medida fundamentalmente de la posición que se adopte ante la teoria del bien jurídico. Después se examinarán las peculiaridades concernientes ao tipo de acción; se analizarán aquellas características técnicas que Suelen estar presentes en la tipificación de los delitos económicos, com alusión también a los denominados elementos subjetivos del injusto, y las particularidades que surgen em materia de causalidad e imputación objetiva de resultado. A continuación se estudiará la antijuridicidade formal com las peculiaridades que se plantean en materia de dolo e imprudencia. Capítulo aparte merecerá la teoría del error, tal vez una de las instituciones que comporta uná colision más acusada con los principios de imputación tradicionales (...), la teoría de la autoría y de la participación (...), al problema de la responsabilidad de las personas jurídicas*”. MARTÍNEZ BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Parte General, Tirant lo Blanch, 2016.

⁷¹ Entende-se por *compliance* como um programa interno de integridade para efetivar uma cultura ética no exercício da pessoa jurídica. Nesse sentido o art.7º, VIII, da Lei 12.846/2013.

1.4.1 Teoria Supra individualista

Para essa teoria o fundamento da legítima defesa remontaria à premissa do princípio da afirmação do direito, segundo o qual o direito não deveria ceder ao injusto. Não se trataria, aqui, de uma perspectiva jurídico-individual de proteção de bens jurídicos, mas de um ponto de vista jurídico-social, consistente na salvaguarda do ordenamento jurídico. Essa concepção deve-se, fundamentalmente, a Lhering, que sustentava que a eficaz tutela dos direitos subjetivos somente seria possível pela absolutização do direito objetivo. Inicialmente, seria o direito objetivo que daria vida ao direito subjetivo, entretanto, realização prática deste restituiria àquele a vida. Lhering aduzia que a relação entre o direito objetivo e subjetivo lembraria a circulação do sangue, cuja corrente sairia do coração para ali voltar oxigenado. Assim, aquele que afirmasse o seu direito individual defenderia, no seu domínio, todo o direito. Segundo o autor:

[...] todos aqueles que fruem os benefícios do direito devem também contribuir pela sua parte para sustentar o poder e a autoridade da lei; em resumo, cada qual é um lutador nato, pelo direito, no interesse da sociedade (...) no *meu* direito compreende-se todo o direito que é violado e contestado; é esse que é defendido, sustentado e restabelecido.⁷²

A concepção hegeliana de pena como negação da negatividade levaria ao fundamento da legítima defesa como princípio de afirmação do direito, em coerência com a sua concepção absolutizante de Estado e do Direito⁷³. A legítima defesa, portanto, seria a defesa da ordem jurídica, porque anularia a negação do direito em decorrência da agressão do ofensor. A legítima defesa ao negar o injusto penal reafirmando o direito objetivo seria a própria representação do direito atacado em estado de luta se defendendo.

Vistas as coisas desse ângulo poder-se-ia concluir que a legítima defesa seria a oposição de resistência contra a própria figura abstrata do crime, por exemplo, o

⁷² VON LHERING, Rudolf. *Idem ibidem*, pág.45

⁷³ ALMADA, Celio de Melo. *Idem ibidem*, pág. 44

homicídio, e não contra o homicida concreto. O defendente, portanto, exerceria uma verdadeira função pública, reafirmando a validade do direito na defesa da autoridade do Estado.

Dessa compreensão de legítima defesa sucedeu a seguinte consequência: o princípio da afirmação do direito, segundo o qual o injusto não precisaria recuar ou ceder perante o injusto. Bettiol afirmava que “o direito deve viver, e para viver deve lutar, porque só através da luta pode afirmar-se.”⁷⁴

Zaffaroni aduz que esse modelo ideológico (legítima defesa como um dever de proteção do ordenamento jurídico), também acarretaria o processo de exigir-se uma certa equivalência entre o dano causado e a repulsa do mesmo, aproximando a legítima defesa do estado de necessidade⁷⁵. Entretanto, essa afirmação, não seria uma exclusividade dessa teoria, considerando que todas as teorias buscam uma determinada baliza de proporcionalidade, ainda que o façam com conceitos diferentes (racionalidade, adequação social, boas razões, limites ético-sociais), para salvaguardar o interesse juridicamente preponderante. Dessa forma, o modelo supraindividual seria tão limitado quanto o individualista. A análise da necessidade na situação de conflito teria a ver com os *meios* de defesa, e não com o conteúdo valorativo dos bens jurídicos, considerando que pelo princípio da afirmação do direito. A antijuridicidade nesse ponto não seria mensurável: ou se afirma a ordem jurídica a todo custo contra o injusto, ou não se afirma; não se admitindo um fato mais ou menos justo.

1.4.2 Teoria Individualista.

Segundo essa teoria a legítima defesa teria por finalidade a proteção de bens jurídicos individuais, e não da ordem pública. Esta, somente seria afirmada, secundariamente, como um efeito da realização do direito subjetivo. No modelo individualista o indivíduo ao agir em oposição à uma agressão injusta, teria por

⁷⁴ BETTIOL, Giuseppe. *Idem ibidem*, pág.224

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Idem ibidem*, pág.61

finalidade a proteção de sua autonomia pessoal, independentemente das razões de Estado.

A teoria individualista teria por premissa inicial que o princípio da proporcionalidade não desempenharia nenhum papel relevante na situação de defesa para a conservação do bem jurídico em situação de risco. Essa premissa remontaria ao naturalismo, que consagraria a defesa do indivíduo como um direito primordial de existência. A questão do conteúdo valorativo da legítima defesa passaria a ser relegada a um segundo plano, porque, não se analisaria os bens jurídicos do agressor e do agredido para decidir pelo sacrifício do interesse de menor valor. O importante consistiria em saber se o meio seria eficaz para repelir o ataque antijurídico e não os danos que o agressor deveria tolerar.⁷⁶ Frise-se, aqui, novamente, a análise da necessidade na ação de defesa teria a ver com os *meios* e não com os *resultados* causados dos meios necessários.

1.4.3 Teoria Mista ou Dualista.

Por fim, parte da doutrina entende que a fundamentação ideológica da legítima defesa não seria pura. A maioria da doutrina ao buscar o fundamento da legítima defesa afirma de maneira categórica que o mesmo deitaria raízes no princípio da afirmação do direito⁷⁷, adotando, portanto, ainda que irrefletidamente uma característica do modelo supra pessoal. Esse fato, por si só, já seria suficiente para afastar qualquer acepção ideológico-fundamentadora puramente individual. Ao se destacar esse princípio de se concluir que o defendente perante o injusto, através de sua resistência, estaria a defender não apenas os seus direitos individuais, mas, em

⁷⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 5ª ed, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, 2002, pág.362

⁷⁷ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte General*, Ed.Roque Depalma, Buenos Aires, 1956, Pág.91; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Idem ibidem*, pág.360; ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos*. *Idem ibidem*, pág.608;

último desfecho, o interesse da coletividade na manutenção da integridade do ordenamento jurídico.

Para mitigar as consequências do princípio da afirmação do direito, e propor um meio termo entre a realização formal do direito e a proporcionalidade de bens, parte da doutrina propõe, então, a adoção da teoria dos limites ético-sociais da defesa, a fim de circunscrever a ação de defesa à um *standart* de racionalidade. Seria o requisito da permissibilidade de defesa.⁷⁸

Para além dessa teoria apenas mascarar o fundo supraindividual da legítima defesa, enquanto procedimento de afirmação do direito, pondera-se em que constituíram exatamente esses limites ético-sociais? Taipa de Carvalho critica a vagueza da fórmula, sustentando que em uma sociedade pluralista a referida ética social seria um valor bastante relativo, havendo, em verdade, várias éticas sociais. Aceitando essa premissa surgiria outro questionamento: seria legítimo atribuir-se caráter juridicamente predeterminado a uma determinada visão de mundo?⁷⁹

Depreende-se diante desse quadro preliminar, que a teoria dos limites ético-sociais, enquanto requisito de permissibilidade da defesa, nada mais seria que uma palição para ocultar as consequências do princípio da afirmação do direito, que não admitiria em sua forma pura o juízo relacional de proporcionalidade de bens jurídicos. Entretanto, como se pretenderia uma limitação da ação de defesa pela proporcionalidade, não obstante, se afirmar paradoxalmente que não haveria proporcionalidade na defesa, lança-se mão desse expediente aberto, dos “limites ético-sociais”, para impor uma racionalidade subjetiva às custas do defendente, que nada mais seria que um juízo de proporcionalidade subjetivo do aplicador da lei ao fim e ao cabo.

Cerezo Mir sustenta que o fundamento da legítima defesa seria dúplice, consistente na necessidade de proteger bens jurídicos diante de uma agressão, e da necessidade de tutela do ordenamento jurídico perante uma agressão ilegítima. Segundo o autor, se o fundamento da legítima defesa fosse exclusivamente individual, não haveria a necessidade de a agressão ser injusta, porque os bens jurídicos

⁷⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Idem ibidem*, pág.235

⁷⁹ TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Idem ibidem*, pág.22

poderiam ser destruídos independentemente de a conduta estar ou não em conformidade com o direito. Logo, seria a qualidade antijurídica da conduta que habilitaria a causa de justificação da legítima defesa, havendo, portanto, uma nota supraindividual de tutela do ordenamento jurídico ao se afirmar o justo perante o injusto.⁸⁰

Mir Puig sustenta expressamente que junto ao fundamento individual da legítima defesa existiria o supraindividual. Assim, haveria manifestação do fundamento individual, quando se afirma pela defensibilidade de bens jurídicos individuais sem a trave do princípio da proporcionalidade; por outro lado, o princípio da afirmação do direito imporia a sucumbência dos interesses do ofensor. Segundo o autor o agressor e o agredido não estariam em posições igualmente válidas perante o ordenamento jurídico; enquanto o agressor negaria a validade do Direito, o defensor a afirmaria.⁸¹

Por todo o exposto, nos parece que a adoção de um fundamento ideológico misto ou dualista para a legítima defesa, aparentemente, seria preferível por permitir uma melhor adequação das características da justificação sem incorrer em contradições ideológicas. As características, portanto, da legítima defesa poderiam ser retiradas dos fundamentos supra pessoal e individual e resumir-se-iam nas seguintes: (i) ausência de proporcionalidade; (ii) princípio da afirmação do direito em retribuição ao injusto; (iii) finalidade de proteção de bens jurídicos individuais; (iv) finalidade de proteção de bens jurídicos coletivos; (v) exigência de proporcionalidade mínima dos meios necessários para evitar desproporções extremas.

Partindo-se dessa concepção dualista, propositalmente aberta, nos parece que o fundamento da legítima defesa poderia, agora, desenvolver-se melhor sob a premissa da prevenção geral e especial. Somente haveria situação de defesa, caso a mesma detivesse eficácia preventiva capaz de coagir psiquicamente o agressor; do contrário, seu emprego seria reputado de abusivo. Pode-se, então, observar na legítima defesa: (i) uma função preventivo geral negativa (fundamento supra pessoal), consistente em

⁸⁰ CERZEZ MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español: parte general*, Vol.II. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, pág.208.

⁸¹ MIR PUIG, Santiago. *Idem ibidem*, pág.434; em sentido semelhante FARIA sustentava que a legítima defesa não seria apenas um direito, mas também um dever individual. FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro Comentado*, Volume II (primeira parte), Parte Geral (arts.1 a 41), 3ª Ed., Distribuidora Récord Editora, Rio de Janeiro, 1961, pág.185

uma advertência aos potenciais agressores, que o agredido poderia ir até o ponto necessário para impedir ou cessar a agressão de seus bens jurídicos; (ii) uma função preventivo geral positiva (fundamento supra pessoal), que significaria a confiança da sociedade no auto funcionamento do Direito Penal, ao ver o reconhecimento do respectivo direito de autotutela; (iii) e, por fim, uma eficácia preventivo especial (fundamento individual) contra o agressor no caso concreto, consistente no entendimento que ele poderia ser subjugado e sofrer danos mais graves pela ação de defesa (que não estaria limitada pelo princípio da proporcionalidade) em relação àqueles que ilicitamente teria planejado causar no ofendido.⁸²

Por este fundamento preventivo da legítima defesa poder-se-ia chegar à uma legitimação ético-jurídico da justificação mais bem equacionada em relação ao princípio proporcionalidade. Explica-se o argumento: para o autor doloso não haveria nenhuma contrapartida exigível de proporcionalidade de meios (limitação quantitativa) do defendente, que não estaria limitado pelo princípio da solidariedade; diferentemente de agressões de inimputáveis e de autores de injustos culposos, que não poderiam ser coagidos diretamente pela ação de defesa. Nesses casos não haveria necessidade de afirmação do direito, considerando a inexistência de prevenção.

Compreendida as coisas deste modo a situação de defesa teria por efeito, primeiramente, uma limitação do alcance da justificativa, considerando-se que os indivíduos incapazes de serem demovidos pelo medo da força agiriam da mesma forma. Os inimputáveis, incapazes de dirigibilidade normativa, não seriam contra motivados pela eficácia preventiva geral. Da mesma forma, dificilmente, se permitiria a legítima defesa diante de injustos culposos, considerando que o autor da violação do dever objetivo de cuidado não seria alcançado pelo efeito preventivo da defesa. A conclusão, aqui, seria uma aproximação da legítima defesa ao estado de necessidade defensivo, que teria por exigência a proporcionalidade na ponderação do bem jurídico a ser sacrificado.

Entretanto, em um segundo momento, uma vez estabelecida a situação de defesa nestes termos, isto é, que a justificação somente poderia ser habilitada diante de autores imputáveis dolosos, não haveria limites para a mesma, que poderia ser

⁸² TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Idem ibidem*, pág. 436

realizada *in infinitum*, sem limites quantitativos (\neq *qualitativos*) de meios, para cumprir sua função preventiva.

2. ELEMENTO E REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA.

2.1 ELEMENTO SUBJETIVO.

Uma questão controvertida é a demonstração do elemento subjetivo para a aplicação de uma causa de exclusão da ilicitude. No caso da legítima defesa, seria necessário que o defendente atuasse com a vontade final de defesa para a justificação de sua conduta? Deveria existir a demonstração da consciência e a vontade de querer se defender para a habilitação do tipo penal permissivo da legítima defesa?

A questão do elemento subjetivo não era objeto de polêmica no sistema Causalista de delito, porquanto o tipo penal seria a descrição de um processo causal lesivo, composto, em um primeiro momento da teoria, apenas por elementos objetivos; já a culpabilidade seria definida exclusivamente por elementos subjetivos, confundindo-se com o próprio dolo e a culpa do autor. Dessa forma em decorrência da ausência de elementos normativos e subjetivos no tipo de injusto, efetivamente, não haveria sentido para a teoria Causalista tradicional a concorrência de um elemento subjetivo de justificação.⁸³

Com a passagem do Causalismo para o Neocausalismo a partir da influência kantiana, além das profundas mudanças sofridas na culpabilidade, com a introdução do conceito de reprovação, o tipo penal passaria a incorporar elementos normativos e, também, os especiais fins de agir para a descrição de determinadas condutas. Com o sistema Finalista e a reformulação do conceito de ação, a doutrina causal foi superada⁸⁴ e a conduta passaria a ser definida como o exercício de uma atividade final. Um dos reflexos dessa reforma da teoria do delito no tipo penal seria a incorporação definitiva do dolo natural na estrutura típica, que passaria a ser subjetivada, sendo o dolo a consciência e a vontade de realizar o tipo penal objetivo.

⁸³ MIR PUIG, Santiago. *Idem ibidem*, pag.425.

⁸⁴ Essa superação, entretanto, não significou uma ruptura absoluta na legislação penal brasileira. No Código Penal Brasileiro pode-se encontrar “ossadas causalistas”, como a teoria da equivalência das condições prevista no art.13, e a teoria monista do concurso de pessoas estabelecida no art.29 do mesmo diploma.

Em modo de síntese, a teoria causalista não valoraria na conduta o *fim* pretendido pelo agente, justamente, porque a conduta seria objetivamente a descrição de um procedimento de causalidade: ação (causa) - resultado (efeito). Entretanto, esse movimento corporal voluntário não surgiria do nada, sendo a vontade, que estaria na culpabilidade, a causa da conduta, que por sua vez, seria a causa do resultado. No finalismo, por sua vez, esse elemento subjetivo seria mais bem situado no conceito analítico de crime, não como causa da conduta (vontade ≠ motivo), mas como a vontade na conduta de realização do resultado.

Essa posição do dolo, enquanto elemento subjetivo principal da conduta típica, seria importante para verificar a dispensabilidade ou não do mesmo nas causas de justificação. Alguns doutrinadores entendem os tipos penais permissivos a partir de uma relação de simetria com os tipos penais proibitivos, havendo, portanto, uma clonagem estrutural de seus elementos. A diferença seria apenas que o tipo penal proibitivo individualizaria uma conduta lesiva, enquanto o tipo penal permissivo autorizaria a realização de uma conduta lesiva para conservar um bem jurídico.⁸⁵

Note-se, vincada nessa premissa (mesma forma de imputação dos tipos proibitivos e permissivos), que nas duas situações, tanto na realização de um tipo penal proibitivo ou permissivo, o autor deveria agir com o conhecimento atual dos elementos objetivos do tipo e a vontade de realizá-los em conformidade com uma ação final. A ausência de representação dos elementos objetivos no primeiro caso levaria ao afastamento do dolo e conseqüentemente o reconhecimento do erro de tipo. No segundo caso, haveria um dolo injustificado, porque ausente a vontade de realização de uma conduta permitida pelo Direito Penal.

2.1.1 A tese da dispensabilidade dos elementos subjetivos.

Zaffaroni sustenta, atualmente, pela dispensabilidade da demonstração do elemento subjetivo na realização do tipo penal permissivo. Para a incidência da causa

⁸⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Idem ibidem*, pág. 221

de justificação seria suficiente demonstrar a inexistência de desvalor do resultado na legítima defesa, ainda que presente o desvalor da ação do deficiente. Essa posição seria baseada em sua premissa de racionalização e contenção do poder punitivo por meio de uma dogmática penal funcional-reutora. Segundo o autor, a presença do dolo para a imputação de um tipo penal proibitivo cumpriria uma função reutora, porque além da prova da causação do resultado, seria necessária a descrição da vontade de realização desse resultado, isto é, haveria uma limitação subjetiva (vontade) para os processos de imputação. Entretanto, no tocante à habilitação do tipo penal permissivo, a demonstração de elementos subjetivos limitaria as hipóteses de reconhecimento de uma ação lícita, ainda que objetivamente justificada pelo ordenamento jurídico. A reprovação da conduta do deficiente seria exclusivamente em decorrência de sua vontade, que se afastaria da finalidade da lei penal de proteger bens jurídicos. Esse raciocínio seria incompatível com um modelo de liberdade constitucional, pois os elementos subjetivos nos tipos permissivos não teriam qualquer expressão limitadora.

86

Ademais, o autor sustenta que a ausência de representação psíquica sobre os elementos objetivos de uma causa de justificação seria equiparável a uma espécie de delito putativo. O indivíduo estaria objetivamente exercendo uma ação de defesa *secundum ius*, ainda que estivesse realizando um delito em sua imaginação.

Noronha também entendia que a legítima defesa seria uma situação de fato, livre de qualquer estado subjetivo do agente. O psiquismo do agente não poderia segundo o autor alterar a realidade lícita do acontecido.⁸⁷ Dessa forma, por outros fundamentos, já que discordava do finalismo de Welzel, também sustentava pela ausência de verificação do *animus defendendi* do agente.

Em sentido semelhante, posiciona-se Tavares pela dispensabilidade do elemento subjetivo no tipo penal permissivo. O autor, ao analisar o tipo de injusto culposos, entende que a vontade individual do agente, diferentemente do que ocorre com os tipos dolosos, não estaria referenciada à produção do resultado típico culposos,

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Idem ibidem*, pág.44

⁸⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Idem ibidem*, pág.196

que é imputado primacialmente em razão da não observância de um dever objetivo de cuidado⁸⁸.

Dessa forma, seria lícita a ação de defesa, ainda que culposa do defendente, para anular uma agressão, por se tratar a legítima defesa de um tipo penal permissivo habilitado sem vontade. Imagine-se, por exemplo, a conduta de um motorista que não observe o dever de cuidado objetivo na condução de seu veículo automotor, atropelando um indivíduo que nesse momento estava abrindo a porta de seu carro, de modo a causar-lhe lesões corporais. Posteriormente descobre-se que esse indivíduo, na realidade, era um ladrão, que estava furtando o veículo estacionado na rua. O condutor irresponsável, segundo Tavares, estaria em legítima defesa culposa de terceiro e deveria ter a ilicitude de sua ação afastada.⁸⁹ Concluindo, para os defensores dessa posição, não seria necessário saber que se exerce um direito, para fazer jus a esse mesmo direito, que seria constituído objetivamente com ampla independência do estado psíquico do defendente.

Por fim, a exigência do elemento subjetivo para ativar a causa de justificação seria um retorno à teoria da moralidade do motivo determinante da Escola Positiva, ao exigir uma espécie de ultra finalidade na conduta do defendente. O autor deveria representar as circunstâncias objetivas autorizadoras da legítima defesa e manifestar um estado psíquico de querer realizá-las, o que corresponderia a uma vontade virtuosa de se defender para afastar o injusto.

Roxin não comunga desse entendimento, não admitindo que a realização de uma vontade dolosa poderia ser conforme ao Direito Penal pela simples inexistência de desvalor do resultado, que afinal estaria submetido apenas ao componente da sorte. A externalização de uma resolução criminosa dolosa deveria ser retribuída pela pena sob risco de o Estado comunicar normativamente aos destinatários da lei que seria admissível a execução de ações dolosas, desde que tudo acabe bem no final. Segundo o autor, uma conduta só poderia ser conforme ao direito, uma vez suprimidos tanto o desvalor da ação e do resultado.⁹⁰

⁸⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*, Lumen Juris, 2009, pág.393

⁸⁹ *Idem*, pág.393.

⁹⁰ ROXIN, Claus. *Idem ibidem*, pág.595

2.1.2 A posição intermediária de Jorge Figueiredo Dias.

Dias, ao analisar a questão do desconhecimento do indivíduo sobre os elementos objetivos da causa de justificação, adota uma posição intermediária, não renunciado absolutamente à punição do defendente. Segundo o autor, a resposta nos termos da doutrina dominante (indispensabilidade dos elementos subjetivos) seria fácil: o defendente deveria ser punido pelo crime consumado, porque demonstrado o desvalor de sua conduta, que consistiria na vontade de realização da ação típica. Dias, entretanto, sustenta que a conduta do agente não deveria ser tipificada no estágio da consumação, mas na forma tentada. O raciocínio levaria em conta a aplicação analógica do instituto da tentativa. Na tentativa há uma incongruência entre os aspectos subjetivos e objetivos do tipo penal, existindo o desvalor da ação (dolo) e a ausência do desvalor do resultado, que não acontece por eventos alheios à vontade do agente. Segundo Dias, ocorreria o mesmo fenômeno quando presentes os requisitos objetivos de uma causa de justificação, mas ausente o elemento subjetivo (vontade de defesa). Estar-se-ia diante de um fato com a existência de desvalor da ação (dolo injustificado) e a ausência de desvalor de resultado (conservação do bem jurídico). Dessa forma, Dias propõe a aplicação de analogia *in bonam partem*, para tipificar a conduta do defendente em sua forma da tentada, pois se adequaria a uma mais justa composição dos interesses em conflito.⁹¹

2.1.3 A tese da indispensabilidade do elemento subjetivo.

⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime* Revista dos Tribunais, 2007, pág.394. Em sentido semelhante PALMA, Maria Fernanda. *Idem ibidem*, pág.301.

Welzel sustenta que para a verificação de uma causa de justificação seria indispensável a existência do elemento subjetivo na realização da conduta do agente⁹². A doutrina majoritária brasileira segue esse entendimento finalista ortodoxo⁹³. Dessa forma, segundo o entendimento majoritário, seria necessário a demonstração do *animus defendendi* para caracterizar a legítima defesa, sob pena de existir um dolo injustificado, que não estaria vinculado a uma vontade de defesa.⁹⁴

Estabelecida a premissa, que o que mobiliza a defesa seria a vontade, forçoso analisar, por conseguinte, o momento atual das teorias de imputação subjetiva, para decidir se seria necessário a vontade de defesa ou se bastaria o conhecimento dos requisitos objetivos de uma causa de justificação. O conceito de dolo, conforme visto, é definido como a consciência e vontade de realizar o tipo penal objetivo. Ocorre que esses elementos – “consciência” e “vontade” – poderiam ser analisados em sentido psicológico-descritivo ou atributivo normativo.

As teorias volitivas do dolo demandariam uma descrição psicológica do estado mental do agente no momento da realização da conduta. Em outras palavras, a imputação seria fundamentada por uma atitude psíquica do agente, e não por um fundamento atributivo-normativo do dolo. Segundo Greco, para as teorias psicológicas do dolo, a vontade designa-se: “por um estado mental, algo que ocorre literalmente na cabeça do autor, uma entidade empírica que pertence ao universo psíquico de alguém”.⁹⁵

Para as teorias volitivas, a consciência representaria o elemento intelectual do dolo, aquilo que dá direção inteligente à conduta, e a vontade se caracteriza como a decisão do agente de querer realizar o resultado. Pode-se destacar os seguintes

⁹² WELZEL, Hans. *Idem ibidem*, pág.92

⁹³ PRADO, Luiz Regis. *Idem ibidem*, pág. 392; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Idem ibidem* pág.377; TOLEDO, Francisco Assis. *Idem ibidem*, pág. 205; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Idem ibidem*, pág.187; MESTIERI, João. *Idem ibidem* pág.145; QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal Parte Geral*, 6ª ed, Lumen Juris, 2010, pág.304; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 4ª.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág.459; GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*, 4ª ed, Lumen Juris, 2011, pág.385; BRANDÃO, Cláudio. *Idem ibidem*, pág.216; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: volume I parte geral*, 8ª ed, Impetus, 2007, pág.354; ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de Direito Penal brasileiro*, 7ª ed, Revista dos Tribunais, 2007,pág.505.

⁹⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Idem ibidem*, pág.232

⁹⁵ GRECO, Luís. Dolo sem vontade, *In: Silva Dias e outros (coords.), Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Almedina, 2009, pág.885/905

argumentos favoráveis à teoria volitiva: (i) é o elemento da vontade que defina a qualidade de pessoa deliberativa; (ii) sem o elemento da vontade não haverá objeto futuro para o juízo de culpabilidade; (iii) as finalidades preventivas do direito penal atuam sobre a vontade do agente; (iv) é o elemento da vontade que faz a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, considerando que em ambas as estruturas há representação; (v) o art.18 do Código Penal ao definir o dolo se referiu à vontade.⁹⁶

Para as teorias atributivo-normativas o dolo passaria a ser uma decisão jurídica sobre a imputação subjetiva, isto é, um processo de atribuição. Dessa forma o dolo deixaria de ser um modelo descritivo da alma do agente e passaria às mãos do aplicador da lei penal, com autonomia da condição psíquica do autor, que realizaria o juízo de tipicidade a partir de elementos externos para formar a sua convicção.

A normatização do conceito de dolo e a retirada da vontade do contexto dos fatos para a sua atribuição não seria algo exatamente novo. Haveria uma espécie de publicidade das intenções humanas, que teriam seus significados socialmente hauridos da realidade em que se vive, tal qual os ponteiros de um relógio que objetivamente apontam as horas⁹⁷. Os romanos já trabalhavam com essa técnica de imputação, como pode-se perceber do Digesto 48.8.1.13 (*Marcianus libro quarto decimo institutionum*), da época do Imperador Adriano:

E aquele que não matou um homem, mas feriu-o para matar, deve ser condenado como se fosse um homicida. Isso deve ser averiguado em função das circunstâncias: se ele desembainhou a espada e com esta desferiu um golpe contra o outro, então deverá considerar-se, sem margem para dúvidas, que o fez com a intenção de matá-lo.⁹⁸

Segundo Souza Santos, as teorias volitivas comportariam as seguintes críticas: (i) *ambiguidade* do termo vontade; (ii) a obscura delimitação entre dolo e culpa; (iii) a natureza de direito penal de ânimo, (iv) o reproche *desvinculado* da intensidade da

⁹⁶ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*, Tirant lo blanch, 2018, pág.265

⁹⁷ Como dizia Bentham, o element psicológico, oculto no interior do ser humano, somente pode ser comprovado pelos fatos externos, que são como os ponteiros de um relógio. BENTHAM, Jeremy. Tratado sobre las pruebas judiciales. J.L. Monereo: Granada, 2001, pág.18

⁹⁸ *Apud.* SOUSA MENDES, Paulo de. *Ambulare cum telo* era tentativa de homicídio, *In: Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Almedina 2003, pág.648

conduta praticada pelo autor e (v) a dificuldade de comprovação prática dos elementos responsáveis por fundamentar o dolo.⁹⁹

Ainda segundo o autor, as teorias volitivas não levariam em conta a análise da intensidade do risco representado pelo agente, além da crítica que fenômenos psíquicos como a vontade seriam empiricamente indemonstráveis, limitando a atividade judicial de provar os fatos. A imputação do dolo pela descrição psíquica da vontade, como se fosse uma estrutura paralela à consciência, seria algo equivalente à busca do fantasma na máquina.¹⁰⁰

Some-se a essas críticas, uma última. Como não há no Direito Penal a possibilidade de uma trepanação para descobrir a vontade do autor da conduta, transfere-se a última palavra sobre a existência do dolo ao autor do fato, e não ao julgador. Bastaria, portanto, ao agente afirmar que não agira com a vontade de realização do resultado e negar o dolo, considerando a inescrutabilidade da mente e de suas disposições internas. Em suma, não haveria um acesso privilegiado aos estados mentais do indivíduo.

As críticas lançadas às teorias volitistas, portanto, poderiam ser sintetizadas em que a pedra angular para a imputação do dolo estaria vazada no estado volitivo do agente ao realizar a conduta, quando, na realidade, deveriam estar no risco de lesão ao bem jurídico. Sendo mais claro: o objeto de reprovação da culpabilidade do agente não estaria em sua vontade ou estado emocional (por exemplo: matar para se defender), mas em sua representação psíquica de um perigo qualificado para o bem jurídico. É a representação da pessoa o atributo que permitiria a capacidade e o domínio do processo de causalidade lesivo contra o bem jurídico¹⁰¹.

Com efeito, se na própria teoria da imputação subjetiva do tipo penal doloso, para parte da doutrina, o elemento da vontade não seria mais tão relevante para a afirmação do dolo¹⁰², essa constatação restaria ainda mais intensa nos tipos penais permissivos, considerando que a função do princípio da legalidade nesses modelos de

⁹⁹ SOUZA SANTOS, Humberto. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo, *In: Luís Greco e Danilo Lobato (coords.) Temas de Direito Penal Parte Geral*, Renovar, 2008, pág.263

¹⁰⁰ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo Penal e sua Prova*, 1ª ed., Atlas, 2015, pág.18

¹⁰¹ GRECO, Luís. Dolo sem vontade, *idem ibidem*, pág.885/905

¹⁰² Para uma crítica mais detalhada da vontade enquanto estado mental: VIANNA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo, 1ª ed, Marcial Pons, 2017, pág.173

conduta não seria a de legitimação da função punitiva do Estado, mas reconhecer um âmbito de licitude a partir de uma autorização do ordenamento jurídico. Logo, parece ter razão a posição de Roxin que defende que nas causas de justificação seria desnecessária a demonstração do *animus defendendi*, bastando ao autor da legítima defesa o conhecimento dos requisitos objetivos que autorizariam circunstancialmente a realização de uma conduta típica¹⁰³.

À vista das premissas acima estabelecidas, pode-se chegar à conclusão parcial que para a afirmação da legítima defesa não seria necessária a chamada finalidade defensiva da conduta, bastando, somente a representação sobre os requisitos objetivos de uma causa de justificação, com ampla independência da disposição emocional interna do autor (defesa, raiva, vingança etc.), sob pena de incorrer-se em uma indevida eticização da legítima defesa.¹⁰⁴

2.2 REQUISITOS OBJETIVOS DA LEGÍTIMA DEFESA.

Os requisitos objetivos que condicionam o direito subjetivo do particular à legítima defesa estão descritos na lei penal. “Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. “

A partir desse conceito *ex lege* de legítima defesa, pode-se identificar as seguintes elementares, que permitem a ação do defendente: (i) agressão (ii) injusta, (iii) atual ou iminente, (iv) para proteger direito seu ou de terceiro, (v) a necessidade e a moderação dos meios utilizados na ação defensiva. Neste tópico, serão analisadas

¹⁰³ ROXIN, Claus. *Idem ibidem*, pág.598

¹⁰⁴ Apenas excepcionalmente haveria nas causas de justificação uma intenção especial. Seria a hipótese das chamadas “*causas de justificação imperfeitas de dois atos*”. Nessas, além do conhecimento dos elementos do tipo permissivo pelo autor, haveria uma vontade realizadora de um resultado subsequente, extra típico, para complementar a afirmação do estado de legalidade. A título de exemplo o particular, em atuação *pro magistratu*, que pode efetuar a prisão em flagrante delito de uma pessoa por determinado crime, nos termos do art.301, do Código de Processo Penal. Essa modalidade de exercício regular do direito deveria estar acrescida da vontade suplementar de entregar o infrator à Polícia. Ver JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores, Del Rey, 2008, pág.511

essas elementares, à exceção da moderação e da necessidade dos meios, pois serão estudadas em tópico específico sobre o excesso da legítima defesa.

2.2.1 Agressão.

A agressão pode ser definida como uma conduta de natureza humana violadora de um bem jurídico; em outras palavras, seria a expressão de um ataque.¹⁰⁵ Nessa latitude, somente seres humanos poderiam protagonizar ações que constituem agressões em um sentido finalista, não sendo possível a legítima defesa para repelir ataques partidos de animais, hipótese reservada ao estado de necessidade. Em posição minoritária, Liszt e Mezger entendiam que os animais vivos poderiam realizar agressões.¹⁰⁶ Spindel, por fundamentos distintos, defende a possibilidade de legítima defesa contra “agressões” de animais, sob pena de se conferir um tratamento jurídico melhor aos animais que ao homem, uma vez que o estado de necessidade exigiria a proporcionalidade do sacrifício dos bens jurídicos colididos, hipótese essa não prevista na legítima defesa.¹⁰⁷ Uma questão, aqui, deve ser esclarecida. Não se trata de negar que animais não possam realizar agressões do ponto de vista causal, mas sim que o conceito de agressão pressuporia uma compreensão social-normativa oponível exclusivamente ao homem. Só ele poderia violar as normas jurídicas e, portanto, agir ilícitamente. Assim quando a doutrina largamente dominante afirma que animais não poderiam executar agressões, essa afirmação, não obstante correta, deveria ser realizada com temperamento, considerando que esse fato estaria mais atinente à injustiça da agressão, que a própria agressão física.

¹⁰⁵ Segundo ANTOLISEI, citado por AMERICANO, o fenômeno da agressão poderia ser retratado sob quatro perspectivas distintas, a saber: (i) como destruição total de um bem (ex: homicídio); (ii) como diminuição (destruição parcial, ex: lesão corporal) do bem; (iii) como destruição total do interesse (ex: furto) e (iv) como diminuição do interesse (ex: usurpação de coisa alheia móvel). O próprio autor não é partidário da referida classificação, aduzindo que em realidade somente haveria as hipóteses de agressão (i) e (ii), sendo as demais desdobramentos destas. AMERICANO, Odin Indiano do Brasil. *Idem Ibidem*, pág.22

¹⁰⁶ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*, traduzido e comentado por José Hygino Pereira, F. Briguiet & C. Editores, 1899, Pág.227; MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Libro de Estudio: parte general* Editorial bibliografica argentina S.R.L., 1958, pág.169

¹⁰⁷ *Apud*, TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Idem ibidem*, pág.76

A situação seria distinta caso o animal fosse veiculado como um instrumento de ataque nas mãos de um autor para agredir terceiros. Nesse caso, a legítima defesa seria direcionada contra o autor que teria o domínio imediato da ação típica. Se a ação defensiva também atingisse o animal, poder-se-ia cogitar em concorrência de causas de exclusão de ilicitude; sendo a hipótese de legítima defesa contra o autor em razão da elementar “agressão”, e estado de necessidade contra o animal em decorrência da elementar perigo. Roxin admite a possibilidade de concorrência de causas de justificação sem maiores dificuldades.¹⁰⁸ De outro giro, caso assim não se entenda, eventuais danos aos animais deveriam ser vistos como violação da propriedade do agressor, o que estaria abarcado pela legítima defesa.

A definição de conduta humana, para fins de agressão, em nosso sistema atual de fato punível, deveria ser interpretada a partir do finalismo, uma vez que a partir da reforma da parte geral de 1984, seria o modelo adotado pelo Código Penal.¹⁰⁹ Dessa forma a agressão seria um comportamento humano consciente e voluntário dirigido a uma finalidade. Assim, não estaria autorizada a legítima defesa em face de movimentos corpóreos involuntários, nos quais o corpo atua por pura determinação causal. Não se trataria, aliás, de uma agressão até mesmo no sistema causalista, mas da geração de uma situação de perigo, afastável pelo estado de necessidade. Admitir-se a legítima defesa nesses casos, inclusive, seria rebaixar a pessoa em nível inferior ao das coisas, que para sua destruição pelo estado de necessidade dever-se-ia observar com mais rigor o princípio da proporcionalidade. Por fim, mas não menos importante, os movimentos involuntários não seriam afastáveis pelo fundamento da ausência de eficácia preventiva da ação de defesa.

Não obstante as diversas críticas ao modelo de conduta finalista, que por ser baseado em uma teoria do conhecimento realista (ontologismo), e não ser capaz de explicar satisfatoriamente os crimes omissivos e os culposos, que não têm bases

¹⁰⁸ ROXIN, Claus. *Idem ibidem*, pág.576;

¹⁰⁹ *Hic et nunc*, não haveria nada que impedisse uma interpretação funcionalista do Código Penal, mas este modelo de fato punível ainda não seria predominante no Brasil, a ponto de justificar a mudança do conceito clássico de agressão para fins deste trabalho.

ontológicas, mas normativas, a doutrina majoritária admite que a agressão poderia ser uma omissão ou uma ação de natureza culposa.¹¹⁰

Muñoz Conde em posição minoritária, contudo, sustenta que a agressão deveria ser exclusivamente dolosa. Em caso de imprudência, opor-se-ia a excludente do estado de necessidade. A fundamentação do autor estaria em um alinhamento da legítima defesa com a eficácia preventivo geral para coagir e impedir a conduta do agressor. O argumento principal, portanto, seria de natureza teleológica: só se previnem agressões ilícitas dolosas. Assim, diante do crime culposos, a legítima defesa não implicaria em nenhum efeito intimidante para demover o agressor a renunciar à execução de seu programa delinquencial.¹¹¹

Taipa de Carvalho, também partilhando do entendimento minoritário, entende que apenas caracterizaria situação de defesa os injustos dolosos. Segundo o autor, diante de injustos culposos, o princípio da solidariedade imporia o sacrifício relativo da autonomia individual, sendo a situação remetida ao estado de necessidade defensivo, eis que só se permitiria a lesão de um bem de agressor imprudente respeitando-se o princípio da proporcionalidade.¹¹² Com efeito, diante da violação ao dever objetivo de cuidado, não seria judicioso a aceitação do sacrifício dos bens jurídicos do agressor que fossem muito superiores aos do agredido.

Entretanto, faz-se necessário um esclarecimento em relação à posição do autor. Se diante da imprudência não haveria situação de defesa para habilitar a ação de defesa, por outro lado, em injusto doloso de autor imputável a legítima defesa não estaria espartilhada por quaisquer exigências de proporcionalidade de bens, cessando o dever de solidariedade.¹¹³

¹¹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Idem ibidem*, pág.228

¹¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Fabris,1988, pág.100. No mesmo sentido LUZÓN PEÑA, *Op. Cit.*, pág. 385

¹¹² TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Idem ibidem*, pág.259

¹¹³ TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Idem ibidem*, pág 434: “pelo contrário, não seria justo que, face a um agressor ilícito, doloso e imputável, se viesse a fazer recair sobre o agredido um dever de solidariedade, quando persistindo o agente na concretização da sua agressão, não fosse possível ao agredido defender-se sem lesar bens muito mais valiosos que os agredidos. Não tem sentido e seria socialmente perigoso fazer recair sobre um tal agredido a sujeição de ter de fugir (sacrifício da liberdade) ou de ter de suportar a lesão de um qualquer outro bem jurídico, pessoal ou patrimonial (...) assim, afirma-se, nesta situação, o princípio da exclusiva auto-responsabilidade.”

Em sentido semelhante, Zaffaroni e Pierangeli sustentam que a legítima defesa não seria oponível às ações culposas, mas, diferentemente da fundamentação anterior, o argumento teria por base uma suposta ausência de proporcionalidade de uma ação reativa dolosa para remover uma ação culposa¹¹⁴. Dessa forma, para caracterizar uma agressão, os autores entendem que deveria existir uma “vontade agressiva”. Sem esse estado psíquico do autor da conduta, a hipótese de justificação seria de criação de perigo removível por estado de necessidade. Esse entendimento parece ser incoerente com a própria posição do autor de dispensar o elemento subjetivo na realização de uma causa de justificação. Ora, se não seria sequer exigível do defendente a representação da existência de agressão injusta, não seria racional limitar a legítima defesa em razão de um descompasso entre a ação culposa e a reação dolosa.¹¹⁵

Vistos esses posicionamentos, efetivamente, o conceito de agressão como injusto doloso de autor imputável, para caracterizar a situação de defesa, seria a posição mais adequada às razões da ausência de proporcionalidade da ação defensiva em bens jurídicos da mesma natureza, por exigência do princípio da afirmação do direito e da finalidade da prevenção geral e especial da legítima defesa.

O raciocínio, *mutatis mutantis*, deveria ser desenvolvido segundo o princípio da necessidade do Direito Penal, tido por *ultima ratio* do sistema. Por ser a forma de resolução de conflitos mais grave à disposição do Estado, o Direito Penal deveria ser marcado pelas características da subsidiariedade e fragmentariedade.¹¹⁶ A legítima defesa obedeceria, nesse giro, a mesma lógica do princípio da intervenção mínima. Por se tratar de repulsa desfraldada de proporcionalidade a agressão injusta somente poderia ser dolosa, por se tratar da causa de justificação mais violenta à disposição do indivíduo.

As condutas culposas e as de inimputáveis, infensas à prevenção geral e especial da ação de defesa, seriam afastadas pelo estado de necessidade, que estaria sujeito ao princípio da proporcionalidade para realizar o sacrifício dos interesses em

¹¹⁴ ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de Direito Penal brasileiro*, 7ª ed, Revista dos Tribunais, 2007, pág.500

¹¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*, volume 2, tomo 2 / Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista; Alejandro Alagia; Alejandro Slokarl, Revan, 2017, pág.91

¹¹⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, pág.85

conflito; já as ações dolosas, por serem mais graves e passíveis de contra motivação (autorresponsabilidade da vítima), seriam retribuídas pela legítima defesa.¹¹⁷ Note-se, portanto, que a proporcionalidade *não teria a ver com a ação de defesa*, mas sim na opção político-criminal pelo que se entende como causa (situação de defesa) para o futuro exercício da legítima defesa. Não obstante ser esta a posição defendida neste trabalho (inexistência de proporcionalidade na ação de defesa contra condutas dolosas, que afetem o mesmo bem jurídico do autor e defendente), a caracterização limitada da situação defesa aos injustos dolosos seria passível de críticas, por outros argumentos.

Impor que a agressão seja dolosa para ativar a legítima defesa seria retornar à antiga premissa que o autor doloso é portador de maior índice de maldade em relação ao culposo, e, portanto, poderia sofrer justificadamente uma lesão pela ação defensiva. Essa forma de compreensão dos fenômenos não seria a mais correta para caracterizar a agressão enquanto condição da legítima defesa. A finalidade da legítima defesa seria a proteção de bens jurídicos, o que corresponderia às finalidades programadas para o Direito Penal em um modelo finalista ou funcionalista moderado. Assim, o que se assumiria determinante para a legítima defesa seria a análise da intensidade do risco de lesão para o bem jurídico, independentemente do estado psíquico do autor da agressão. Haveria condutas culposas que, pela forma de sua execução, poderiam ser objetivamente mais perigosas para o bem jurídico em relação às ações dolosas. Imagine-se, por exemplo, um crime de poluição ambiental culposo que cause a mortandade de toda a fauna de uma região em contraste com uma ação dolosa de maus tratos de animais, crime igualmente previsto na lei ambiental.

Essa crítica, entretanto, poderia ser superada pela aplicação do estado de necessidade defensivo. Ao se negar a ação defensiva diante de injustos culposos, não se afirmaria como resultado o dever de tolerar a agressão. Seriam situações que do ponto de vista da tutela de bens jurídicos seriam remetidas a outra causa de justificação, com requisitos de habilitação diferentes. Também não nos parece válido o argumento que, diferentemente da legítima defesa, na qual a agressão pode ser atual ou iminente, o estado de necessidade teria por pressuposto apenas o perigo atual, o que importaria maior risco de dano ao bem jurídico. Na realidade compreende-se que o

¹¹⁷ TAIPA DE CARVALHO, A. *Idem ibidem*, pág. 259 e 436

conceito de iminência estaria também contemplado pela atualidade do perigo. Do contrário, por exemplo, não seria permitido o chamado aborto terapêutico nos primeiros meses da gestação. Por fim, no próprio código penal alemão, influente em nossa doutrina, não existiria essa diferença formal entre atualidade e iminência na descrição da figura abstrata do tipo permissivo da legítima defesa.

Partindo-se, entretanto, da premissa que a imprudência autorizaria a legítima defesa, Tavares, ao trabalhar a questão do injusto culposo, traça três situações possíveis de legítima defesa relacionadas ao fato culposo: (i) agressão culposa x legítima defesa dolosa; (ii) agressão dolosa x legítima defesa culposa; (iii) agressão culposa x legítima defesa culposa¹¹⁸.

Na primeira situação não haveria maiores dificuldades, uma vez superada a premissa que a agressão demandaria uma vontade agressiva. Já nas duas situações seguintes haveria autênticas causas de justificação de natureza culposa, ou seja, a possibilidade de realizar um procedimento afirmativo do direito sem qualquer vontade protetiva.

Ainda em relação à elementar da agressão, a doutrina controverte-se sobre se ela deveria se mostrar por meio de uma conduta comissiva, exigindo-se um processo de causalidade físico, ou se a agressão poderia se constituir em uma omissão. Prado, em posição minoritária, sustenta que a omissão não poderia ser equiparada à agressão, não admitindo a legítima defesa por ausência de supra determinação do processo de causalidade.¹¹⁹ Esse entendimento não seria a melhor posição para o conceito de agressão, por limitar excessivamente a possibilidade de incidência da legítima defesa em situações de risco de lesão para o bem jurídico. Não haveria na causa de justificação qualquer condicionante da agressão a uma ação de natureza comissiva em razão do princípio da causalidade. A desmaterialização do conceito de agressão permitiria à sua compreensão, também, como violação das expectativas sociais de ação. Isto posto, por agressão dever-se-ia entender toda conduta humana que coloque em perigo determinado bem jurídico, o que incluiria aí a omissão, em

¹¹⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*, Lumen Juris, 2009, pág.394

¹¹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Idem ibidem*, pág. 391

razão da inação do agente para evitar tal perigo; ou, na linguagem da teoria da diminuição do risco, a não diminuição do risco ao bem jurídico.

Mezger, a propósito, sustentava que a agressão em regra seria uma conduta comissiva, mas, também, poderia ser uma conduta omissiva, desde que presente o dever de agir para impedir o resultado, admitindo, portanto, a legítima defesa em crimes omissivos impróprios, citando o exemplo do carcereiro que se recusa a restituir à liberdade ao preso com alvará de soltura.¹²⁰ No Brasil, esse entendimento também seria majoritário para permitir a legítima defesa em face de uma omissão, desde que o agressor ostentasse a posição de agente garantidor. Assim, por exemplo, seria a conduta da mãe que deixasse de amamentar o seu filho recém-nascido para matá-lo. Nesse caso seria possível obrigar, por meio de violência ou grave ameaça, a mãe a alimentar o nascituro.

Quid iuris em relação aos crimes omissivos próprios? A agressão poderia consistir na violação de um dever de agir genérico? Não haveria, em tese, nenhuma limitação normativa para restringir a legítima defesa apenas aos crimes omissivos impróprios. Se por agressão entende-se como a realização de qualquer conduta dolosa que coloque em perigo um determinado bem jurídico, ela poderia ocorrer, também, por meio da violação de uma ação esperada pela lei, que tenha por destinatário toda a coletividade.¹²¹

Poderia alguém, por exemplo, obrigar um condutor de um veículo que passa pelo local de um acidente a transportar a vítima para um hospital? A partir da interpretação que a agressão não teria limitação em relação à sua forma de execução, admitindo-se tanto a omissão própria e a imprópria, a legítima defesa de terceiro poderia ser realizada no caso em tela, por se tratar de uma técnica jurídica de proteção de bens jurídicos individuais. Entretanto, duas ressalvas seriam importantes para complementar a posição. A primeira, no sentido que a ação defensiva contra o omitente só seria justificável quando este fosse o único a poder realizar a ação salvadora¹²². A segunda ressalva, ao reverso da moeda, seria que esse terceiro defendente não

¹²⁰ MEZGER, Edmund. *Idem ibidem*, pág.169

¹²¹ Contra: LUZÓN PEÑA, *Idem ibidem*, pág.384. Segundo o autor na omissão própria, v.g., na conduta de omissão de socorro, não haveria a criação ou um aumento de perigo para o bem jurídico.

¹²² TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Idem ibidem*, pág.230.

pudesse realizar diretamente a ação esperada pela lei para obrigar o omitente a prestar o socorro. Isso porque os crimes omissivos próprios teriam a sua consumação verificada com a simples resolução de não fazer a ação esperada pela lei, o que dispensaria qualquer resultado naturalístico, dado a sua natureza de crime de mera atividade. Dessa forma, não seria possível que o indivíduo se eximisse do dever de ação imposto pela lei e o delegasse coativamente a terceiros.¹²³

Por fim, a agressão não se confundiria com a mera provocação. Essa, não poderia ser equiparada ao *status* de agressão para autorizar a legítima defesa, por ausência de lesividade da conduta. A legítima defesa deveria ser empregada sempre com o objetivo de conservar bens jurídicos diante de agressões atuais ou iminentes, o que demandaria um mínimo de capacidade lesiva para afetá-los, o que não ocorreria com a mera provocação que estaria dentro do risco permitido de se viver em sociedade. Entretanto, há que se sublinhar que existiriam provocações travestidas de verdadeiras agressões dolosas; essas autorizariam a legítima defesa. Se o agente, ao provocar a vítima, já teria pré-programada a ação de legítima defesa para penitenciar a ação do provocado, haveria, na realidade, um abuso de direito do agente provocador, sendo a sua conduta inicial a verdadeira agressão injusta. Não seria desarrazoado, nesses casos, limitar o direito de defesa do provocador em decorrência da aplicação do art.187, do Código Civil, para reconhecer uma espécie de *venire contra factum proprium*. Não obstante, Cirino aponta que haveria um entendimento na doutrina minoritário, que permitiria a legítima defesa mesmo diante de provocações com natureza de agressão, porque o direito não poderia criar “situações sem saída”.¹²⁴

Esse entendimento não seria a solução mais adequada para resolver a questão, soando até mesmo um certo absurdo remover o direito à legítima defesa da vítima, impondo-a o dever de suportar a agressão dolosa. Não seria o Direito que criou soluções sem saída, mas o próprio agressor que permitiu-se estar em situação de risco. Aqui, os fundamentos da teoria da colisão de direitos seriam claros: a sucumbência do direito do provocador se daria pela desqualificação jurídica de sua posição de agressor achando-se em conflito com o direito da vítima, que seria superior.

¹²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Idem ibidem*, pág.409

¹²⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Idem ibidem*, pág.244

Em vista de todo o exposto, conclui-se que o conceito de agressão não deveria ser limitado a uma acepção vulgar de supra-determinação do processo de causalidade violento. A concepção desta elementar, ao contrário, deveria reunir todas as formas de condutas dolosas capazes de afetar o bem jurídico a partir de conceito normativo de agressão (ação e omissão).¹²⁵

2.2.2 Agressão injusta ou antijurídica.

A segunda elementar da legítima defesa seria a injustiça da agressão, isto é, a conduta do ofensor deve ser contrária ao ordenamento jurídico em sua unidade. Nesse sentido, segundo doutrina majoritária, seria possível reconhecer a causa de justificação em face de ilícitos civis, administrativos, ambientais etc., não se limitando a legítima defesa aos injustos penais. Jakobs entende que seria possível a legítima defesa diante da violação de uma ordem de uso comum dos bens. A conduta de um sujeito, por exemplo, que fura a fila para estacionar o seu veículo em uma vaga de garagem, ou que reserva arbitrariamente lugares em um cinema, teatro ou biblioteca universitária para a chegada de seus amigos.¹²⁶

Prevalece na doutrina, desta forma, a tese do princípio da unidade do ordenamento jurídico, o que importaria dizer que a conduta ao ser valorada apenas seria jurídica ou antijurídica, não havendo espaço para quantificações de injusto. Frise-se, por oportuno, que haveria um entendimento minoritário que defende uma ilicitude especificamente penal e, portanto, causas de justificação que removeriam especificamente esse injusto, permanecendo qualificada de antijurídica a conduta para os demais ramos do Direito¹²⁷.

Partindo da premissa majoritária, seria possível, por exemplo, a legítima defesa em face de condutas penalmente insignificantes, v.g., um furto bagatelar. Apesar da

¹²⁵ DONNA, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena 2*, imputación delictiva, Buenos Aires, Astrea, 1995, pág. 145

¹²⁶ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores, Del Rey, 2008, pág.541

¹²⁷ Günther, *apud* AMELUNG, Knut. *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político criminal de Roxin: El sistema moderno de Derecho Penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversário*, Tecnos, 1991, pág.100

inexistência de um resultado típico (material) imputável ao autor da conduta, a legítima defesa poderia incidir e excluir a ilicitude da conduta do defendente, porque a ilicitude não se esgotaria no desvalor penal do resultado. No exemplo do furto bagatelar a conduta permaneceria injusta na perspectiva do direito à posse da coisa pelo Direito Civil. Portanto a legítima defesa teria por finalidade assegurar um espaço jurídico de inviolabilidade do titular do direito (de não perturbação), e não apenas uma faculdade limitada de remover injustos penais.

Definido como pressuposto para a habilitação da legítima defesa contra a agressão injusta, pode-se concluir sem maiores dificuldades que não existe legítima defesa real contra legítima defesa real, ou mesmo legítima defesa contra qualquer outra causa de justificação, pois nessas situações as ações estariam em conformidade com a ordem jurídica, sendo lícitas. A legítima defesa somente nasceria de um ataque ilícito, como Pégaso do sangue da cabeça decepada de Medusa.¹²⁸

No entanto, seria possível um conflito entre legítima defesa real contra legítima defesa putativa. Nesta, o agente representaria falsamente os pressupostos fáticos (materiais) de uma causa de exclusão de ilicitude. O Código Penal tratou as discriminantes putativas no artigo 20, §1º: “Não será punido aquele sujeito que supõe existir uma situação de fato que se realmente existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”.

A depender da posição doutrinária adotada, a natureza jurídica da discriminante putativa seria de erro de tipo permissivo ou de erro de proibição indireto. A teoria extremada da culpabilidade sustentaria que as discriminantes putativas teriam natureza jurídica de erro de proibição indireto (erro de permissão) e a consequência jurídica seria exclusão da culpabilidade do agente em caso de invencibilidade do erro.

A teoria limitada da culpabilidade, majoritária na doutrina, adjudicaria a natureza jurídica das discriminantes putativas de erro de tipo permissivo, tendo por

¹²⁸ BULFINCH, Thomas. *Idem ibidem*, pág.154: “Quando Perseu cortou a cabeça de Medusa, o sangue, caindo sobre a terra, transformou-se no cavalo alado Pégaso. Minerva pegou-o e amansou-o, dando-o de presente às musas. A fonte de Hipocrene, situada na montanha onde viviam as musas, Hélicon, foi aberta por um coice daquele cavalo.”

consequência a exclusão do dolo do agente em caso de invencibilidade do erro.¹²⁹ No Brasil a teoria limitada da culpabilidade também seria majoritária¹³⁰ para definir a natureza jurídica das discriminantes putativas como erro de tipo permissivo, e a reforçar essa convicção a exposição de motivos nº17 do Código Penal.

Sem embargo dessas posições, haveria outras teorias menos debatidas para explicar as discriminantes putativas, como a teoria dos elementos negativos do tipo penal e a teoria que remete às consequências jurídicas, que imporiam o tratamento de erro de tipo e erro¹³¹ de proibição *sui generis*¹³², respectivamente. Não cabe nesse trabalho, sob pena de perda do seu objeto, analisar profundamente as qualidades e defeitos que essas teorias imporiam no tratamento das discriminantes putativas. Aqui, a análise será exclusivamente limitada ao choque entre legítima defesa real e legítima defesa putativa.

Como afirmado alhures, a doutrina acena positivamente pela possibilidade de legítima defesa real para contestar a agressão de legítima defesa putativa. Imagine-se o exemplo de um policial armado que estaria sendo seguido por uma motocicleta sem placas e com dois indivíduos de capacetes em um local ermo. O policial, ao representar falsamente a iminência de uma execução, reage e dispara contra os condutores do veículo, que, na realidade, também seriam policiais disfarçados, e diante dessa agressão real a retorquem com novos disparos.

Seria correto no caso concreto definir que a conduta do policial seguido estaria amparada pela legítima defesa putativa, e a conduta dos condutores estaria regularizada pela legítima defesa real, considerando que para eles a agressão seria objetivamente injusta. O ponto de discussão seria como justificar pela teoria limitada da culpabilidade a possibilidade de legítima defesa real dos agredidos, uma vez que a natureza jurídica de erro de tipo permissivo afastaria a tipicidade dolosa da ação, e por consequência do próprio fato típico.

¹²⁹ ROXIN, Claus. *Idem ibidem*, pág.581

¹³⁰ TOLEDO, Francisco Assis. *Idem ibidem*, pág. 272; Jesus, Damásio Evangelista de. *Idem ibidem*, pág.316

¹³¹ QUEIROZ, Paulo. *Idem ibidem*, pág.246; VARGAS, José Cirilo de. Do Tipo Penal, 4ª ed, Atlas, 2014, pág.29

¹³² GOMES, Luiz Flávio. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, 5ª ed, Revista dos Tribunais, 1999, pág.184.

Essa dificuldade inicial não existiria na teoria extremada da culpabilidade e, também, na teoria que remete o erro às consequências jurídicas, porque elas disciplinam a descriminante putativa como erro de proibição e erro de proibição *sui generis* respectivamente, o que manteria íntegro o dolo do autor e a própria concepção do injusto penal. Segundo Bitencourt, a adoção da teoria limitada da culpabilidade teria por consequência que um fato praticado em situação de erro invencível afastaria toda a tipicidade subjetiva da conduta, e, por fim, do próprio fato antijurídico. Nesse contexto a vítima do erro não poderia lançar mão da legítima defesa, pois inexistente uma agressão.¹³³

Essa crítica, no entanto, poderia ser superada partindo-se da premissa do princípio da unidade da ilicitude no ordenamento jurídico. Apesar da atipicidade da conduta, por ausência do dolo, a mesma permaneceria antijurídica considerando-se que a agressão não necessitaria ser de natureza penal para dar causa à legítima defesa, uma vez que o defendente teria o direito à proteção de um espaço jurídico de inviolabilidade, que seria um conceito mais amplo ao de injusto penal. Esse entendimento, entretanto, esbarraria com a posição que sustentaria a *ratio* da legítima defesa em sua eficácia preventiva geral.

2.2.3 Atualidade e iminência da agressão.

Para a caracterização do instante inicial da legítima defesa, a lei penal define uma dobra temporal compreendida na atualidade ou na iminência da agressão injusta. Esse condicionamento temporal teria por finalidade diferenciar a defesa da vingança. Segundo Bettiol esta só se manifestaria depois de uma lesão ter sido causada a alguém e seria uma “reação desordenada e apaixonadamente levada a cabo.”¹³⁴ Inclusive, esse limite temporal teria razão de ser para contrabalancear a ausência de proporcionalidade da ação de defesa em relação à agressão. Dessa forma, se parece correto a assertiva que não existe um juízo de proporcionalidade entre ataque e defesa,

¹³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Idem ibidem*, pág.445

¹³⁴ BETTIOL, *idem ibidem*, pág. 223

o que tornaria a defesa mais fácil, podendo o defendente valer-se dos meios necessários disponíveis para repelir a agressão sem limites quantitativos, esse direito de empregar a força desproporcional estaria limitado pelo tempo.

Agressão atual seria aquela na qual o agressor começaria formalmente a executar a ação típica. Condutas atuais, portanto, seriam aquelas ações em desenvolvimento típico, numa aproximação gramatical da língua portuguesa do conceito de gerúndio, que poderia ser definido como a forma nominal do verbo que indicaria continuidade.¹³⁵

Esse conceito de atualidade, contudo, seria válido exclusivamente para as agressões que coincidissem com os injustos penais. Conforme analisado, a agressão, para a doutrina majoritária, não precisa ser necessariamente típica para habilitar a legítima defesa, podendo-se admitir injustos civis e administrativos em razão do princípio da unidade da antijuridicidade. Nesses injustos, o critério da realização formal do tipo penal seria de pouca utilidade em decorrência da ausência de um modelo de conduta proibitivo. Assim, como critério subsidiário de atualidade, dever-se-ia entender por agressão atual condutas que imediatamente coloquem o bem jurídico em situação de risco, a partir de um critério de previsão objetivo de um expectador experiente colocado na situação do agredido.¹³⁶

Moura sustenta que a agressão persistiria enquanto a ameaça ou lesão ao bem jurídico não se finalizar de modo irreversível, isto é, enquanto o resultado da agressão estiver em risco de se agravar para o ofendido. O autor aplica esse conceito tanto para os crimes permanentes e instantâneos, fornecendo o exemplo do crime de furto. Nesse caso, se o ladrão foge com a *res furtiva*, a agressão à propriedade persistiria enquanto ele não assegurasse a posse livre do bem, de forma que se o proprietário evita a fuga do autor atirando em sua perna, estaria contemplado pela legítima defesa.¹³⁷ Até mesmo porque nos parece que durante a fuga, ainda que se sustente pela

¹³⁵ SOLER defende que não seria necessariamente ilícito a adoção de medidas preventivas, v.g. portar uma arma de fogo, tendo em vista a representação concreta de um ataque eventual ou possível. *Op. cit.* pág 408

¹³⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Idem ibidem*, pág.366

¹³⁷ MOURA, *idem ibidem*, pág.53

consumação formal do tipo pela aplicação da teoria da *amotio*¹³⁸, enquanto não verificada a consumação material da conduta, não se poderia deixar de considerar uma agressão iminente, *v.g.*, bastaria o ladrão parar e resolver enfrentar a vítima. Assim, poder-se-ia pensar em um fenômeno temporal invertido, no qual a iminência sucederia a atualidade da agressão.

Em nossa concepção, seria possível, também, aplicar este conceito material de agressão para os delitos formais, *v.g.*, a extorsão. Nesse caso, não obstante a consumação formal do delito, a legítima defesa ainda sim seria possível, enquanto persistisse a ameaça ao patrimônio ou à liberdade pessoal do defendente. Assim, por exemplo, se o agressor após exigir o pagamento ilícito no prazo de uma semana, consumando o delito, tem-se que a vítima poderia defender-se mesmo depois da execução inicial da ação típica de constranger, sem incorrer em excesso extensivo pelo fim da agressão (= consumação). Não só haveria o risco da afetação do bem jurídico patrimonial, mas a perduração dos efeitos psicológicos da promessa do mal sobre a sua liberdade. A reforçar esta convicção, nada impediria que o autor realizasse novas investidas após o primeiro pagamento, submetendo o patrimônio da vítima à situação de risco permanente.

Já o conceito de agressão iminente não seria alcançável simplesmente pela linguagem comum, sendo necessário um juízo de valor normativo sobre a referida elementar do tipo permissivo. Não seria suficiente afirmar, portanto, que a agressão para ser iminente seja “séria” ao direito de outrem, ou esteja simplesmente próxima ou prestes a acontecer para licenciar a legítima defesa e tutelar o bem jurídico do possível ataque. Isso porque, diferentemente do conceito de agressão atual, que permitiria identificar o início da execução da conduta típica pelo verbo, a iminência poderia constituir-se, por exemplo, em um mero ato preparatório, sem lesividade concreta. O questionamento que surge seria: dentro do plano de ação do autor do fato, qual seria o critério jurídico para valorar a agressão iminente como remota (impunível) ou próxima (punível) para autorizar a legítima defesa?

Jakobs propõe um conceito de iminência partindo de um princípio de execução. O autor exemplifica como iminente, por exemplo, a conduta do agressor que pega a

¹³⁸ Enunciado sumular nº 582 do STJ.

arma para atirar imediatamente¹³⁹. Apesar de essa teoria não se confundir com a realização formal da tentativa, o próprio autor nega esta premissa, de se concluir que esta conceituação levaria a iminência às portas da consumação, tornando, possivelmente a defesa ineficaz. Siqueira sustenta que a defesa tornar-se-ia ilusória se fossemos obrigados a esperar o ataque, não se podendo exigir que seja certa a iminência do perigo.¹⁴⁰

Uma segunda teoria, que poderia ser chamada de teoria da defesa mais eficaz, defendida por Schmidhäuser, define que a agressão seria iminente a partir dos atos de preparação, desde que a constituição desses atos preparatórios impedisse uma defesa posterior do ofendido, ou pelo menos acarretassem uma maior dificuldade. As críticas lançadas seriam que a referida teoria alargaria muito o conceito de atualidade da agressão e desrespeitaria o pressuposto da ilicitude da ação, eis que, como regra, os atos preparatórios não teriam autonomia de tipicidade e seriam lícitos.¹⁴¹

Uma terceira teoria sustenta que o ofendido não precisaria aguardar a fase de execução da conduta, antecipando a ação de defesa para o último ato de preparação do plano do autor. Seria justamente o fim da preparação e o início da execução que demarcaria o campo da iminência. Trata-se, portanto, de uma teoria que ficaria no meio do caminho entre a primeira e segunda.¹⁴²

Admitindo-se que o conceito de iminência seria aquele correspondente ao ato final de preparação, como ficariam aqueles casos nos quais a conduta do autor gozaria de uma alta probabilidade de realização, mas ainda não estaria no último degrau da preparação? Deveria o defendente aguardar esse momento, diga-se, subjetivo, do plano do autor ou poderia antecipar a legítima defesa, prevenindo o ataque? Para ilustrar a problemática, Muñoz Conde traz o exemplo das “mulheres maltratadas”, que matam seus maridos, agressores violentos e contumazes, enquanto estes dormem. O

¹³⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General: fundamentos y teoría da la imputación*. Traducción: Joaquim Cuello Contreras/José Luiz Serrano Gonzales de Murillo, Marcial Pons, 1995, pág.468

¹⁴⁰ SIQUEIRA, Galdino. *Idem ibidem*, pág.440

¹⁴¹ *Apud*, ROXIN, Claus. *Idem ibidem*, pág.619

¹⁴² Por todos, DONNA, Edgardo Alberto. *Idem ibidem*, pág. 148. No mesmo sentido posiciona-se ROXIN, Claus. *Idem ibidem*, pág.619

autor entende que não se poderia admitir que violências futuras, de forma genérica, em razão do requisito da atualidade da agressão. Entretanto, nesse caso, e em outros de vulnerabilidades marcantes, sobretudo em razão de uma subjugação por forças físicas, poder-se-ia considerar a aceitação da legítima defesa. Mas, o próprio autor reconhece que seria mais fácil trabalhar a hipótese como causa de exclusão da culpabilidade.¹⁴³

Não obstante a doutrina discordar da possibilidade da legítima defesa antecipada, remetendo a solução do caso à culpabilidade pela aplicação da inexigibilidade de conduta diversa do sujeito, seria possível resolver a questão ao nível da antijuridicidade. O conceito jurídico de iminência – último ato de preparação – não seria aplicável para todos os casos. Bastaria pensar, por exemplo, em crimes omissivos próprios, nos quais não haveria o fracionamento do processo de preparação e execução por ausência de desdobramento causal. Nada impediria, assim, que a elementar da iminência fosse valorada diferentemente, a depender da classificação e da forma de execução do delito, o que viabilizaria um alargamento do tipo permissivo em determinados contextos, equiparando o conceito de agressão aos atos preparatórios com alta probabilidade de chegar ao início da execução da conduta típica.

Diversamente dos tipos penais incriminadores, que estariam submetidos ao princípio da legalidade, os tipos penais permissivos teriam a sua razão de ser diferente. Estes não teriam por objetivo descrever um dano ou perigo de lesão ao bem jurídico, mas autorizar a realização de uma ação típica para a conservação do bem jurídico. Dias pontua pela possibilidade de analogia *in bonam partem* para os tipos penais permissivos, justamente em decorrência de sua diferença estrutural para os tipos proibitivos.¹⁴⁴ Em sentido semelhante Binder, que defende a possibilidade de analogia

¹⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco/ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch libros, Valência, 2010, pág. 326. TAIPA DE CARVALHO, A. *Idem ibidem*, pág.279, faz uma curadoria de situações-tipo para analisar (e rejeitar) a intervenção da defesa eficaz, vide o caso do (i) estalageiro que percebeu que seus clientes planejaram um roubo durante a hospedagem em localidade remota, sem a possibilidade de socorro policial; (ii) do fotógrafo que capturou fotos íntimas de um casal com o objetivo de divulgá-las nas redes sociais em dois dias, que resolveu em decorrência da impossibilidade de qualquer providência cautelar, usar da força para conseguir apreender as fotografias.

¹⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Idem ibidem*, pág.387. Em sentido idêntico BETTIOL que já entendia que os tipos penais permissivos não seriam normas excepcionais, mas antes normas penais comuns. *Idem ibidem*, pág.198

em nome do caráter progressivo e expansivo do princípio da *ultima ratio*, para a criação de causas judiciais de exclusão de ilicitude.¹⁴⁵

O dever ser do Direito Penal deveria respeitar o princípio da necessidade, sob pena da imposição de uma vontade jurídica impossível de ser cumprida na realidade material dos fatos. Não se olvidando do fundamento naturalista da legítima defesa, o impulso primitivo de sobrevivência do ser humano não poderia ser considerado ilícito em contextos de alta probabilidade da agressão, porque tornaria inútil qualquer ameaça do mal da pena, já que esse seria incerto, enquanto o mal da agressão na etapa de preparação teria alta probabilidade de se consumir.

Dessa forma, o melhor rendimento normativo da elementar iminência da legítima defesa seria aquele que a define como a realização de atos preparatórios, bastando que qualquer desses atos, independentemente de ser o último, tenha quantidade de perigo suficiente para representar uma séria ameaça imediata ao bem jurídico do agredido. Com efeito, se identificado, a partir de regras de experiência, que esses atos seriam capazes de aumentar intoleravelmente o risco de lesão ao bem jurídico do agredido, restaria autorizada a legítima defesa para removê-los. A reforçar essa convicção, a probabilidade não estaria sendo empregada para legitimar a punição, mas, ao contrário, para delimitar um espaço de não imputação. Naturalmente que esse raciocínio demandaria, para fins de uma operacionalidade prática-normativa, um maior aperfeiçoamento do conceito de probabilidade (objetivo ou subjetivo).

Essa solução seria a mais justa para o agredido, que teria disponível ao seu alcance uma causa de justificação mais eficiente para obliterar a agressão injusta, prestigiando-se o indivíduo que se manteve leal à ordem jurídica. Essa concepção parece estar de acordo com a proposta de Günther, a qual seria uma “situação análoga à legítima defesa”. O autor entende, entretanto, que se trataria de uma causa própria de exclusão da ilicitude penal contra o autor do ato de criação do perigo (atos preparatórios próximos), havendo, contudo, a ilicitude geral de sua ação.¹⁴⁶

Para ilustrar o raciocínio, imagine-se a hipótese de uma rebelião em um presídio, na qual os internos resolvem eliminar um preso por dia enquanto não

¹⁴⁵ BINDER, Alberto. *Introducción al derecho penal*, 1ª Ed, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, pág.232

¹⁴⁶ *Apud*, TAIPA DE CARVALHO, A. *Idem ibidem*, pág 284

atendidas as suas demandas pela administração pública. Um determinado interno, já sabendo na véspera que seria incendiado no dia seguinte por seus pares, não poderia agir em legítima defesa? O conceito de iminência seria apenas o último ato de preparação, isto é, deveria aguardar que os demais presos começassem a separar o colchão, o álcool e o fósforo para poder agir licitamente?

A doutrina sustenta que não haveria que se falar em legítima defesa preventiva ou antecipada em situações dessa natureza, em razão da ausência da atualidade ou iminência da agressão, sendo o caso de inexigibilidade de conduta diversa, causa supralegal de exclusão da culpabilidade¹⁴⁷. Esse entendimento não seria o mais adequado, primeiro, por considerar a conduta do defendente como objetivamente injusta, apesar de impunível do ponto de vista moral e da necessidade de autoconservação. Segundo, porque há doutrinadores que entendem que as causas supraleais de exclusão da culpabilidade seriam um princípio regulador geral do Direito, e não uma espécie de fundamentação material disponível ao juiz para desculpar condutas quando entendesse pela inevitabilidade¹⁴⁸. Nesse sentido, Ferré Olivé, citando Henkel, pela impossibilidade de aplicação direta de causas supraleais de culpabilidade.

Enfim, essa solução pela via da culpabilidade teria os inconvenientes de qualificar a reação do agredido como ilícita, o que além de materialmente injusto do ponto de vista filosófico, teria reflexos em outros ramos do Direito, considerando a prevalência do princípio da unidade da ilicitude; e acenderia a evitável discussão se a inexigibilidade de conduta diversa seria o fundamento da coação moral irresistível e da obediência de ordem de superior hierárquico, ou se poderia ser aplicada diretamente ao caso concreto, como hipótese supralegal de exculpação.

Tavares sustenta que os casos de agressões futuras poderiam permitir uma situação de estado de necessidade defensivo, mas não de legítima defesa, porque, para esta, o curso de causalidade da agressão se destinaria com graus de certeza superiores de que o bem jurídico seria afetado em relação ao estado de

¹⁴⁷ GRECO, Rogério. *Idem ibidem*, pág.496

¹⁴⁸ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; PAZ, Miguel Ángel Núñez; OLIVEIRA, Willian Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*, Revista dos Tribunais, 2011, pág.496

necessidade.¹⁴⁹ Esse entendimento, não obstante padecer do mesmo vício de obscuridade, afinal não se sabe em que bases científicas se afirmaria os ditos “graus de certeza superiores,” parece ser o mais ajustado ao Código Penal; e prescindiria de maiores esforços hermenêuticos como recorrer à analogia *in bonam partem* para alargar o tipo permissivo da legítima defesa. Por um lado, afastar-se-ia a ilicitude da conduta sem adentrar na culpabilidade, o que seria preferível para o autor do fato e, por outro, limitar-se-ia a necessidade de defesa pelo princípio da proporcionalidade no estado de necessidade defensivo, considerando-se que ainda não existiria, *prima facie*, uma agressão fumegante para justificar a legítima defesa sem limites.

2.2.3 Direito “seu ou de outrem”.

¹⁴⁹ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*, Tirant lo Blanch, 2018, pág.334

Na definição da legítima defesa encontra-se o requisito legal da proteção a *direito seu ou de outrem*.¹⁵⁰ Não obstante, o emprego dessa expressão no art.25 do Código Penal Brasileiro, a legítima defesa não estaria limitada ao conceito restrito de direito subjetivo, querendo denotar, na realidade, o conceito de bem jurídico. Birnbaum renunciou à premissa que o delito constituiria uma lesão de direitos subjetivos como defendia Feurbach, para poder tutelar também os interesses comunitários ou religiosos, que não poderiam ser explicados enquanto violação de direitos subjetivos individuais.¹⁵¹ A previsão da expressão *direito*, portanto, seria uma espécie de fantasma do passado vagando no Código Penal brasileiro, uma herança de legislações penais anteriores, entre as quais, o Código Penal do Império, que definia a legítima defesa em seu art.14, §2º “Será o crime justificável, e não terá lugar a punição d'elle: 2º Quando fôr feito em defeza da própria pessoa, ou de seus direitos.”

Essa percepção da legítima defesa para tutelar direitos subjetivos, entre outros fatores, teria por fundamento histórico o fato de a agressão invariavelmente estar associada a um homicídio. A limitação da legítima defesa ao interesse individual da vida seria uma consequência de o homicídio sempre andar escondido por detrás dos institutos da parte geral do Direito Penal.¹⁵² Dessa forma, não se trataria de uma opção política consciente do legislador de limitar o objeto da legítima defesa, mas de uma repetição textual, que não acompanhou a formulação do conceito de bem jurídico.¹⁵³

Essa observação seria importante, pois implicaria em admitir a legítima defesa para a proteção de direitos supraindividuais, como interesses econômicos, consumeristas, ambientais, administração pública etc. A expansão do Direito Penal para tutelar a existência de novos interesses, diferentes daqueles protegidos pelo

¹⁵⁰ AMARAL destaca que, na realidade, a legítima defesa seria um pressuposto necessário de todos os direitos subjetivos, que teriam como elementos essenciais as faculdades de gozo e de proteção. Assim, se determinado indivíduo é portador do direito fundamental à liberdade de locomoção, ele poderia exigir de terceiros, inclusive por meio de violência, o dever de abstenção sobre sua esfera jurídica de liberdade, em verdadeira equiparação à característica do absolutismo dos direitos reais. Essa conclusão seria interessante, porque determinaria, ao fim, a desnecessidade da previsão expressa do instituto da legítima defesa, que seria a própria manifestação do direito subjetivo em estado de reação. AMARAL, Rodrigo. *Existe um direito de legítima defesa?*, JOTA Info, 2019, pág.5

¹⁵¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, Del Rey, 2002, pág.184

¹⁵² SILVA, Antonio José da Costa e. *Idem ibidem*, pág.359.

¹⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal brasileiro*, volume 2, tomo 2 / Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista; Alejandro Alagia; Alejandro Slokar, Revan, 2017, pág.84

modelo clássico, imporia em uma necessária modernização do Direito Penal, para adaptá-lo aos processos de criminalidade do mundo contemporâneo. Negar a defesa aos bens jurídicos difusos, nessas circunstâncias, representaria uma tendência no mínimo bipolar do Direito Penal, que legitimaria a incriminação de crimes de perigo para a proteção de novos interesses, mas, quando estes fossem tomados como agressões injustas, não seria permitida a legítima defesa, que teria por finalidade justamente conservar bens jurídicos.¹⁵⁴

Em relação aos bens jurídicos individuais, a princípio, todos seriam passíveis de legítima defesa. Seriam aqueles bens jurídicos como vida, liberdade, integridade física, dignidade sexual, honra, patrimônio etc.¹⁵⁵ Relativamente à defesa desses bens, algumas questões concretas, sobretudo diante de agressões à intimidade da pessoa, poderiam suscitar questionamentos sobre os limites da defensibilidade. Estaria, por exemplo, permitida a legítima defesa em face de alguém, que em um vestiário de academia, espione pela fechadura de um banheiro as pessoas se trocarem de roupa? Estaria autorizada a legítima defesa contra a conduta de alguém que filme sem autorização a sua imagem? E se a filmagem for contra um policial em serviço? Verificasse que em todos os casos de ofensa à intimidade narrados seria possível a oposição de legítima defesa.

A questão que geraria mais dúvidas seria, certamente, a possibilidade de filmar ação policial sem autorização. Poderia objetar-se, para afastar a legítima defesa, que servidores públicos não teriam qualquer expectativa de intimidade no exercício do cargo ou da função pública. Entretanto, nos parece que essa afirmação não poderia ser cravada de forma absoluta em nome de uma publicidade irrestrita para o controle da administração. Em ações de policiamento preventivo em vias públicas, realmente, não se poderia cogitar em uma expectativa da intimidade pela natureza do lugar (ruas,

¹⁵⁴ *Idem*, pág.85

¹⁵⁵ Em relação à legítima defesa da honra, o STF no julgamento da *ADPF 779 MC-Ref/DF*, estabeleceu que: “A tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios da dignidade da pessoa humana [Constituição Federal (CF), art. 1º, III], da proteção à vida e da igualdade de gênero (CF, art. 5º, “caput”). Apesar da alcunha de “legítima defesa” — instituto técnico-jurídico amplamente amparado no direito brasileiro —, a chamada legítima defesa da honra corresponde, na realidade, a recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões, contribuindo imensamente para a naturalização e a perpetuação da cultura de violência contra as mulheres no Brasil.”

praças, praia etc.), sendo permitida a filmagem com ou sem autorização dos policiais, salvo se a filmagem do patrulhamento ostensivo coloque em risco a segurança dos policiais.

Já em relação à atividade de polícia judiciária ou repressiva do Estado, não seria lícita a filmagem de seus agentes, ainda que haja nexo funcional com o cargo. Apesar de uma Delegacia de Polícia ser um órgão público, haveria uma expectativa de intimidade dos policiais que trabalham em seu interior, seja porque o inquérito policial tem natureza sigilosa, seja em razão do exercício de atividades inteligência policial, seja para preservar a identidade de um informante, seja para assegurar a própria intimidade do preso. A corroborar esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que constitui crime de violação de domicílio o ingresso não autorizado em gabinete de Delegado de Polícia.¹⁵⁶

A única possibilidade lícita de filmagem no interior de uma Delegacia de Polícia seria a da conduta do particular em legítima defesa pessoal ou de terceiro, já que a situação flagrancial afastaria qualquer pretensão à inviolabilidade da intimidade. No mais, não seria lícita, repita-se, a conduta desinteressada de um particular em filmar o interior de um órgão público, que tem por fundamento o sigilo da informação, o que englobaria a identidade dos agentes policiais. Em relação a essas ações ilícitas, seria possível a legítima defesa dos policiais, podendo inclusive proceder à apreensão do telefone ou da câmera, caso a filmagem persista em situação típica de crime de desobediência. De se ver, por fim, que a Lei 13.869/19, que descreve os crimes de abuso de autoridade, não definiu a apreensão de telefones ou instrumentos similares para filmar policiais no exercício da função como conduta típica de abuso de poder.

A proteção do Direito Penal, contudo, não deveria ficar restrita aos processos de defesa de bens jurídicos individuais, mas também deveria se expandir para as causas de justificação, entre as quais, a legítima defesa, que funcionaria como técnica de proteção de qualquer direito (*sic*: bem jurídico). Imagine-se os seguintes exemplos: (i) indivíduo portando um motosserra corta ilegalmente uma árvore em área de proteção permanente. Poderia um terceiro, por meio da força, impedir a execução do delito (art.39 da Lei 9.605/98) em defesa do meio ambiente? (ii) um particular presenciando

¹⁵⁶ HC 298.763-SC, *Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 7/10/2014.*

um fiscal da Receita Federal solicitando vantagem indevida de um contribuinte para não lançar um tributo, poderia em defesa da Administração Pública e da ordem tributária agir em legítima defesa desses bens coletivos? (iii) um bar recusa-se a vender, sem justa causa, uma garrafa de cerveja a um determinado consumidor. Poderia o consumidor abrir a geladeira à força e retirar a cerveja deixando o dinheiro em cima da mesa do balcão? Estaria o sujeito em legítima defesa da economia popular em razão da conduta do funcionário do estabelecimento se enquadrar no art.2º, I, da Lei 1.521/51? A resposta afirmativa a essas questões levaria à conclusão de que bens jurídicos da comunidade são suscetíveis de defesa.

Em relação aos dos bens jurídicos da comunidade (ordem pública, ordem econômica, meio ambiente, tráfego de veículos etc.), por serem difusos, Roxin entende pela não defesa do particular. O procedimento afirmativo do direito, nesses casos, causaria mais prejuízos pela ação violenta do particular que benefícios, em razão da ausência de individualização do sujeito passivo da agressão. Ademais, não seria conveniente transformar o particular em uma espécie de vigilante do Estado conferindo-lhe poderes de polícia¹⁵⁷.

Lobato, em sentido oposto, sustenta que não haveria nenhuma restrição ou óbice teórico ao emprego de causas de justificação na lei penal brasileira para a tutela de direitos supraindividuais. Na realidade o pressuposto para a habilitação da legítima defesa seria a tutela do direito, qualquer direito, independentemente de adjetivações.¹⁵⁸ Em sentido semelhante FARIA para quem a legítima defesa poderia ser exercida para a salvaguarda de todos os interesses juridicamente protegidos. Segundo o autor: “o dispositivo considerando a agressão a direito, sem qualquer limitação”, haveria de ser entendido em o mais amplo sentido possível, admitindo-se, portanto, que todo o bem poderia ser legitimamente defendido, independentemente de perigo para a pessoa.¹⁵⁹

A posição de Roxin retrata uma concepção personalista de legítima defesa, que deveria ser afastada em prol de um alargamento da permissibilidade da defesa,

¹⁵⁷ ROXIN, Claus. *Idem ibidem*, pág. 625

¹⁵⁸ LOBATO, José Danilo Tavares. *Legítima defesa e estado de necessidade em favor dos animais?* Reflexões em torno de uma nova hermenêutica, Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 19, n. 76, 2020, p. 51-78.

¹⁵⁹ FARIA, Bento de. *Idem ibidem*, pág.185

enquanto instrumento de tutela de bens jurídicos. Em se adotando, ao contrário, uma posição supra individualista ou dualista de legítima defesa, a qual não seria vedada pelo código penal, inclusive, o texto legal emprega a expressão “a direito”, não haveria maiores dificuldades em se permitir a tutela de bens jurídicos comunitários. Se a legítima defesa seria, também, uma competência transferida do Estado para o particular reafirmar o direito e autoridade estatal, não haveria a necessidade de identificação do sujeito passivo vago do delito. Dessa forma, seria lícito ao particular impedir que um condutor completamente embriagado dirigisse em via pública, bem como impedir a entrega temerária de veículo automotor a uma pessoa sem permissão para dirigir. Negar o direito de defesa nessas circunstâncias seria uma contradição com a estrutura dos crimes de perigo abstrato, que descrevem como objeto da ação uma situação de risco para o bem jurídico. ZIPF, inclusive, sustenta pela possibilidade de legítima defesa de bens da comunidade alegando que o código penal autoriza a legítima defesa de terceiros, logo, não haveria nenhuma diferença entre alguém que defenda bens do indivíduo e da comunidade¹⁶⁰.

2.4 LEGÍTIMA DEFESA DE ANIMAIS.

Em relação às agressões ambientais, merece atenção especificamente a possibilidade da legítima defesa de animais. Aqui, não se estaria a tutelar o sentimento de piedade ou a compaixão humana pelos animais como bem jurídico (proteção indireta do homem). A uma, essa posição demandaria uma espécie de publicidade dos atos de tortura para o surgimento do sentimento de revolta coletiva; a duas, a opção de tutelar a revolta humana como bem jurídico poderia permitir a incriminação de condutas meramente imorais e sem lesividade. Dessa forma, o bem jurídico tutelado seria ou o

¹⁶⁰ *Apud* ROXIN, Claus. *Idem ibidem*, pág. 626

meio ambiente ecologicamente equilibrado, no qual o animal estaria incorporado à fauna, ou seria a própria proteção dos animais por si mesmos, conferindo-lhes uma certa autonomia subjetiva, próxima à de sujeito de direitos. Nesses casos, segundo Greco, a proteção dos animais teria por fundamento a preocupação com os mais fracos, devendo-se combater a dominação do outro como um mal; isto ocorreria, quando um ser dotado de autodeterminação fosse subjugado a tal ponto em que se tornasse heterodeterminado.¹⁶¹

Nesse cenário surgiria o seguinte problema: em casos de maus-tratos de animais, seria autorizado a violação de um domicílio para resgatar um animal em situação de risco? Lobato¹⁶² retrata o panorama atual da matéria na Alemanha e destaca um importante julgamento por crime de violação a domicílio, no qual ativistas ambientais invadiram o interior de uma granja de suínos, com a finalidade de documentar os atos de maus-tratos de aproximadamente 62.000 animais confinados no local. A questão no direito penal alemão seria mais fechada em relação ao direito penal brasileiro por duas razões. Primeiramente, a doutrina majoritária na Alemanha entende que os bens difusos não são passíveis de defesa individual. Segundo a definição de legítima defesa no StGB tem por elementares a “defesa necessária para rechaçar uma agressão injusta e atual *contra si ou outrem*.”, enquanto no Código Penal Brasileiro a legítima defesa teria por elementares o uso moderado dos meios necessários para repelir injusta agressão, atual ou iminente, *a direito seu ou de outrem*. Conforme destaca Lobato, não se trataria de uma variação estilística, mas de uma limitação do alcance da legítima defesa no código alemão, que teria optado por um modelo antropocêntrico do instituto. O CPB, ao contrário, teria por objeto de defesa *o direito* e não a pessoa, o que abriria uma janela normativa para a defesa de bens jurídicos difusos, incluindo a proteção dos animais.

Por fim, caso se adotasse o entendimento que a legítima defesa estaria confinada à proteção de bens jurídicos individuais, a solução no Brasil poderia ser justificada pela aplicação da excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever

¹⁶¹ GRECO, Luis. *Proteção de Bens Jurídicos e Crueldade com Animais*. Revista Liberdades nº3, 2010, ISSN 2175-5280.

¹⁶² LOBATO, José Danilo Tavares. *Idem ibidem*, p. 52.

legal. Em caso de notícia de crime de maus-tratos de animais, a individualização da conduta do agente estaria tipificada no art. 32 da Lei 9.605/98, que, entretanto, não define de forma precisa as ações caracterizadores de maus-tratos. No Município do Rio de Janeiro, haveria um complemento normativo para preencher essa lacuna, que define os maus-tratos nos termos do Art. 2º, da Lei nº 4.731/ 08.¹⁶³

A título exemplificativo, imagine-se o seguinte problema condutor: um cachorro da raça *border collie* encontra-se acorrentado num terreno com entulhos, madeiras podres, pedaços de ferro enferrujados e ratos. A privação da liberdade, nesse caso, ainda seria mais severa, pois esta raça necessitaria de muitas atividades físicas para manter a sua saúde mental, por se tratar de um cão pastor. O animal estaria também submetido ao forte sol da cidade, sem qualquer sombra. Por fim, o cachorro também se encontraria privado de comida e água potável.

Nessas circunstâncias, enquanto não cessada a omissão e a negligência do autor do fato, que dominaria o estado de antijuridicidade conforme a sua vontade, poder-se-ia imputar o crime de maus-tratos em sua modalidade omissiva permanente, uma vez que o art. 32 da Lei 9.605/98 não prevê um processo danoso específico de execução da conduta. Dessa forma, por omissão, o crime se protrairia no tempo, e, por consequência, a situação de flagrante delito na forma do art.303, do Código de Processo Penal. Diante desse quadro, estaria autorizada por permissivo constitucional, art. 5º, XI, a violação no domicílio do autor sem ordem judicial, inclusive à noite, para interromper a continuidade da ação antijurídica e resgatar o animal vítima de maus-tratos.

¹⁶³ “Define-se como maus-tratos, e crueldade contra animais ações diretas ou indiretas capazes de provocar privação das necessidades básicas, sofrimento físico, medo, stress, angústia, patologias ou morte.”

3. Excesso na legítima defesa.

3.1 Meios moderados e necessários.

O uso da força somente seria um meio legítimo para afastar a agressão quando empregado de forma moderada pelo defendente e valendo-se dos meios necessários. A moderação e a necessidade dos meios defensivos teriam relação com a forma – intensidade e extensão – da execução da defesa. A defesa imoderada ou desnecessária teria por consequência a identificação do excesso, extensivo ou intensivo, do defendente que pode ser punível dolosa ou culposamente. Pode-se concluir, então, que o instituto do excesso teria a sua imputação condicionada à existência prévia de uma causa de justificação imperfeita.

Os meios moderados seriam aqueles relacionados à duração da agressão e, conseqüentemente, da resposta defensiva. Trata-se de uma relação temporal entre agressão e defesa. O uso do meio seria moderado enquanto a agressão estivesse acontecendo ou na iminência de acontecer, não se admitindo, portanto, defesa extemporânea. O conceito de agressão, contudo, não deve ser confundido com o conceito de consumação do tipo penal para autorizar a incidência da legítima defesa. Assim, seria permitida a legítima defesa mesmo após a consumação formal do tipo penal, enquanto perdurasse no tempo a agressão contra o bem jurídico. Não fosse assim, em tipos penais de mera atividade, em que o resultado material não é destacável da conduta para a consumação, a legítima defesa seria praticamente inexistente.

Jakobs, ao definir a agressão atual pelo critério da perda material de um bem, acabaria por limitar, por consequência, o alcance do excesso extensivo. Sustenta o autor que em havendo unidade jurídica da conduta mesmo após a sua consumação formal (v.g.: consumação do furto com a retirada da *res* da esfera de disponibilidade da vítima), em hipótese de continuidade, a agressão como um todo continuaria sendo

atual até o último ato cindível¹⁶⁴. Dessa forma em determinadas situações, não obstante, a consumação já executada, persistiria a agressão ainda reversível, justificando-se pelo uso da força a restauração do *status quo ante* do ofendido. Por exemplo, a vítima após ser furtada por um indivíduo fazendo-se passar por um deficiente físico que necessitava de ajuda, encontra o ladrão depois em uma van de passageiros e realiza a sua detenção em conjunto com o motorista do veículo.¹⁶⁵

Zaffaroni também sustenta a possibilidade de legítima defesa sem caracterizar excesso extensivo após a consumação se for possível a neutralização, ainda que parcial, dos efeitos do injusto. Sustenta o autor, a título de ilustração, que agiria amparado pela justificante o proprietário que recuperasse seu veículo pela força, dois dias depois da consumação do furto, se o encontrasse casualmente e não houvesse outro meio de retomá-lo.¹⁶⁶

Em relação ao emprego de armas de fogo na ação de defesa, a análise da moderação dos meios desperta maior atenção, pois não raras vezes o autor do ataque seria alvejado por sucessivos projéteis após o “encerramento da agressão”. Lewinsk analisa o complexo processo de tomada de decisão na ação de disparar a arma de fogo e interromper o disparo. O autor descreve que o cérebro processa as informações de “*stop and go*” de forma independente uma da outra, sendo que quanto mais tiros se disparam continuamente, mais difícil seria descontinuar a reação. Ademais, haveria outras variantes determinantes na avaliação da moderação dos meios, por exemplo, a expectativa do defendente se a agressão vai parar ou continuar. Segundo o autor, em um tiroteio real, o defendente não sabe quando a ameaça que ele está enfrentando cessará, ou se o ele morrerá antes do término da agressão. Esse fator imporá a permanência de seu estado de reação até a verificação de uma mudança “perceptível” e “notável” para causar a suspensão em sua ação. Outro fator de análise relevante, seria o foco correto da agressão (“*Right Threat to Focus On*”), que desempenharia um papel relevante no processo de continuar e parar a execução dos disparos; se o

¹⁶⁴ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores, Del Rey, 2008, pág.554

¹⁶⁵ Caso concreto de nossa experiência pessoal como Delegado de Polícia.

¹⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*, volume 2, tomo 2 / Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista; Alejandro Alagia; Alejandro Slokarl, Revan, 2017, Pág.99

defendente, por exemplo, estiver focado em seu alvo e não na alça de mira da arma de fogo, o mesmo não seria capaz de parar imediatamente os disparos. O autor, por fim, conclui que a forma mais segura para responder a uma “troca de tiros” seria atirar e continuar atirando no alvo até se possuir certeza de que a agressão se encerrou.¹⁶⁷

Segundo o entendimento doutrinário, os meios necessários, por sua vez, seriam aqueles disponíveis ao alcance do defendente para ultimar a agressão com o menor dano possível ao agressor, isto é, seriam os meios necessários para pôr o agressor em posição de rendição.¹⁶⁸ Pode-se observar, também, na exigência de a necessidade dos meios da defesa causarem o menor dano possível ao agressor, uma inseparável influência do Direito Canônico, baseado na premissa da caridade humana e de preservação da vida. O direito de defesa absoluto seria vedado, pois, incompatível com a premissa cristã de amar o próximo.¹⁶⁹ Americano ressaltava que as premissas de tolerância, de perdão e humildade, ínsitas à religião, não poderiam conviver paralelamente à reação individual, salvo em casos extremos de necessidade para conservar a vida¹⁷⁰. Segundo Palma, no Direito Canônico houve uma grande restrição do alcance da legítima defesa particular contra agressões injustas, em decorrência da introdução “dos fins da existência humana no projeto global de criação”.¹⁷¹

Não seria correto, entretanto, beneficiar o agressor ao limitar o alcance da legítima defesa à necessidade da menor lesão possível, atribuindo-lhe mais direitos que ao agredido, que deveria reagir conforme os limites predefinidos pelo agressor, justamente quem viola a ordem jurídica sem observar qualquer elemento de proporcionalidade. Se adotada a premissa que deveria existir uma proporcionalidade entre a ação do agressor e a reação do ofendido, aquele estaria sempre em uma posição jurídica de vantagem pela iniciativa intelectual do delito, pois a ele caberia julgar e estabelecer os limites da defesa, o que é lícito ou ilícito para o agredido fazer;

¹⁶⁷ LEWINSK, William J. *New Developments in Understanding the Behavioral Science Factors in the “Stop Shooting” Response*, Law Enforcement Executive Forum, Illinois Law Enforcement Training and Standards Board Executive Institute Western Illinois University, 2009, págs.35 a 39

¹⁶⁸ Em posição divergente MOURA, que sustenta que “se o autor tiver à sua disposição apenas um meio de defesa idôneo, a sua utilização será sempre necessária, independentemente da intensidade da intervenção.” *Idem, ibidem*, pág.59

¹⁶⁹ LINHARES, Marcelo Jardim. *Idem ibidem*, pág.45

¹⁷⁰ AMERICANO, Odin Indiano do Brasil. *Idem ibidem*, pág.10

¹⁷¹ PALMA, Maria Fernanda. *Idem ibidem* pág.290

ou seja, o autor definiria pela sua conduta até que ponto estaria disposto a suportar uma lesão.

Pufendorf entendia que o ofendido poderia matar seu ofensor para se proteger de um ataque, uma vez este estivesse intocado pelo arrependimento e resoluto em sua tentativa perversa de não resolver o conflito pacificamente. O Autor sustentava, inclusive, a possibilidade de matar não apenas em caso de ofensa à vida do defendente, mas, também, se o agressor atentasse contra à sua integridade física, ou mesmo contra a sua propriedade. Nesses casos, segundo seu entendimento, não haveria garantias que o ofensor não progrediria desses injustos preliminares para outros mais graves.¹⁷²

Cerezo Mir, contrário à posição dominante de seu País, nega a existência de uma proporcionalidade entre agressão e defesa, mesmo que mínima. Assim, seria lícita a reação defensiva ir até onde fosse necessária para proteger o bem jurídico. A racionalidade supostamente exigível pela lei seria o próprio estado de necessidade de defendente, e não uma limitação ético-social da defesa.¹⁷³ Taipa de Carvalho também entende pela incompatibilidade de um requisito de proporcionalidade na ação de defesa em face de condutas dolosas, em decorrência do fundamento do instituto basear-se na prevenção. Contra agressões dolosas não haveria nenhum dever de solidariedade do defendente, máxime pelo princípio da autorresponsabilidade do agressor.

Dessa forma, a interpretação da elementar “meios necessários”, enquanto requisito objetivo da legítima defesa, a primeira vista, não estaria condicionada a que a reação do agredido fosse a menos lesiva possível ao agressor. Por uso dos meios necessários dever-se-ia entender simplesmente como aqueles disponíveis ao ofendido para eliminar imediata e definitivamente a agressão, independentemente de sua

¹⁷² “In a state of natural liberty when a man sets out to inflict an injury on another, is untouched by repentance and refuses to give up his wicked attempt and to resume peaceful relations with me, I may even go so far as to kill him in warding off his attack. I may do this not only if he seeks my life, but also if he attempts to wound or merely hurt me, or even to steal my property without harming me physically. For I have no guarantee that he will not pass from these to greater injuries; and he who professes himself an enemy is no longer protected by any right which would prevent me from repelling him by any means whatsoever. And in fact human life would be unsociable, if one could not employ extreme measures against anyone who persisted in a series of small injuries.” PUFENDORF, Samuel. *One the Duty Of Man and Citizen According the Natural Law*, Cambridge University Press, 1991, pág.49

¹⁷³ CEREZO MIR, José. *Idem ibidem* pág.235

lesividade. O agredido, para contestar a agressão, não teria o dever de correr riscos em nome de um dever de solidariedade para com o autor do injusto. A legítima defesa não seria uma “justa de cavaleiros”, tampouco o defendente poderia ser equiparado a Sir. Lancelote, que tinha o costume de nunca matar um cavaleiro por clemência, ou a Sir. Galahad, o cavaleiro arturiano, filho de Lancelot, que representava a pureza e fidalguia.¹⁷⁴ Nesse sentido, nos parece correta a posição de Cuello Contreras, que define a defesa necessária como aquela que determine o menor dano contra os bens jurídicos do defensor, e não do agressor.¹⁷⁵

Nesse sentido, não nos parece adequada a posição de Brüning, que defende um escalonamento da ação de defesa através do “princípio dos três níveis”, segundo o qual a reação do defendente deveria progredir de “pequena ou restringida” à “afiada ou cortante”. Primeiro o defendente teria a obrigação de desviar-se da agressão e inclusive tolerar pequenos danos aos seus bens jurídicos. Segundo, na impossibilidade dessa conduta deflexiva, estaria liberada a defesa protetiva, consistente na imobilização do agressor. Por fim, caso esse critério também não se revelasse suficiente, o defendente poderia agir de forma violenta contra a esfera jurídica de seu agressor.¹⁷⁶

Simons, em oposição a esse escalonamento estrutural da ação de defesa, pondera que a conduta de defesa ocorreria em situações emergenciais e que a situação de crise emocional deveria ser valorada como um efeito desonerador da necessidade de representação de todos os requisitos objetivos da situação de defesa. O autor, inclusive, cita uma frase proferida pelo magistrado Oliver Wendell Holmes, utilizada em muitos casos criminais nos Estados Unidos da América: “*Detached*

¹⁷⁴ PINKER, Steven. *Os Bons Anjos Da Nossa Natureza: Por que a violência diminuiu*/Steven Pinker; tradução Laura Teixeira Motta. — 1a ed. — São Paulo : Companhia das Letras, 2013, pág.96

¹⁷⁵ “*Necesaria es la defensa justamente adecuada para evitar el ataque. De entre las múltiples defensas que quepan para repeler la agresión, el defensor debe elegir aquella que, salvado el ataque, determine la menor pérdida de bienes jurídicos del defensor (...) Necesidad de la defensa no significa, por otra parte, que el defensor ponga en peligro la defensa para lesionar lo menos posible los bienes del agresor.*” CUELLO CONTRERAS, Joaquim. MAPELLI CAFARENEA, Borja. *Curso de Derecho Penal Parte General*, terceira edición, Tecnos, 2015, pág.222.

¹⁷⁶ *Apud*, Moura, Bruno de Oliveira. *A Não-Punibilidade do Excesso na Legítima Defesa*, 1ª Ed, Coimbra Editora S.A, 2013, pág. 66

reflection cannot be demanded in the presence of an uplifted knife".¹⁷⁷ Essa frase nos parece carregar em seus ombros a sabedoria da realidade em oposição ao artificial futuro do pretérito indicativo, uma vez que diante de uma faca empunhada contra a jugular do ofendido, não seria racionalmente possível exigir-lhe uma acurada representação da agressão quando subitamente atacado, para reagir em conformidade com a necessidade de causar o menor dano possível ao autor do injusto.

Warren em sentido semelhante apresenta um estudo empírico sobre o tempo necessário para a formulação da reação na legítima defesa, afastando completamente a posição doutrinária de aguardar o ataque para opor a defesa, estabelecendo uma diferença entre ação e reação, sendo aquela muito mais rápida que essa (*"the reaction rule: action is faster than reaction"*).¹⁷⁸ O processo funcional de reação demandaria uma série de fases mentais, compreendidas na percepção, avaliação e análise e formação de um plano, para, por fim, chegar-se a deflagração do processo físico de reação, no qual o cérebro enviaria mensagens para o grupo de músculos apropriados para a execução do plano.¹⁷⁹

Entretanto, deve-se destacar que a adoção de uma legítima defesa ilimitada, abrindo-se mão por completo do exame da necessidade dos meios, poderia causar em determinados contextos uma lesão muito superior à própria agressão. Dessa forma, seria necessário desenvolver um critério objetivo para evitar-se desproporções extremas. Do contrário, poder-se-ia matar para impedir o furto de um sabonete.

Os exemplos casuísticos de meios desnecessários na doutrina, como o do indivíduo que dispara uma arma de fogo contra crianças que furtam laranjas em seu quintal¹⁸⁰, para justificar a necessidade de uma racionalidade mínima pela teoria dos

¹⁷⁷ Segundo o autor, não seria honestamente possível exigir-se do defendente, para fazer jus à defesa total de seus bens jurídicos, a representação de que: "a) an aggressor was threatening him with harm, (b) that harm would be of a particular level of gravity, (c) his use of force in response would prevent that harm, (d) the level of responsive force he expects to employ would be of a similar level of gravity, (e) if the force was not used, the threatened harm would occur immediately, and (f) no nonviolent or less forceful alternatives were available whereby the threat could be avoided. United States law typically requires an affirmative answer to each of these questions". SIMONS, Kenneth. *Self-Defense: Reasonable Beliefs Or Reasonable Self-Control?* New Criminal Law Review, Vol. 11, Number 1, Págs. 51–90.

¹⁷⁸ WARREN, Gaylan. *Reaction Time - Lethal Force Encounter Shooting Scene Considerations*. Disponível em: <https://justiceacademy.org/iShare/Library-OIS/RctnTm.pdf>, pág.1

¹⁷⁹ Idem *ibidem*, pág, 5.

¹⁸⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Idem ibidem*, pág.233

limites ético-socais são de resolução simples, porque estão colocados em zonas de extremos, nas quais o consenso prevalece pela simples intuição.¹⁸¹ Essa análise do limite ético-social da defesa, em casos mais complexos, talvez não permitisse uma conclusão tão assertiva. Imagine-se, por exemplo, um indivíduo, que para se defender de uma lesão corporal utiliza uma arma de fogo contra o agressor. Ainda nesse exemplo, e se o disparo da arma fosse efetuado na região do tórax do agressor em vez de seus membros inferiores? Haveria excesso intensivo?

Se adotado o conceito majoritário de meio necessário, aquele disponível para conter a agressão com o menor dano possível ao agressor, a resposta seria pela desnecessidade do meio e, conseqüentemente, a imputação de um excesso doloso. Sendo um portador de arma de fogo, o defendente poderia ter rendido ou imobilizado o agressor, ou, não sendo o caso, poderia ter disparado a arma de fogo em uma região não letal, como o braço ou a perna. Sobre esse ponto específico Hontz explica que esse questionamento é levantado geralmente por membros da coletividade que nunca tiveram a difícil decisão de disparar uma arma de fogo em situação de conflito. Ademais, essa exigência de causar o menor dano possível ao agressor estaria amparada em equívocos e desinformações de programas de televisão: *“The public sees guns being shot out of suspects’ hands and officers never missing on TV shows and cannot understand why it was not done like that in real life”*.¹⁸²

Na seqüência o autor apresenta um estudo realizado pelo FBI para estabelecer a proficiência real dos agentes policiais acertarem os seus alvos. Em um ambiente controlado, sem fatores de *stress*, constatou-se uma taxa de acerto de 93% em alvos grandes e 75% cento em alvos menores.¹⁸³ Além disso o tempo para a realização dos disparos também sofreu uma fração de aumento de 1.15 segundos para 1.56 segundos. O autor explica que a diminuição da taxa de acerto estaria fundamentada na Lei de Fitts, que seria um princípio de aprendizagem motora que postula uma compensação entre velocidade e precisão. Se a habilidade física requer maior

¹⁸¹ Esse caso, inclusive, seria mais bem respondido se adotado o fundamento preventivo da legítima defesa. Inimputáveis são incapazes de motivação normativo e, portanto, não poderiam ser coagidos psicologicamente e diretamente pela legítima defesa.

¹⁸² HONTZ, Thomaz A. *Justifying The Deadly Force Response*, pág.463. Disponível em: <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.549.281&rep=rep1&type=pdf>

¹⁸³ *Idem*, ibidem, pág.469

precisão, o custo dessa será uma maior perda de velocidade em comparação com a mesma ação.¹⁸⁴

Assim colocadas as coisas, Moura pondera que o defendente sempre estaria em uma situação difícil sobre a necessidade dos meios, sendo-lhe transferido o ônus de adivinhar o futuro, isto é, a intenção e intensidade da agressão, o que seria extremamente complexo, pois ele somente poderia conhecer a força do ataque com a sua própria realização. A situação seria ainda mais grave em casos de agressão iminente, considerando que o defensor não teria acesso imediato ao plano do autor para saber o que seria iminente.¹⁸⁵

Com o objetivo de limitar esse subjetivismo aleatório sobre o que seria um meio necessário e racional para o exercício da ação de defesa, adota-se, aqui, a concepção de legítima defesa como um problema de limitação qualitativa de direitos¹⁸⁶. Dessarte, o requisito da racionalidade para evitar desproporções insólitas deveria ser analisado a partir do desdobramento qualitativo da lesão ao bem jurídico. Se a ação do autor, por exemplo, teria por finalidade ofender o bem jurídico da integridade física, a ação do defendente não estaria limitada à necessidade do menor dano possível ao agressor em relação à sua conduta sobre este mesmo bem jurídico, podendo ser exercida *in infinitum* quantitativamente. A ofensa de determinados bens jurídicos selecionados pela conduta do autor implicaria, também, em uma equivalente renúncia desses mesmos bens jurídicos em caso de reação do agredido. Trata-se de uma hipótese de autocolação em risco do ofensor. Pufendorf parece estar de acordo quando afirma que “*If anyone is hurt or killed on such an occasion he can only blame his own wickedness which placed that necessity on me.*” (grifos nossos)¹⁸⁷

Locke, em seu Segundo Tratado sobre o Governo, ao descrever o estado de guerra, também não renunciou a base naturalística da autoconservação do homem, acrescentando, inclusive, um dado, hoje vitimológico, para o fundamento ético-jurídico da legítima defesa, qual seja, a autorresponsabilidade do ofensor na causação do conflito. Segundo o referido autor, o declarante da intenção hostil expunha sua própria

¹⁸⁴ *Idem*, pág.473

¹⁸⁵ MOURA, *idem ibidem*, pág.105

¹⁸⁶ PALMA, Maria Fernanda. *Idem ibidem*, pág.293

¹⁸⁷ PUFENDORF, Samuel. *Idem ibidem*, pág.49

vida ao poder de outros ao colocar-se em estado de guerra, que poderiam retirá-la livremente.¹⁸⁸

Jakobs, ainda que não adote uma concepção monista para fundamentar as justificações, sistematizando-as em grupos para explicar o fundamento da legítima defesa, adota o chamado princípio da responsabilidade pessoal ou princípio da causalidade da situação de conflito pela vítima da intervenção¹⁸⁹. Parte da premissa segundo a qual quem co determina a existência do conflito deveria suportar as respectivas consequências. Dessa forma, haveria uma diminuição do ilícito pela influência “da vítima”, corresponsável pelo resultado.

Quando se está a imputar o excesso, portanto, não se poderia imputá-lo simplesmente como um *excesso libera in causa*, como se fosse um injusto penal regular, apartado da influência do agressor na causação do resultado. Não se poderia partir da regra do tudo ou nada para a imputação do excesso: se presentes os requisitos da legítima defesa não há excesso; ausente a necessidade do meio empregado, há excesso¹⁹⁰. A título de ilustração, pensemos na situação em que o defendente emprega uma arma de fogo para se defender de lesões corporais, causando a morte do ofensor. Esse resultado morte deveria ser analisado formalmente como qualquer homicídio? Não deveria o desvalor das lesões corporais ter influência redutora do ilícito nesse caso? A partir do princípio da causalidade da situação do conflito pela vítima, seria indispensável levar-se em conta o nível de contribuição do agressor para o resultado, a fim de operar-se uma redução quantitativa do ilícito

¹⁸⁸ “O estado de guerra é um estado de inimizada e destruição; portanto, aquele que declara, por palavra ou ação, um desígnio firme e sereno, e não apaixonado ou intempestivo, contra a vida de outrem, coloca-se em estado de guerra contra aquele que declarou tal intenção e, assim, expõe a sua própria vida ao poder de outros, para ser tirada por aquele ou por qualquer um que a ele se junte em sua defesa ou adira ao seu embate. Pois é razoável e justo que eu tenha o direito de destruir aquilo que me ameaça de destruição, já que, pela lei fundamental da natureza, como o homem deve ser preservado tanto quanto possível, quando nem todos podem ser preservados, a segurança do inocente deve ter precedência. E pode-se destruir um homem que promove a guerra contra nós ou manifestou inimizada a nossa existência, pela mesma razão que se pode matar um lobo ou um leão; porque tais homens não estão submetidos à lei comum da razão e não tem outra regra que não a da força e da violência, e, portanto, podem ser tratados como animais de presa, criaturas perigosas e nocivas que seguramente nos destruirão se cairmos em seu poder.” (grifos nossos). LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre O Governo*, 1ª ed, Martins Fontes, São Paulo, 1998, pág.395.

¹⁸⁹ JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal Parte General: fundamentos y teoria de la imputacion*, 2ª ed, Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., Madrid, 1997, pág.421

¹⁹⁰ Taipa de Carvalho, Américo. *Idem ibidem*, pág.365

imputável ao defendente. Em vista disso, dever-se-ia subtrair do excesso punível a quantidade de injusto causada pelo agressor para se chegar a um resultado retributivo da culpabilidade mais justo.¹⁹¹

Não seria desarrazoado, por analogia *in bonam partem*, aplicar-se a causa de diminuição da pena do homicídio privilegiado, que prevê o dever de diminuição da pena do agente, quando ele mata por domínio de violenta emoção logo a seguir à injusta provocação da vítima. Essa injusta provocação nada mais seria que o pressuposto da agressão da legítima defesa, e, portanto, habilitaria o reconhecimento da diminuição de culpabilidade, vide a contribuição do autor na reação da vítima para a determinação do resultado. Nesse sentido, sustenta Taipa de Carvalho que a atenuação de pena deveria ser obrigatória em qualquer caso de excesso e não meramente facultativa, em razão da contribuição do autor no ilícito praticado.¹⁹²

Voltando ao problema da legítima defesa como delimitação qualitativa de direitos. A afetação de bens jurídicos da mesma qualidade, segundo nos parece, seria o requisito de proporcionalidade mínimo para condicionar a legítima defesa. A fórmula que propormos seria a seguinte: não haveria nenhuma exigência de proporcionalidade no emprego dos meios necessários para repelir a agressão, se os bens jurídicos atacados e defendidos forem qualitativamente semelhantes. Deste modo, se a reação da vítima se mantiver qualitativamente na mesma linha de lesão do bem jurídico afetado (ex: vida x vida), não haveria nenhuma desproporcionalidade no emprego dos meios de defesa para a sucumbência do bem jurídico do agressor. Este não poderia ter qualquer expectativa jurídica de conservação desse mesmo bem jurídico, se, inicialmente, agiu finalisticamente para destruí-lo. Nesses casos, portanto, o requisito do menor dano possível ao agressor seria dispensável e a legítima defesa teria natureza absoluta (= meio ilimitado quantitativamente).

O requisito do menor dano possível ao agressor no emprego dos meios necessários, segundo nosso raciocínio, seria exigível tão somente em casos de manifestos desvios qualitativos de lesão ao bem jurídico, em situações nas quais objetivamente não houvesse risco de expansão da agressão para outros bens jurídicos

¹⁹¹ *Idem*, pág.364

¹⁹² *Idem*, pág.345

do defendente. Por conseguinte, ainda estaria amparado pela legítima defesa absoluta os desvios qualitativos de bens jurídicos que constituíssem meios de existência de outros (integridade física x vida).

Bem por isso, seria aceitável a legítima defesa do patrimônio derrogando a vida do ofensor, notadamente em situações nas quais a lesão ao patrimônio poderia se expandir para outros bens jurídicos, como a liberdade de locomoção, a liberdade psíquica, a integridade física, a vida etc. Essa solução, inclusive, parece estar de acordo com os documentos internacionais de direitos humanos. O art. 4º, 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos estatui que “ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”¹⁹³ Ora, a privação da vida do ofensor em situação típica de defesa, não seria uma violência arbitrária, mas justificada, mormente diante do risco de escalonamento da agressão primária para outros bens jurídicos relevantes.

Locke, partindo da concepção que o direito de propriedade seria um direito natural, que abarcaria a condição para a realização de outros direitos, além daqueles rigorosamente patrimoniais, como a vida e a liberdade, sustentava a possibilidade da legítima defesa violenta diante de agressões contra o patrimônio, podendo-se, até mesmo, matar o assaltante.¹⁹⁴ Parte da doutrina, por outros fundamentos, segue esse entendimento. Welzel, inclusive, ao afirmar pela inexistência de proporcionalidade na ação de defesa, admitia a possibilidade da morte do agressor, ainda que para a defesa de bens puramente materiais, forte no princípio da afirmação do direito.¹⁹⁵

Jeschek, por seu turno, afirma que não haveria incompatibilidade deste raciocínio com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Públicas de 1950, que só permitiria a morte intencional de uma pessoa quando fosse

¹⁹³ Art.4º, 1: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

¹⁹⁴ “Isso torna legítimo matar um ladrão que não tenha causado nenhum ferimento nem tenha declarado contra sua vida intenção alguma da de coloca-lo sob seu poder mediante o uso da força para tirar-lhe o dinheiro ou o que mais lhe aprouver; pois, se ele faz uso da força, quando não tem direito algum, para colocar-me sob seu poder – seja por que pretexto for -, não tenho razão alguma para supor que aquele que me toma a liberdade, não me tomaria todo o resto, quando me tivesse sob seu poder. Logo, é legítimo tratá-lo como alguém que se colocou em estado de guerra comigo, ou seja, matá-lo se disso for capaz – pois tal perigo se expõe, justamente, todo aquele que introduz um estado de guerra e nele é o agressor.” LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*, 1ª ed, Martins Fontes, São Paulo, 1998, Pág.396

¹⁹⁵ WELZEL, Hans. *Idem ibidem*, pág.93;

absolutamente necessário para se defender de uma agressão igualmente violenta. Uma interpretação literal da CEDH concluiria que só seria admissível uma ação típica de homicídio doloso em legítima defesa, caso a agressão vulnerasse o corpo, a vida ou a liberdade de uma pessoa, limitando-se a legítima defesa à tutela de um núcleo mínimo de direitos subjetivos individuais, que não contemplaria, por exemplo, o patrimônio. A conclusão desse raciocínio seria praticamente uma equiparação da legítima defesa ao estado de necessidade. Entretanto, esta não seria a interpretação mais correta. Segundo o autor a CEDH teria por finalidade prevenir excessos do Estado contra os particulares, e não regular a causa de justificação entre aqueles, enquanto procedimento de afirmação do direito.¹⁹⁶

Roxin, em sentido semelhante, aduz que o princípio da afirmação do direito excluiria a incidência do princípio da proporcionalidade na legítima defesa, sustentando a possibilidade da defesa do patrimônio ao custo da vida do ladrão:

También puede ser "necesario" disparar al ladrón que huye, si éste es el único medio para preservar la propiedad. De lo contrario, "como regla estaría excluida totalmente la legítima defensa frente al ladrón en cuanto tuviera que llevarse a cabo mediante ataques a la vida o integridad."¹⁹⁷

Desta forma, segundo nos parece, seria desproporcional no emprego dos meios defensivos apenas os desvios qualitativos da ação de defesa que estivessem completamente desvinculados da linha de desdobramento inicial da agressão. A título de reflexão, propõe-se os seguintes problemas-condutores, adotando-se, propositalmente, como meio da legítima defesa o disparo de arma de fogo para pôr fim à agressão.

1. “A” pretende matar “B” para obter favores políticos em uma determinada municipalidade. “A”, após identificar “B” saindo de um restaurante, saca uma faca de churrasco e, *necandi animus*, ataca “B”, que ciente do risco de vida portava uma arma de fogo;

¹⁹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Idem ibidem*, pág.374

¹⁹⁷ ROXIN, Claus. *Idem ibidem*, pág. 632.

2. “C”, inconformado com o término de seu relacionamento e com a finalidade de vingar-se de “D”, atual namorado de sua ex-esposa, pretende aplicar-lhe uma surra. “D”, apesar de ser um lutador de Karatê, tem porte de arma de fogo de uso permitido. “C” segue “D” após a saída do trabalho e o ataca sorrateiramente;

3. “E”, após calorosa discussão com o gerente do seu de trabalho, ofende a honra subjetiva de “F” imputando-lhe ofensas racistas. Esse, revoltado, saca uma arma de fogo e dispara contra “E”;

4. “G”, após não receber o valor da dívida na data do vencimento e sabendo do estado de insolvência de “H”, telefona para o mesmo e promete que quebrará as suas pernas quando o encontrar na rua. “H” adquire uma arma de fogo por prevenção.”;

5. “I” sequestra “J”, com finalidade libidinosa, privando a sua liberdade em um sítio, localizado no interior do Estado. Esta, após libertar-se de suas amarras, encontra uma arma de fogo e dispara contra o sequestrador, que estava dormindo em vez de vigiá-la;

6. “L”, resolve invadir o domicílio de “M” à noite, para filmar o interior da residência a fim de vender o material para um *blog* especializado em fofocas. “M”, ouvindo os barulhos dos passos de seu quarto, abre a gaveta de sua cômoda e pega a sua arma de fogo para disparar contra o invasor;

7. “N”, valendo-se de sua destreza, furta a carteira “O” em via pública, que o persegue imediatamente para prendê-lo disparando sua arma de fogo nas costas do assaltante;

8. “P”, mediante o emprego de grave ameaça, simulando portar uma arma em sua cintura, subtrai o carro de “Q”, que estava parado no cruzamento aguardando a liberação do sinal de trânsito. Este, por sua vez, saca uma arma de fogo que portava em seu coldre interno e dispara contra “P”.

No primeiro caso, o crime de homicídio poderia ser removido por disparos da arma de fogo. Nesse exemplo, não se observaria a diferença qualitativa entre os bens jurídicos em conflito (vida x vida), podendo “B” opor a legítima defesa *in infinitum*, sem restringir-se ao menor dano possível do agressor, não havendo limitação quantitativa dos meios empregados. Ele poderia disparar a arma de fogo, por exemplo, na região

encefálica da “A”. O fato deste empregar uma faca para executar a ação não impor a “B” um dever de limitação em relação à necessidade do meio para causar o menor dano, como, por exemplo, realizar um disparo de advertência ou disparar contra seus membros inferiores. Frise-se, por oportuno, que em relação ao emprego da faca ou qualquer outra arma branca, reconhece-se nos Estados Unidos a chamada “*Lei dos 21 passos*”¹⁹⁸, que afirma que um sujeito dentro dessa distância pode esfaquear um policial antes que esse possa reagir e atirar no suspeito. Convertendo a medida para metros, uma pessoa que tem o pé de 25 cm de tamanho, aproximadamente calçando o número de sapato 40/41, poderia avançar 5 metros de distância.

No segundo caso, o crime de lesão corporal poderia, também, ser removido pelo disparo da arma de fogo causando a morte do ofensor. Nessa situação, não se observaria a diferença qualitativa *manifesta* entre os bens jurídicos em conflito (integridade física x vida), considerando que a integridade física seria um meio para a vida. Secundariamente, nada impediria que a agressão se expandisse para afetar *imediatamente* a vida de “D”. Ações contundentes, por exemplo, poderiam causar traumatismo craniano. “D”, portanto, poderia opor a legítima defesa quantitativamente ilimitada em relação aos meios, sem restringir-se ao menor dano possível do agressor, não sendo-lhe exigível a usar sua técnica superior de karatê.

No terceiro caso, o crime de injúria não poderia ser removido a todo custo, incluindo-se aí, por exemplo, o disparo da arma de fogo. Na espécie observa-se a manifesta diferença qualitativa entre os bens jurídicos em conflito (honra x vida), não podendo o agredido opor a legítima defesa absoluta. Nessa hipótese, a ação de defesa seria restringida ao menor dano possível ao agressor (limite quantitativo de meios). Nessa situação “F” poderia, por exemplo, ameaçar “E” (honra x liberdade psíquica), ou mesmo iniciar a contravenção de vias de fato, para por termo definitivo às agressões verbais; entretanto, como afirmado, haveria um limite quantitativo dos meios necessários, considerando a diferença qualitativa manifesta dos bens jurídicos em jogo, bem como a inexistência objetiva de risco de expansão da lesão da honra subjetiva de “F” para outros bens jurídicos mais relevantes.

¹⁹⁸ HONTZ, *idem ibidem*, pág.463

No quarto caso, impõe-se, primeiramente, destacar que o injusto de ameaça não poderia ser removido em razão de o fato estar consumado. Conforme analisado no tópico da atualidade e iminência da agressão, a resolução do conflito perpassaria pela aplicação do estado de necessidade ou da inexigibilidade de conduta diversa. *Ad argumentandum tantum*, se a ameaça fosse atual, realizada na presença de “H”, a solução obedeceria ao mesmo raciocínio da hipótese anterior. Os meios seriam necessários à execução da defesa se respeitado o limite qualitativo do bem jurídico que o autor se dispôs a violar, *in casu*, a liberdade psíquica. Um disparo de arma de fogo com dolo de matar, por exemplo, não seria um meio adequado por afetar um bem jurídico qualitativamente diferente. Se, entretanto, o autor pretendesse levar a cabo a promessa do mal injusto e iniciasse formalmente a execução das lesões corporais, a resolução do caso dar-se-ia conforme o segundo problema condutor.

No quinto caso, o crime de sequestro poderia, também, ser removido pelo disparo de uma arma de fogo causando a morte do ofensor, mesmo que adormecido. A agressão seria atual em decorrência da classificação permanente do tipo penal, dominando o autor o estado de antijuridicidade, conforme a sua vontade e protraindo a consumação do tipo penal. Dessa forma, mesmo dormindo, a agressão à liberdade da vítima seria permanente e real, não se admitindo intervalos de lesividade. Nesse caso, para justificar o emprego dos meios (quantitativamente ilimitados), observar-se-ia a inexistência de diferença qualitativa *manifesta* entre os bens jurídicos em conflito (liberdade ambulatorial x vida), considerando que a liberdade seria um meio para a vida. Secundariamente, nada impediria que a agressão se expandisse para afetar *imediatamente* a vida ou a autonomia sexual de “J”. Bastaria o sequestrador acordar de seu sono.

No sexto caso, a legítima defesa de “M”, à primeira vista, não admitiria o emprego de meios ilimitados (quantitativos), entre os quais, o disparo da arma de fogo. Não se está, aqui, a negar a necessidade de defesa contra a paz do lar, especialmente o direito à intimidade. Nessa situação a solução seria aproximada àquela do terceiro caso. Nesse caso, observa-se a *manifesta* diferença qualitativa entre os bens jurídicos em conflito (intimidade x vida), bem como a inexistência claro risco de expansão da violação domiciliar para afetar outros bens jurídicos mais relevantes. É bom frisar-se

que nesse caso concreto, o crime fim seria a própria violação de domicílio para capturar fotos da vida íntima de “M”, e não um crime meio para afetar outros bens jurídicos, como um tipo de injusto de furto ou roubo à residência. Nessas hipóteses, a legítima defesa poderia ser exercida sem limites quantitativos em decorrência do alcance da agressão. Obviamente que se “M” por meio de uma falsa representação da realidade supusesse que sua residência havia sido invadida por ladrões armados, seria o caso de uma agressão putativa, e a solução do problema dar-se-ia pelo instituto das discriminantes putativas.

No sétimo caso, o crime de furto simples, a princípio, não poderia ser removido pelo disparo de arma de fogo por “O”, se não houvesse um risco imediato à integridade física ou à liberdade da vítima. Sem esses fatores de riscos, observa-se a manifesta diferença qualitativa entre os bens jurídicos em conflito (patrimônio x vida), podendo o agredido opor a legítima defesa, mas, nessas hipóteses, restringida ao menor dano possível do agressor (= limites quantitativos dos meios). Entretanto, se no momento da prisão captura “N” ofertasse resistência mediante violência, haveria uma progressão criminosa de furto para roubo impróprio, o que permitiria a legítima defesa pelos meios necessários ilimitados, uma vez que a supressão violenta do patrimônio qualitativamente estaria próxima ao bem jurídico da vida.

No oitavo caso, talvez, aquele de maior incidência prático-normativo, tem-se que o crime de roubo poderia ser removido pelo disparo de uma arma de fogo e causar a morte do ofensor. Nesse caso, não se observaria a diferença qualitativa *manifesta* entre os bens jurídicos em conflito (patrimônio subtraído com violência x vida), considerando que o patrimônio conjuntamente à integridade física seria um meio para a vida. Secundariamente, nada impediria que a agressão se expandisse para afetar *imediatamente* a vida de “D” causando um latrocínio. Aqui aplicar-se-ia com todas as letras as citadas lições de Locke vistas alhures, que via na propriedade o ponto de partida para o exercício de outros direitos. Portanto, nesse exemplo, não haveria limites quantitativos dos meios necessários para pôr termo ao injusto.

Depreende-se da exposição desses casos, portanto, que não seria exigível nenhuma linha de proporcionalidade no emprego dos meios necessários em situações de isonomia qualitativa de bens jurídicos. Nessas hipóteses, a legítima defesa poderia

ser realizada *in infinitum*, *sem excesso quantitativo do defendente*. Por outro lado, seria hipótese de desproporcionalidade crassa a utilização de meios absolutos nos casos de desvios qualitativos manifestos, que estivessem completamente fora do raio de desdobramento da agressão inicial.

Recapitulemos os fundamentos da legítima defesa para justificar tal posição: (i) prevenção geral consistente em coação direta do agressor com a finalidade de adverti-lo que à ação antijurídica poderá ser repudiada com meios super eficazes; (ii) ausência de dever de solidariedade entre agressor e defendente; (iii) princípio da responsabilidade pessoal ou princípio da causalidade da situação de conflito pela vítima da intervenção.

Vincadas essas premissas, esse seria o primeiro passo para delimitar objetivamente o excesso: a análise qualitativa da lesão ao bem jurídico a fim de estabelecer o emprego de meios ilimitados para o processo de afirmação do direito. Entretanto, seria necessário a adição de um segundo filtro para refinar a análise do emprego dos meios necessários, caso restassem dúvidas sobre se objetivamente a ação defensiva se manteve qualitativamente na linha de lesão da agressão do bem jurídico inicial.

Esse segundo filtro, segundo nos parece, poderia ser chamado de princípio do *in dubio pro defendente*. Em *hard cases*, nos quais o desvio qualitativo não restasse tão evidente, o exame analítico da necessidade dos meios continuaria a sofrer uma forte influência subjetiva do aplicador da lei penal baseado em suas experiências pessoais. Nessa latitude, a análise dos meios necessários pelo julgador deveria ser realizada a partir de um juízo *ex ante*, segundo a subjetividade do defendente, daquilo que ele representou como necessário para afastar a agressão sobre seus bens jurídicos, e não por meio de um juízo *ex post*, daquilo que objetivamente se verificou que seria necessário. Carrara, a propósito, sustentava que a legítima defesa deveria sempre ser medida à luz da opinião racional daquele que se vê ameaçado de morte, e não segundo um cálculo frio e maduro do fato pelo magistrado.¹⁹⁹ Dessa forma, por

¹⁹⁹ CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal Parte General Tomo I*; tr. del italiano por Octávio Béeche Argüello y Alberto Gallegos Pacheco, 1ªEd., San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental, 2000, pág.168. Em sentido semelhante, isto é, que os requisitos da legítima defesa deveriam ser apreciados levando-se em conta as condições pessoais do agente numa espécie de

exemplo, se o defendente representou que a arma de fogo desmuniada estava carregada na execução do roubo, supondo que haveria risco de expansão da agressão do patrimônio à sua integridade física, seria o caso de legítima defesa real pelo emprego de meios quantitativamente ilimitados.

Dessarte, para resolver a imputação do excesso no âmbito da antijuridicidade e reconhecer se os meios seriam necessários ou não para eliminar a agressão, partir-se-ia, inicialmente, de uma limitação objetiva. Somente seriam consideradas excessivas as ações de defesa que não se mantivessem qualitativamente na mesma linha de desdobramento do bem jurídico. Secundariamente, como critério auxiliar, caso houvesse dúvidas se ação de defesa limitou-se ou excedeu-se qualitativamente em resposta à agressão ilícita, aplicar-se-ia uma regra de valor probatório, isto é, em casos de dúvida seria mister que o juiz se colocasse na posição do defendente e a julgasse contra o agressor.²⁰⁰

Não obstante o esforço funcional redutor do excesso pela aplicação destes critérios, o mesmo poderia existir em um caso concreto, se verificado o desvio qualitativo manifesto entre agressão e defesa. Nesses, reconhecer-se-ia o injusto penal doloso ou culposos.

3.2 EXCESSO DOLOSO E CULPOSO.

O excesso seria o resultado (doloso ou culposos) atribuível ao autor de uma causa de justificação realizada de forma imperfeita, por ter ido além dos limites permitidos pela lei. Seria uma espécie de causa de exclusão irregular da ilicitude, que teria o seu processo de causalidade derivado de uma conduta que estaria, inicialmente, dentro dos limites da lei. Particularmente na causa de justificação da legítima defesa, verifica-se o excesso punível nas situações em que o defendente extrapole a

prognóse póstuma subjetiva WEINMANN, *idem ibidem* pág.279; VERGARA, *idem ibidem*, pág.160, VENZON, Altayr. *Excessos na legítima defesa*, Porto Alegre, Fabris, 1989, pág.54

²⁰⁰ HUNGRIA, *idem ibidem*, pág.298

necessidade dos meios (excesso intensivo), ou atue imoderadamente contra uma agressão já, então, inexistente (excesso extensivo).

O excesso seria doloso quando o defendente, consciente e voluntariamente, resolvesse abusar *ex professo* do seu direito de defesa, para impor um dano superior ao agressor além dos limites necessários para afastar a agressão. O excesso doloso também seria verificável, uma vez reconhecido o fim da agressão pelo defendente e ele prosseguisse na defesa, invertendo os papéis de agressor e agredido.

Em relação ao excesso intensivo, Pierangeli e Zaffaroni entendem que esta seria uma classificação imprópria, pois o defendente, ao representar a superabundância dos meios necessários, não realizaria o tipo penal permissivo, não se podendo, portanto, exceder-se sobre uma defesa que juridicamente nunca teria existido. Para os autores, o reconhecimento da desnecessidade do meio implicaria a ausência da causa de justificação, havendo, na realidade, apenas o excesso extensivo.²⁰¹

Em sentido oposto sustenta Taipa de Carvalho, que entende que o excesso extensivo de legítima defesa não seria verdadeiramente um problema de excesso. A ação de defesa após a sustação da agressão seria simplesmente um novo ilícito penal, ou tratar-se-ia de um problema de erro, mais especificamente erro de proibição indireto, por falsa representação dos limites de uma causa de justificação. Segundo o autor, o único excesso seria o intensivo, sendo, inclusive, redundante essa nomenclatura, pois todo excesso seria sempre intensivo.²⁰²

Jesus sustenta que toda a problemático do excesso deveria ser tratada como erro de tipo permissivo ou erro de proibição. Assim, quando em decorrência de erro de cálculo sobre a gravidade do ataque (pressuposto fático), em sendo este um erro invencível, a solução seria pela exclusão da tipicidade subjetiva da conduta; se o erro do agente, por outro lado, recair sobre os limites normativos da causa de justificação, seria hipótese de erro de proibição indireto, afastando-se a culpabilidade.²⁰³

A questão deveria ser assentada, segundo nos parece, fazendo-se a distinção entre o excesso consciente e inconsciente na realização da conduta. Naquele, o

²⁰¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral/ Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. Revista dos Tribunais, 2008, pág.513

²⁰² TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Idem ibidem*, pág.346

²⁰³ JESUS, Damásio E., *idem ibidem*, pág.394

defendente, ao representar de maneira falsa os pressupostos fáticos – meios necessários e moderados - da causa de justificação, incorreria em um erro de tipo permissivo, sendo o caso resolvido pela aplicação do instituto das discriminantes putativas, nos termos do artigo 20, §1º do Código Penal. Nesse sentido, a falsa representação do agente sobre a necessidade ou moderação dos meios da ação de defesa não teria um tratamento distinto das demais elementares da agressão, injusta, atual ou iminente da legítima defesa, previstas do artigo 25 do Código Penal. Se, por outro lado, o autor simplesmente agisse tomado pelos sentidos passionais, sem representar e refletir sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação, seria a hipótese de aplicação de causa de exclusão da culpabilidade. Schröder, a propósito, sustenta que seria irrealizável a coexistência psíquica entre afetos astênicos e o excesso consciente. Segundo o autor, a aplicabilidade da norma do excesso limita-se exclusivamente ao excesso inconsciente.²⁰⁴

O excesso culposo seria a ação voluntária do agente violadora do risco permitido pela legítima defesa. O agente, sem a intenção de realizar o resultado típico que, porém, era-lhe previsível, agiria em uma espécie de erro de tipo vencível, que excluiria a tipicidade dolosa, mas manteria a culposa, se prevista no tipo penal.

3.3 FUNDAMENTO DA NÃO PUNIBILIDADE DO EXCESSO.

Conforme analisado acima, a *ratio* da ausência de punibilidade do excesso teria relação com a finalidade preventiva da legítima defesa, que teria poder de contra motivação para os tipos de injustos dolosos. Nesses casos, a ação de defesa não estaria limitada pela proporcionalidade, considerando a cessão do dever de solidariedade entre agressor e ofendido (presente ainda nos injustos culposos e condutas de inimputáveis), bem como pelo princípio da causalidade da situação de conflito pela vítima da intervenção, que deveria suportar as consequências do resultado

²⁰⁴ Schröder, Horst, *Apud*, MOURA, *Idem ibidem*, pág.147

sem quaisquer expectativas de notas de proporcionalidade; do contrário, restaria inócuo qualquer esforço preventivo na legítima defesa.

Ademais, para além desse fundamento ético-jurídico da ação de defesa, como se pode perceber, a doutrina majoritária, ao analisar o excesso da legítima defesa, descreve, como regra, apenas formalmente o conceito de necessidade e moderação para distinguir o excesso intensivo do extensivo, sem se preocupar, no entanto, se o defendente teria verdadeiramente a autossuficiência psíquica para opor resistência à agressão em virtude de um estado emocional grave na formação de sua vontade. Dessa forma, mais importante que analisar a diferença formal entre a necessidade e a moderação dos meios, seria examinar a fragilidade da racionalidade humana para representar os requisitos objetivos de uma ação de defesa diante do mal da agressão. Nesse sentido a posição de Moura, que reconhece a situação emergencial do contexto fático causada por afetos astênicos, sobretudo o medo, formaria uma pressão cognitiva e anímica no defendente, que assumiria um papel importante na sua constituição psíquica.²⁰⁵ Hungria, apesar de não concordar com a tese da legítima defesa subjetiva, defendendo um controle da instintividade da defesa privada, admitia a relatividade de seu raciocínio para alguns casos citando Marciano:

Quem é atacado e agredido dificilmente está em condições de calcular, com balancinha de ourives, quando e como começa o delito de excesso (...) como se poderia pretender a dosimetria da reação, se não se está em condições, ordinariamente, de aquilatar da entidade da ofensa a que se está exposto?²⁰⁶

Some-se a essa dificuldade, a inexistência de um dispositivo no Código Penal brasileiro, semelhante ao de outras legislações, que incorporam o medo insuperável como dirimente de culpabilidade. No Código Penal Alemão, por exemplo, há previsão expressa que se o agressor exceder os limites da autodefesa devido a confusão, medo ou terror, ele não será punido.²⁰⁷ O mesmo se verifica no Código Penal Português²⁰⁸,

²⁰⁵ MOURA, *idem ibidem*, pág.50

²⁰⁶ HUNGRIA, *idem ibidem*, pág.301

²⁰⁷ StGB, §33 “Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft”

no Código Penal Espanhol²⁰⁹ e no Código Penal Italiano²¹⁰. No Brasil, a previsão do medo escusável foi objeto de previsão no art. 30 do Código Penal de 1969, que nunca chegou a entrar em vigor.

Aplicando-se uma teoria realista do conhecimento, que respeita as propriedades do ser, surgiria o seguinte questionamento: até que ponto seria possível, diante de uma agressão atual ou iminente, agir com representação e controle psicológico dos meios necessários na legítima defesa? Simons questiona se não seria injusto esperar do defendente uma capacidade de representação plena das elementares da legítima defesa, sobretudo em situações de estresse emocional, aduzindo que uma pessoa nessas circunstâncias poderia “simplesmente reagir” sem refletir. Inclusive, prossegue o autor, a determinação desse cálculo consciente e pausado das opções alternativas de defesa no momento da reação seria uma “estratégia autodestrutiva”.²¹¹

A questão, portanto, seria definir até onde se imporia os impulsos primários (*ser*) em sua concepção neurobiológica e as solicitações jurídicas (*dever ser*), considerando que o ideal imaginável normativo seria não raras vezes distante do possível. O próprio sistema finalista de delito, baseado em estruturas lógico-reais (ou lógico-objetivas) para definir o seu modelo de ação como o exercício de uma atividade final, sofreu críticas,

²⁰⁸ Artigo, 33º, 2- O agente não é punível se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis.

²⁰⁹ Artículo 20. *Están exentos de responsabilidad criminal: 6º El que obre por miedo insuperable,*

²¹⁰ Art. 55. *Eccesso colposo: Quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo. Nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, n. 5) ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto.*

²¹¹ “I have described a situation in which a person, suddenly threatened, understandably has a tendency to panic, or to act without thinking clearly, and perhaps this warrants a full defense— but on the grounds, not of justification, but of excuse. Arguably it is too much to expect a person to think clearly, and to act properly and permissibly, in such emergency circumstances. Compare duress, a true excuse at least in its Model Penal Code version: an actor who is coerced by a violent threat into committing a criminal act is fully excused if “a person of reasonable firmness in his situation would have been unable to resist. (...) In many such cases, we would not really expect a law-abiding, permissibly motivated defendant to form an accurate belief about the severity of the threat or, especially, about the range and efficacy of different alternative courses of response. And in many such cases, we could not expect any law-abiding, properly motivated defendant to do better, to act differently than the actual defendant did. Indeed, it will often be a self-defeating strategy for an actor who is suddenly attacked to pause and carefully examine his options; the very effort to form accurate, or indeed any, beliefs might increase his risk of injury or decrease the efficacy of his planned response.” SIMONS, *idem ibidem*, pág.12 e 13 (grifos nossos).

entre outras, por não conseguir explicar satisfatoriamente a imputação de condutas humanas explosivas, isto é, estados mentais determinados pela emoção e paixão.²¹² Um sistema ontologista de ação não poderia renunciar à explicação do processo de imputação de condutas passionais como fenômenos de manifestação da personalidade humana. Thomaz Alves Júnior, ao tempo do Código Penal do Império, já questionava se diante da iminência de uma agressão, a inteligência de um homem teria “bastante firmeza e sangue frio para calcular até onde iria o braço arremessado contra o agressor”, concluindo que em respeito à justiça, o juiz não deveria desconhecer o homem tal qual é em sua natureza.²¹³

Zimmermann, ao analisar o comportamento humano pela psicologia evolucionista, destaca a importância do estudo do processamento interno da informação (*inputs* do ambiente para transformá-los em *outputs*) apreendida pelo organismo. Esse processamento interno, ou seja, o conjunto das operações mentais do indivíduo (consciente e inconsciente) e do funcionamento do corpo, não seria um fenômeno dualista (Descartes), destacando a mente e o corpo²¹⁴. O processamento da vontade ocorreria já nos tecidos neurais da pessoa e estaria regido por determinadas regras pré-programadas pela evolução da espécie humana, para dar uma forma de resposta a um determinado estímulo. Segundo Zimmermann, esses programas mentais teriam sido formados no período do Pleistoceno, época em que os humanos viviam em bando de caçadores-coletores. Um desses programas mentais seria, justamente, o mecanismo de *stress*, indispensável para a defesa de predadores.²¹⁵

Pinker explica que a mente seria um sistema complexo de faculdades cognitivas e emocionais implementadas no cérebro, que deve sua estruturação básica aos processos de evolução, sendo que algumas dessas faculdades nos levariam a vários tipos de violência. Segundo o autor, o cérebro humano seria “uma versão inchada e deformada dos cérebros de outros mamíferos” e todos os seus componentes principais poderiam ser encontrados em nossos ancestrais símios, que fariam praticamente as

²¹² SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *idem ibidem*, pág.162.

²¹³ *Apud*, GOULART, Henny. *O Excesso na Defesa*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, Pág.19

²¹⁴ COSTA, Pedro Jorge. *Idem ibidem*, pág.18

²¹⁵ ZIMMERMANN, Egberto. *Criminologia e Natureza Humana: possíveis contribuições da psicologia evolucionista para o estudo da criminalidade*, Nuria Fabris, Porto Alegre, 2011, pág.136 e 138.

mesmas coisas “como processar as informações dos sentidos, controlar músculos e glândulas, armazenar e recuperar memórias”.²¹⁶

O sistema nervoso humano, fundamentalmente, seria um *design* primitivo²¹⁷, com um roteiro de violência latente, que sempre teria a vocação para autoconservação diante do medo permanente da morte e, portanto, incapaz de processar todos os dados (*inputs*) do ambiente moderno (*v.g.*, todos os requisitos objetivos da legítima defesa). Conforme esclarece Moura, o medo e a raiva, não obstante maus-conselheiros na feição de uma sociedade moderna, também salvaram muitas vidas durante a marcha da evolução.²¹⁸ Seria antinatural, portanto, demandar do ser humano um processo de decisão absolutamente racional (representação da necessidade dos meios) diante de uma violenta emoção (defesa) causada pela agressão. Os mecanismos naturais de *stress* seriam justamente uma defesa individual contra agressões para a conservação da própria vida, mas não da vida do agressor. Assim, diante do pavor da agressão, não seria da natureza humana uma reação cibernética, que calculasse todas as possibilidades de meios necessários, para impor a menor lesão possível ao agressor. Segundo Moura, em termos neurobiológicos:

[...] o conatus, enquanto conjunto de atos de auto-preservação de um corpus, nada mais é do que o acervo de disposições registradas em circuitos cerebrais, disposições essas que deflagram a procura de sobrevivência e bem-estar quando são acionadas por determinadas condições do ambiente.²¹⁹

Sabe-se que o agredido, em decorrência da alteração de seu equilíbrio funcional orgânico, raras vezes conseguiria manter o domínio sobre si e raciocinar serenamente sobre sua capacidade de processamento diante do injusto. Frases como “o direito, como produto da cultura, é a disciplina de instintos”²²⁰ não resolvem o problema e a realidade continuaria impondo-se indiferentemente porque as pessoas no multiverso traumático do conflito não deixariam de agir por *propter perturbationem animi* para agir

²¹⁶ PINKER, Steven. *Idem ibidem*, pág. 1.454

²¹⁷ “O cérebro humano segue o adágio latino: Se queres a paz, prepara-te para a guerra.” PINKER, Steven. *Idem*, pág.1.453

²¹⁸ MOURA, *Idem ibidem*, pág,89.

²¹⁹ *Idem*, pág.83

²²⁰ HUNGRIA, Nelson. *Idem ibidem*, pág.277

matematicamente na avaliação de condutas alternativas. A emoção/paixão, enquanto estado anímico extraordinário causado pela agressão externa, representariam um conjunto de respostas químicas e neurais que influenciariam diretamente o corpo e o pensamento para o processo de tomada de uma decisão racional. Moura sustenta que haveria um “assédio emocional” que prevaleceria sobre os imperativos da razão, sendo que o indivíduo não dominaria a situação, mas esta o dominaria, sobretudo em situações de “casos relâmpagos”, nos quais haveria um acúmulo de energia a ser descarregada.²²¹

Os afetos astênicos e estônicos, mesmo sendo algoritmos com poder de determinação de vontade, não foram bem desenvolvidos na imputação da conduta, tampouco, na culpabilidade tiveram a sua importância reconhecida. O art. 28, I do Código Penal é de clareza hialina ao afirmar que a paixão e emoção não retiram a imputabilidade do autor. Ocorre que, ao analisar-se a genealogia desse dispositivo, este teria sido incorporado ao Código Penal de 1940 em decorrência dos uxoricídios, para justificar os homicídios realizados em violenta emoção pelo homem na defesa de sua honra. Em contexto histórico e político de início de emancipação feminina (direito ao voto etc.), foi necessário esse tipo de previsão legal²²². Nota-se, assim, que o recorte histórico do dispositivo teria por finalidade retratar uma situação singular e não construir uma regra geral aplicável para todos os casos praticados em estados afetivos excepcionais.

Aníbal Bruno, inclusive, já sustentava que, em aspectos gerais, a emoção e a paixão seriam tratadas de maneira muito simplista pela doutrina, reduzindo-se a fórmulas simples, na contramão das verdades naturalísticas. Segundo o autor, seria possível o reconhecimento emoções profundas, que afetariam completamente a autodeterminação individual e seriam capazes de servir como causas de inimputabilidade;²²³ em outras palavras, o medo importaria e o Direito não deveria ignorá-lo.

²²¹ MOURA, *idem ibidem*, págs.76 a 83.

²²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*, volume 2, tomo 2 / Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista; Alejandro Alagia; Alejandro Slokarl, Revan, 2017, Pág.287

²²³ BRUNO, Aníbal. *Idem ibidem*, pág.160

Diante do exposto, parece-nos que seria necessário realizar uma interpretação conforme a Constituição do art. 28 do Código Penal, para restringi-lo apenas aos casos de astenias ou estenias leves. De resto, a emoção e a paixão profundas, como um abismo insondável que são, deveriam funcionar como causas de incapacidade psíquica por inimizabilidade (insanidade psíquica), sobretudo, quando a vítima estiver diante de uma agressão injusta.²²⁴ Nessa perspectiva psicodinâmica, o susto, o medo e instinto de sobrevivência poderiam funcionar como uma espécie de “*vis absoluta interna*”²²⁵, em decorrência de um processo de formação defeituoso da vontade do ofendido, que importaria em uma alienação mental transitória por transtorno da consciência. Dessa forma, o excesso da legítima defesa constituir-se-ia em uma espécie de “delito de debilidade”²²⁶ em virtude da fragilidade da psique humana em estado *propter perturbationem animi*.

Vale destacar, inclusive, que essa anomalia estrutural dos processos psíquicos poderia retumbar na própria imputação da conduta típica. Segundo Molina Fernandez, seria possível o reconhecimento do erro de tipo derivado de anomalias ou alterações psíquicas. O transtorno psíquico, em determinadas circunstâncias, poderia excluir a capacidade de violar conscientemente um dever jurídico, pois este demandaria a vontade de negar a vigência da norma. Apesar de o autor não trabalhar especificamente os casos de afetos, ele apresenta diversos casos de inimizabilidade, dos quais derivariam hipóteses de ausência de voluntariedade da conduta, de erro de tipo ou de discriminantes putativas²²⁷, que permitiriam uma interpretação analógica para o excesso afetivo.

²²⁴ MESTIERI, *Idem ibidem*, pág.178, em crítica à norma do artigo 28 do Código Penal: “ora, o problema, como é bem de ver, não se resolve pela simples desconsideração da emoção e da paixão, negando-lhes eficácia no plano da imputabilidade (...) simplesmente negar efeitos a realidade tão importante como e a emoção e a paixão é comportar-se como o avestruz diante de uma situação de perigo. Aqui, o perigo é a nossa ainda superlativa ignorância dos fenômenos da alma humana”.

²²⁵ MOURA, *Idem ibidem*, pág.98

²²⁶ ROXIN, Claus. *Idem ibidem*, pág.927

²²⁷ O autor cita, por exemplo, o caso de um pai de família que em estado de sonambulismo representou que estava sendo atacado por avestruzes e com um martelo matou sua esposa e filhos – ausência de conduta; (ii) o caso de indivíduos que agem em erro de tipo ao matarem demônios após consumirem determinados alucinógenos, pois a elementar do tipo de homicídio descreve “alguém” e não seres sobrenaturais; (iii) o caso de um indivíduo, que após suspender a sua medicação, viu pessoas escondidas em sua casa e ateou fogo no sofá para fugir, causando um crime de incêndio – estado de necessidade putativo por falsa representação da elementar perigo. MOLINA FERNANDEZ, Fernando.

Não sendo essa solução adotada, do estado de inimizabilidade por defeito emocional, a doutrina remete a questão do excesso na legítima defesa como causa de exclusão da culpabilidade da conduta, por diferentes fundamentos.

Cirino dos Santos entende que se trataria de uma causa de exculpação legal por inexigibilidade de comportamento diverso.²²⁸ Essa natureza jurídica, apesar de materialmente correta, uma vez presentes os requisitos da inexigibilidade de conduta diversa (determinação anormal de vontade e condicionalismo exógeno), não teria previsão legal expressa, considerando que as únicas exculpações previstas no art.22 do Código Penal seriam a coação moral irresistível e o cumprimento de ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico. Parece-nos que esta posição, entretanto, poderia ser aceita por meio de analogia *in bonam partem* à causa de exculpação da coação moral irresistível. Nesse sentido, a agressão não deixaria de representar para o defensor uma “espécie de coação” a fim de justificar-se a não punibilidade do excesso.

Zaffaroni sustenta que a natureza jurídica seria de causa supralegal de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. Em razão da anormalidade das circunstâncias fáticas, que conduziriam a uma situação psicológica excepcional, supressora do espaço de autodeterminação do indivíduo, que impediria o juízo de reprovação penal de sua conduta. Segundo o autor, o fundamento do excesso escusável poderia ser extraído por interpretação a *contrario sensu* do artigo 23, parágrafo único, do CP e por analogia *in bonam partem* ao artigo 45 do Código Penal Militar.²²⁹

Jescheck defende que o fundamento da exclusão da culpabilidade do autor se daria em decorrência da teoria da dupla redução do injusto e da culpabilidade, que em casos de excesso seriam tão diminuídos que não haveria merecimento de uma pena. Segundo o autor, o desvalor (do excesso) da ação estaria amplamente compensado pela a situação de defesa e o *animus defendendi*; e a culpabilidade estaria reduzida em

Error de tipo derivado de anomalias o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito. Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat / coord. por Carlos García Valdés, Margarita Valle Mariscal de Gante, Antonio Rafael Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao, Vol. 2, Editores Edisofer, 2008, págs. 1.331 a 1.335.

²²⁸ CIRINO DOS SANTOS, *Idem ibidem*, pág.327

²²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Direito Penal Brasileiro, *idem ibidem*, pág.365

função dos estados excepcionais de medo, pavor e pânico, que dificultariam a formação de uma vontade capaz de dirigibilidade normativa.²³⁰

Roxin entende tratar-se de uma causa de exclusão da responsabilidade jurídico penal. Sustenta o autor que haveria sim culpabilidade do sujeito que se excede na ação de defesa, ainda que por afetos astênicos, mas o legislador renunciaria à punição por ausência de necessidade de prevenção especial e geral. O fundamento pela desnecessidade de pena seria baseado no fato de que quem infringe a lei somente fê-lo por ter sido vítima inicialmente de uma agressão injusta, e indo além da resposta necessária em razão de um sentimento assustado de covardia. Segundo Roxin, este indivíduo já seria um cidadão socialmente integrado e que não precisaria de intervenção preventivo especial. Do mesmo modo, a punição do excesso não se justificaria do ponto de vista da prevenção geral, porque um crime praticado por deficiência emocional, que o autor chama de “delito de debilidade”, não estimularia a delinquência por imitação em caso de impunidade do autor, tampouco acarretaria a ruptura da paz jurídica, pois o sujeito originalmente agredido seria o próprio agressor, que seria ao fim e ao cabo o culpado pela extrapolação dos limites da defesa por parte do defendente.²³¹

Jakobs também concebe a exclusão da culpabilidade em virtude da ausência de necessidade prevenção positiva da pena, mas baseado na cessão de dever de solidariedade com a vítima, para afirmar a inexigibilidade de conduta diversa. Não existiria nenhum motivo para estabilizar o sentimento de confiança da sociedade na funcionalidade do Direito Penal na punição do excesso astênico, porquanto, pelo princípio da causação da situação de conflito, caberia ao agressor suportar as consequências da ação defensiva contra seu comportamento, competindo a ele dar-lhe com a sua própria decepção normativa. O excedente, ao contrário, permaneceria como cidadão fiel ao Direito Penal.²³²

Partindo de uma premissa onto-antropológica da legítima defesa, com lastros nas teorias naturalistas baseadas no instinto de conservação da vida e na realidade

²³⁰ JESCHECK, *idem ibidem*, pág.529.

²³¹ ROXIN, *idem ibidem*, pág.927

²³² JAKOBS, Tratado de Direito Penal, *Idem Ibidem*, pág.497 e 573

biológica do ser humano, parece-nos que a não punibilidade do excesso teria melhor natureza jurídica como causa supralegal de exclusão da culpabilidade em razão do princípio da evitabilidade. Assim postas as coisas, durante a execução da conduta em estado de incapacidade psíquica – *propter perturbationem animi* – haveria uma redução do controle da vontade pelas fortes emoções de autoconservação. Carrara já afirmava que os aspectos de um perigo iminente retirariam do indivíduo a faculdade de raciocinar livremente, salvo aqueles indivíduos de uma presença de espírito extraordinária. A redução da força moral causada por uma perturbação (v.g., espanto), e o erro de representação que daí resultaria seriam efeitos inevitáveis da natureza humana, dos quais poucas pessoas estariam realmente isentas em circunstâncias análogas.²³³ Nesta quadratura, a doutrina majoritária sustenta que afetos astênicos (considerados de índole fraca, v.g., medo, pânico, susto ou temor etc.) poderiam exculpar o excesso na legítima defesa; já em relação aos afetos estênicos (considerados de índole forte, v.g., raiva, cólera, vingança e etc.), estes não teriam o condão de exculpar o excesso.²³⁴

Sobre o medo insuperável, enquanto principal estado emocional condicionador da vontade, deve-se aprofundar o raciocínio, considerando que nas fases progressivas do ciclo emocional do medo estariam compreendidos outras valências astênicas como a prudência-cautela (desconfiança), o alarma-angustia (ansiedade) e o pânico-terror.²³⁵ Linhares define o medo como “uma perturbação da alma causada pela apreensão de algum mal iminente ou remoto”²³⁶, isto é, um estado fenomênico de perturbação mental irresistível, que atuaria em toda escala biológica e suprimiria o controle da vontade. O autor, inclusive, faz uma diferença entre o medo grave e o medo leve. Aquele seria o medo da morte, de lesões corporais, da perda da honra e de bens; já este seria o medo sobre interesses inferiores à alma humana, por exemplo, furto de valores insignificantes. O medo grave estaria inexoravelmente vinculado ao instinto de defesa,

²³³ CARRARA, *idem ibidem* pág.169.

²³⁴ HUNGRIA, Nelson. *idem ibidem*, pág.300; BRUNO, Aníbal. *idem ibidem*, pág.370; GARCIA, Basileu. *idem ibidem* pág.582; TOLEDO, Francisco Assis. *Idem ibidem*, pág.331; BRANDÃO, Cláudio. *Idem ibidem*, pág.221; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Idem ibidem*, pág.328; TEIXEIRA, Antonio Leopoldo, *idem ibidem*, pág.77; VENZON, Altay. *Idem ibidem*, pág.54, LINHARES, Marcelo J. *idem ibidem*, pág.395

²³⁵ MIRA Y LOPES. E. *idem ibidem*, pág.45

²³⁶ LINHARES, Marcelo J. *idem ibidem*, pág.396

e seria um dispositivo programado do organismo para garantir a conservação individual diante de uma ameaça externa perigosa.²³⁷

Goleman, ao estudar a inteligência emocional do homem, explica o funcionamento do circuito neural do medo como uma emoção decisiva para a sobrevivência. Segundo o autor, haveria, no tronco cerebral, neurotransmissores que reverberariam na amígdala, no hipocampo e no córtex pré-frontal, que seriam responsáveis por aumentar o estado de insegurança do indivíduo e identificar a fonte do perigo. Em não se tratando de um falso alarme, mas de uma situação real de risco, a amígdala dispararia o alarme, sua área central ativaria o hipotálamo, o tronco cerebral e sistema nervoso central a fim de preparar a reação, sendo que toda esta operação ocorreria em menos de um segundo.²³⁸

²³⁷ LINHARES, Marcelo J. *idem ibidem*, pág.398

²³⁸ Sobre o desempenho do papel centra da amígdala no medo GOLEMAN descreve as diversas reações químicas no organismo humano: “Da amígdala estendem-se projeções para as partes importantes do cérebro. Das áreas centrais e mediais, um ramo segue para áreas do hipotálamo que secretam uma substância de resposta a emergências, que é o hormônio que libera corticropina (CRH), que mobiliza a reação lutar-fugir através de uma cascata de outros hormônios. A área basal da amígdala lança ramificações para o corpus striatum, ligando-se ao sistema de movimento do cérebro. E, via núcleo central, a amígdala envia sinais, através da medula, para o sistema nervoso autônomo, ativando uma enorme quantidade de respostas a pontos distantes no sistema cardiovascular, nos músculos e nas entranhas. Da área basolateral partem ramos para o córtex cingulado e, das fibras conhecidas como “cinzento central”, células que regulam os grandes músculos do esqueleto. São essas células que fazem com que um cachorro rosne e com que um gato arqueie o dorso à guisa de ameaça a invasores de seus territórios. Nos seres humanos, esse mesmo circuito causa a compressão das cordas vocais que, então, emitem uma voz estridente de pavor. Da amígdala também parte um outro caminho que conduz ao locus ceruleus, localizado no tronco cerebral. Aqui é fabricada a norepinefrina (também chamada “noradrenalina”), que é espalhada pelo cérebro. A norepinefrina causa um aumento da reatividade das áreas do cérebro que a recebem, o que determina maior sensibilidade dos circuitos sensórios. A norepinefrina impregna o córtex, o tronco cerebral, o próprio sistema límbico — em suma, deixa o cérebro “tinindo”. A partir desse momento, qualquer barulhinho é capaz de fazer com que seu corpo trema de medo. A maior parte desse tipo de alteração acontece de forma inconsciente e, de tal modo, que você não saiba que está sentindo medo. À medida, porém, que você vai percebendo que está com medo — ou seja, quando a ansiedade inconsciente se torna consciente a amígdala comanda uma ordem para que haja uma ampla reação. Envia sinais às células do tronco cerebral para que aponham uma expressão de medo em seu rosto, para que você fique nervoso e assustado, para que paralise os movimentos que os seus músculos estejam executando naquele momento, para que o seu ritmo cardíaco se acelere, elevem a pressão sanguínea e reduzam a respiração. Nesse meio-tempo, a amígdala, junto com o hipocampo a ela interligado, ordena às células que enviem neurotransmissores-chave que, por exemplo, irão disparar a dopamina que fixará a sua atenção na origem do medo — os barulhos estranhos — e colocará seus músculos de prontidão para reagir de acordo. Ao mesmo tempo, a amígdala envia sinais para as áreas sensórias relativas à visão e à atenção, para se assegurar de que os olhos estão atentos para o que seja relevante naquelas circunstâncias. Simultaneamente, os sistemas da memória cortical são rearranjados de forma que o conhecimento e as lembranças mais relevantes para aquela situação de emergência emocional sejam rapidamente trazidos para o presente e tenham precedência sobre qualquer idéia menos importante que ocorra. Tão logo esses sinais são recebidos,

Emilio Mira y Lopez explica que o medo seria uma emoção complexa, advinda da combinação de vários processos no curso da evolução da vida animal, sendo distintos os conceitos de causas e motivos do medo. As causas seriam os conjuntos de condições químicas e biológicas automáticas do organismo, produzidas pelo sistema nervoso central; ou seja, são circuitos celulares responsáveis “por fazer” o sentimento de medo. Já os motivos seriam elementos externos, estímulos praticamente infinitos (ex: dor, morte, guerra, doenças, penas, conflitos, carência etc.), que ativariam o estado natural de medo. O autor prossegue explicando a diferença entre o medo i) instintivo (orgânico, corporal e ascendente) e ii) racional (condicionado e descendente).²³⁹

O medo instintivo-orgânico corresponderia à retração ou enfraquecimento do metabolismo, com ação direta e imediata nas células do corpo, diante da existência de uma agressão externa. A manifestação desse medo seria idêntica em todos os seres humanos e se produziria com celeridade máxima e absoluto automatismo, dando lugar a uma paralisação das atividades em curso, e adoção de uma postura defensiva, que ofereceria uma superfície de menos vulnerabilidades possíveis contra a atividade nociva. Segundo o autor, trata-se de uma espécie de medo existente antes mesmo do indivíduo senti-lo ou pensá-lo; apenas posteriormente, quando o estímulo chegasse aos centros corticais e submedulares, seria o momento em que a vítima se daria conta que teria se assustado.²⁴⁰ Em outras palavras, a consciência do medo seria um fenômeno *ex post*.

O medo racional, por seu turno, seria aquele condicionado pela experiência, aprendido pelas representações do homem, que seria logicamente condicionado à premissa de um dano iminente, por exemplo, a imagem de uma fera. Seria uma forma de medo “sensato”. Se fosse perguntado a alguém se se sentiria confortável nadando em aquário repleto de tubarões, decerto a resposta seria negativa. Diferentemente do

“você fica inteiramente possuído pelo medo: percebe o característico aperto nas entranhas, o coração acelerado, a contração da musculatura do pescoço e dos ombros, o tremor nos membros; o corpo se imobiliza, você fica atento a outros sons e, em sua cabeça, você visualiza todos os perigos possíveis e como vai reagir a cada um deles. Toda essa seqüência — da surpresa para a incerteza, da incerteza para a apreensão, da apreensão para o medo — ocorre em torno de um segundo.” GOLEMAN, Daniel.

Idem ibidem, págs.648 a 654

²³⁹ MIRA Y LOPES. E. *idem ibidem*, pág.26 e ss;

²⁴⁰ *Idem ibidem*, pág.41

medo orgânico, portanto, esta modalidade permitiria a ativação de dispositivos de segurança para evitá-lo. A partir desta emoção, abrir-se-iam, inclusive, espaços para outros sentimentos, como a desconfiança, pessimismo e ditados populares do estilo “melhor prevenir que remediar”.²⁴¹

As fases progressivas do ciclo emocional do medo, como dito, seriam a prudência/cautela (desconfiança), alarma/angústia (ansiedade) e pânico/terror; o autor entende que as duas primeiras seriam satisfatoriamente controladas pela personalidade, enquanto a última imporá uma desorganização e abolição total dos sentidos. Seria justamente a partir da fase do alarma que se poderia identificar o medo com poder de conformação de vontade e, que, portanto, interessaria para analisar a escusabilidade do excesso da legítima defesa.²⁴²

O plano do alarma seria marcado por uma desconfiança intensa, por indecisões do sujeito e por movimentos corporais supérfluos, bem como tremores nas extremidades dos membros. Nesta fase, também haveria uma redução no campo de percepção e surgiriam falhas de representação. O sujeito já não conseguiria controlar o curso de seus pensamentos, o que geraria uma penosa sensação de insuficiência, e o juízo valorativo perderia clareza.²⁴³

No plano da angústia, verifica-se uma desorganização funcional provocada pelo medo, responsável por inabilitar as melhores possibilidades de reação para o enfrentamento da ameaça. Segundo Mira y Lopes, os efeitos no campo objetivo da angústia seriam que:

*El diencéfalo empieza a adquirir dominio sobre la corteza; los centros neurovegetativos se excitan y engendran la llamada "tempestad visceral" (cuyos fenómenos espasmódicos y constrictivos determinan la vivencia de angustia). La desinhibición de la porción posterior del núcleo caudal hipotalámico determina la aparición de discinesias; estereotipias, perseveraciones e impulsos absurdos.*²⁴⁴

²⁴¹ *Idem ibidem*, pág.43

²⁴² *Idem ibidem*, pág.45

²⁴³ *Idem ibidem*, pág.48

²⁴⁴ *Idem ibidem*, pág.49

Já no plano subjetivo da angústia, o sofrimento e a tensão emocional do agente chegariam ao ápice, levando-o a “perder a cabeça” e enlouquecer, porquanto a próxima fase seria a do pânico, na qual a “tempestade visceral” castigaria a racionalidade anímica do indivíduo. A fase do pânico caracterizar-se-ia por uma direção automática da conduta. O *cortéx* cerebral sofreria os efeitos de uma espécie de morte temporária, em razão da absoluta invasão do medo. Disto derivaria a liberação descontrolada de ações neurológicas pelo cérebro sem qualquer possibilidade de controle por um esforço de vontade. Pode-se verificar nesse plano que a força muscular é aumentada e é liberada cegamente. Já o plano subjetivo do pânico corresponderia ao domínio da “pessoa do subconsciente” ou “profunda.” Nesta fase, o sujeito dificilmente perceberia o que está acontecendo ou fazendo. Este período poderia ser retratado como uma espécie de pesadelo no plano da consciência do agente. A ação do medo, aqui, se comportaria como um processo de anulação individual.²⁴⁵

O plano do terror, por fim, retraria a fase final do processo de anulação individual, sendo que o indivíduo perderia toda a sua potencial capacidade de reação. Ele restaria petrificado, “morto de medo”, sem nenhuma vida psíquica, sendo conservadas em seu sistema somente atividades neurovegetativas mínimas para assegurar a existência do ser.²⁴⁶

Partindo, portanto, da premissa do direito positivo, seria possível analisar a escusabilidade do excesso como causa de exclusão da culpabilidade, em analogia *in bonam partem* ao disposto no art.45, §§, Código Penal Militar brasileiro. Atente-se, ademais, nessa situação, que se a própria lei reconhece que os militares, indivíduos treinados nos limites da disciplina, seriam suscetíveis de falhas emocionais²⁴⁷,

²⁴⁵ *Idem ibidem*, pág.51

²⁴⁶ *Idem ibidem*, pág.51

²⁴⁷ Sobre o medo na guerra ensina MIRA Y LOPES. E: “*Es durante las guerras prolongadas o tras de condiciones vitales que agotan la energía vital de reserva cuando mejor pueden observarse las manifestaciones de este tipo de reacción orgánica de inactivación miedosa, cuyo último grado presupone incluso la ausencia del sentimiento de su presencia, o sea la falta del autoconocimiento, no sólo del peligro o del daño sino del propio estado. Entonces las gentes parecen estólicas, cumplen como autómatas el mínimo de reacciones neurovegetativas para su pervivencia pero carecen de iniciativa, de pena o de emoción, ni aun ante los mayores y más catastróficos acontecimientos. Por mucho que a un observador superficial pueda parecerle que esas gentes “ya” no sienten miedo, la verdad es que éste, al encronizarse y profundizarse en todo su territorio orgánico, las ha envuelto tan completamente en su*

eclipsados pelo fatalismo da agressão, não seria um cidadão civil que teria o domínio espartano de sua situação psíquica, para representar os limites da necessidade da ação defensiva. A agressão injusta contra a vítima seria uma causa de determinação anormal de vontade, que suprimiria a acessibilidade ao conteúdo da norma permissiva, em virtude do estado de perturbação de ânimo do defendente.²⁴⁸

Sobre os afetos exculpantes, não nos parece correto, *prima facie*, a isenção de pena somente em razão dos afetos astênicos. Seria possível verificar em certas situações que na mesma conduta concorram, por exemplo, afetos astênicos e estênicos (ex: medo + raiva). Segundo Tavares, apesar de o Código Penal alemão apenas levar em conta os sentimentos fracos como condições determinantes da exclusão da culpabilidade, entende o autor que se os afetos estênicos sucederem de outros fatores diferentes da agressão sofrida pelo agente, poderiam também desaguar em uma confusão mental que impeça a ação conforme à norma.²⁴⁹

Pinker, ao analisar o cérebro, descreve uma rede de regiões, que tem sido chamada de sistema do circuito da raiva, semelhante ao existente em outros mamíferos, como, por exemplo, os felinos. Esse circuito seria um dos muitos que controlariam o estado da agressividade e de determinadas formas de violência na pessoa. O autor expõe, por exemplo, o estado de “pânico agressivo”, que se daria quando um oponente enfrentasse outro em estado prolongado de medo. Nesses casos, o medo converter-se-ia em raiva e o indivíduo poderia irromper em fúria violenta.²⁵⁰ Avançando no estudo da neurobiologia da violência, o circuito da raiva seria uma estrutura de forma decrescente: do córtex orbital para a amígdala, para o hipotálamo, para a substância cinzenta periaquedutal e para os programas motores. O autor conclui que os sistemas do medo e da raiva, apesar de diferentes, interagem entre si, pois são conduzidos de forma neurobiologicamente semelhantes, da substância cinzenta periaquedutal (órgão do mesencéfalo), para o hipotálamo e a amígdala. Assim, um

manto y las ha paralizado y anestesiado de tal modo que no pueden destacarlo, pues ellas mismas "son" su imagen representativa; ocurre así algo semejante a lo que pasa con nuestra sombra al extinguirse la luz: no podemos verla a fuerza de estar totalmente envueltos por ella.” Obra cit., pág.42

²⁴⁸ PUFENDORF, obra cit. pág 51: “*it is not usual to be scrupulous about details because of the mental turmoil caused by imminent danger. For a person panicking in such danger cannot carefully look around for all the ways of escape as one might who considers the situation with a calm mind.*”

²⁴⁹ TAVARES, Juarez. Fundamentos de Teoria do Delito. *Idem ibidem*, pág.500

²⁵⁰ PINKER, Steven. *Idem ibidem*, pág.1.460

medo leve poderia conduzir à fuga, mas um medo grave poderia deflagrar um raivoso ataque defensivo.²⁵¹

Dessa forma, parece-nos que não seria possível negar aprioristicamente a exculpação de condutas praticados sob a autoridade de afetos estênicos, *v.g.*, a raiva, considerando-se que a causalidade dessas emoções proviria dos mesmos órgãos responsáveis por processar as decisões fundamentais de como se comportar, bem como pela liberação de hormônios, entre os quais a adrenalina, na corrente sanguínea. Ora, se o fundamento da exculpação do excesso, pelo medo insuperável, seria uma perturbação de ânimo em razão do condicionalismo exógeno da agressão, a decisão de classificar, em bases estritamente político-criminais, a emoção em forte ou fraca não seria um meio de moralizar a defesa como psicologicamente normal ou anormal?

Roxin argumenta neste ponto, que por razões de prevenção geral, seria necessária a punição de indivíduos que manifestassem impulsos agressivos proibidos, sob pena de uma grave perturbação da paz jurídica²⁵². Essa tese não seria a mais adequada. Primeiramente, pelo princípio da causação da situação de conflito, que conforme já estudado, caberia ao agressor suportar as consequências da ação defesa contra a sua ação dolosa, cessando-se, assim, o dever de solidariedade. Não nos parece que a pena cumpria qualquer finalidade preventiva ao punir indivíduos que repelisses uma agressão injusta em estado de fragilidade psíquica. Em segundo lugar, sustentar a punição nessas situações seria o equivalente à hipótese da legítima defesa proposta por Ferri, na qual a defesa deveria expressar uma vontade virtuosa do defendente, nos termos da teoria ética do perfeccionismo. Olvidar-se da realidade subjetiva da legítima defesa e motivar a punição do excesso com base em constituições emocionais fortes ou fracas não passaria de uma moralização indevida da personalidade do agente. Mira y Lopes, ao analisar a psicologia das atitudes morais, distribui os tipos morais em três grupos: i) medroso, desconfiado, pessimista, inseguro

²⁵¹ PINKER, Steven. *Idem ibidem*, pág.1491 a 1502.

²⁵² ROXIN, Claus. *Idem ibidem*, pág.932.

e submisso; ii) colérico, ambicioso, dominante, rebelde, ciumento e iii) amoroso, tolerante, simpático, generoso e criativo.²⁵³

Ora, vincular as emoções em astênicas e estênicas, para fins de isenção de pena, sobretudo quando as forças motrizes dessas circunstâncias emocionais adviriam das mesmas estruturas do córtex cerebral, hipotálamo e amígdala, não seria uma opção político criminal atuarial, para formular estratégias preventivas contra determinados perfis de criminosos? Pune-se o perfil vingativo e desculpa-se o perfil submisso. Parece-nos que haveria, aqui, uma ofensa ao princípio da lesividade por incriminar perfis de pessoas que, ao invés de fugirem, preferem opor resistência tenaz à agressão.

²⁵³ MIRA Y LOPES, E. *Manual de Psicologia Jurídica*, 6ª ed, Libreria "El Ateneo" Editorial, pág.72

CONCLUSÃO.

A presente dissertação buscou empreender um estudo sobre a legítima defesa, especialmente do excesso, considerando-se a necessidade de aplicação do instituto à luz de uma perspectiva onto-antropológica, baseado no instinto de conservação da vida e na realidade biológica do ser humano.

A legítima defesa tem uma função preventiva geral e especial. Por esse fundamento, contra o autor doloso, não haveria nenhuma contrapartida exigível de proporcionalidade de meios do defendente, que não estaria limitado pelo princípio da solidariedade. Pela eficácia preventiva da referida excludente de ilicitude, o agressor poderia ser advertido, subjugado e sofrer danos mais graves pela ação de defesa em relação ao seu ataque ilícito. Diferente seriam as hipóteses de agressões de inimputáveis e de autores de injustos culposos, que não poderiam ser coagidos diretamente pela ação de defesa a renunciar às suas condutas, sendo o caso de aplicação do estado de necessidade, limitado rigidamente pelo princípio da proporcionalidade.

A legítima defesa deveria ser compreendida como um problema de limitação qualitativa de direitos. Assim, para se afirmar por uma legítima defesa absoluta diante de um injusto doloso, dever-se-ia analisar se a conduta do autor e do defendente afetam o mesmo bem jurídico ou desviam-se qualitativamente. A existência desse limite qualitativo teria uma função corretiva, qual seja, afastar desproporcionalidades absolutas no procedimento de afirmação do direito, que a consequência da finalidade preventiva da legítima defesa poderia causar. Com efeito, a ofensa de determinados bens jurídicos pela conduta do autor, implicaria, simultaneamente, em uma equivalente renúncia desses mesmos bens jurídicos em caso de reação do agredido. Trata-se de uma hipótese de autocolação em risco do ofensor pela aplicação do princípio da responsabilidade pessoal ou princípio da causalidade da situação de conflito pela vítima da intervenção. Aquele que co-determina a existência do conflito deve suportar as respectivas consequências.

A base subjetiva para a não imputação do excesso da legítima defesa seria explicada pelo estado de incapacidade psíquica – *propter perturbationem animi* - que o

agredido experimentaria em decorrência da agressão. O instinto de autopreservação e o agravo emocional retirariam do deficiente a capacidade de poder de decisão em conformidade com uma ação completamente livre e racional. O fundamento jurídico para a não punibilidade do excesso seria, portanto, a inexigibilidade de conduta diversa, causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Nesse sentido, não somente os afetos astênicos teriam o poder de conformação da conduta, mas, também, os afetos estênicos, considerando-se que o circuito do medo e da raiva seriam neurobiologicamente estruturados de forma semelhante para processar a informação. Selecionar quais seriam os sentimentos exculpáveis representaria uma opção político criminal atuarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALMADA, Célio de Melo. *Legítima Defesa: legislação, doutrina, jurisprudência, processo*, Ed. José Bushatsky, 1981.

AMARAL, Rodrigo. *Existe um direito de legítima defesa?* JOTA Info, 2019.

AMELUNG, Knut. *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político criminal de Roxin: El sistema moderno de Derecho Penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, Tecnos, 1991.

AMERICANO, Odin Indiano do Brasil. *Legítima Defesa, estudo técnico jurídico do instituto da legítima defesa*, Ed. Imprensa Oficial Belo Horizonte, 1949.

ASUÁ, Luis Jiménez de. *Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito*, Abelado-Perrot, Editorial sudamericana, 3ª ed, 1958.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado sobre las pruebas judiciales*. J.L. Monereo: Granada, 2001.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal Parte Geral*, Tomo II, Coleção Coimbra Editora, 1970.

BINDER, Alberto. *Introducción al derecho penal*, 1ª Ed, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 16ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, Marlene Lessa Vergílio. *O Pro Milone de Cícero: tradução e estudo da invenção*, https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8143/tde-26042012094638/publico/2011_MarleneLessaVergilioBorges_VRev.pdf

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*, 2ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo 1º, Ed.Forense, Rio de Janeiro, 1967.

BULFINCH, Thomas, *O livro de ouro da mitologia: (a idade da fábula): histórias de deuses e heróis* / Thomas Bulfinch; tradução de David Jardim Júnior — 26a ed. — Rio de Janeiro, 2002.

CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal Parte General Tomo I*; tr. del italiano por Octávio Béeche Argüello y Alberto Gallegos Pacheco, 1ªEd., San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental, 2000.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español: parte general, Vol.II*, Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral, 7ª ed, rev.atual.ampl.*, Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*, 1ª ed., São Paulo, Atlas, 2015. – (coleção Ciência Criminal Contemporânea; v.3 / Cláudio Brandão, coordenador).

CUELLO CONTRERAS, Joaquim. MAPELLI CAFARENEA, Borja. *Curso de Derecho Penal Parte General*, terceira edición, Tecnos, 2015, pág.222.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal; Coimbra, 2007.

DONNA, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, imputación delictiva, Buenos Aires, Astrea, 1995.

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro Comentado, Volume II (primeira parte), Parte Geral (arts.1 a 41)*, 3ª Ed., Distribuidora Récord Editora, Rio de Janeiro, 1961.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; Paz, Miguel Ángel Núñez; Oliveira, Willian Terra de; Brito, Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*, Revista dos Tribunais, 2011,

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, parte geral, 14ª ed, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*, 4ª ed., rev., atual. e ampliada. – Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, Vol.I, Tomo I, 7ª Edição revista e atualizada, São Paulo, Saraiva, 2010.

GOLEMAN, Daniel. *Inteligência emocional*. tradução Marcos Santarrita. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. recurso digital.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, 5ª edição revista, atualizada e ampliada, Série as ciências criminais no Século XXI, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GOULART, Henny. *O Excesso na Defesa*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade, *In: Silva Dias e outros (coords.), Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Almedina, 2009.

GRECO, Luís. *Proteção de Bens Jurídicos e Crueldade com Animais*. Revista Liberdades nº3, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: volume I parte geral*, 8ª ed, Rio de Janeiro, Impetus, 2007.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. 1ª Ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

HONTZ, Thomaz A. *Justifying The Deadly Force Response*, Disponível em: <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.549.281&rep=rep1&type=pdf>

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, Vol. I, Tomo 2º, Rio de Janeiro, Ed.Revista Forense, 1955.

JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal Parte General: fundamentos y teoria de la imputacion*, 2ª ed, Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores, Del Rey, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 5ª ed, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. V.1., São Paulo, 27ª Ed, Saraiva, 2003.

LEANDRO, Allan Antunes Marinho, *Armas de Fogo e Legítima defesa: A desconstrução de oito mitos*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016,

LEMOS, Sobrinho Antonio. *Da Legítima Defesa*, Ed. Saraiva, 3ª ed, São Paulo, 1939.

LEWINSK, William J. *New Developments in Understanding the Behavioral Science Factors in the "Stop Shooting" Response*. Law Enforcement Executive Forum, Illinois Law Enforcement Training and Standards Board Executive Institute Western Illinois University, 2009,

LINHARES, Marcelo Jardim. *Legítima Defesa*, 2ª Ed, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*, traduzido e comentada por José Hygino Pereira, F.Briguiet & C. Editores, 1899.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Legítima defesa e estado de necessidade em favor dos animais? Reflexões em torno de uma nova hermenêutica*, Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 19, n. 76, 2020.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*, 1ª ed, Martins Fontes, São Paulo, 1998.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones De Derecho Penal Parte General*, 3a edición ampliada y revisada, Tirant lo Blanch, Valência, 2016,

MAGALHÃES, Délio, *Causas de Exclusão de Crime*, 2ª Ed, Saraiva, São Paulo, 1968.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo 3, Primeira Parte, Teorias Generales, Ed. Ediar Soc. Anón. Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1949.

MARTÍNEZ BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Parte General, Tirant lo Blanch, 2016.

MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *Crime e Exclusão de Criminalidade*. Legítima Defesa. Estado de Necessidade. Exercício Regular do Direito. Estrito Cumprimento de Dever Legal. Ed. Bernardo Alvares S.A, 3ª edição, 1962.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Libro de Estudio: parte general* Editorial bibliografica argentina S.R.L., 1958.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, Vol.1: parte geral, 28ª ed.rev., Ed.Atlas, 2012.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed, Ed.Reppertor, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Fabris, 1988.

MUÑOZ CONDE, Francisco/ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch libros, Valência, 2010.

MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*, 1ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

MIRA Y LOPES, Emílio. *Cuatro Gigantes Del Alma El miedo – La Ira – El amor – El deber*, 14 Ed., Ediciones Lidium, Buenos Aires.

MIRA Y LOPES, E. *Manual de Psicologia Jurídica*, 6ª ed, Libreria "El Ateneo" Editorial.

MOLINA FERNANDEZ, Fernando. *Error de tipo derivado de anomalias o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito*. Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat / coord. por Carlos García Valdés, Margarita Valle Mariscal de Gante, Antonio Rafael Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao, Vol. 2, Editores Edisofer, 2008.

MOURA, Bruno de Oliveira. *A Não-Punibilidade do Excesso na Legítima Defesa*, 1ª Ed, Coimbra Editora S.A, 2013

MURILLO, José Luis Serrano Gonzáles de. *Alcance De La Legítima Defensa En El Delito De Chantaje* (Art. 171, 2 Y 3, Cp). *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, 3ª Época, N.1 (2009).

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, Volume 1, Introdução e Parte Geral, 38ª Ed., São Paulo, Saraiva.

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

PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral – A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. 5ª Ed, AAFDL Editora, 2020.

PINKER, Steven. *Os bons anjos da nossa natureza : Por que a violência diminuiu / Steven Pinker*; tradução Laura Teixeira Motta. — 1a ed. — São Paulo : Companhia das Letras, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, Volume 1: Parte Geral, arts.1º ao 120. 6ª ed.rev.atual e ampl.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PUFENDORF, Samuel. *On the Duty of Man and Citizen According to the Natural Law*, Cambridge University Press, 1991.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal Parte Geral, 6ª ed.,ver. e ampliada*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, S.A., 1997.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal/Claus Roxin*; Tradução: Luís Greco, Renovar, 2002.

SILVA, Antonio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentando Vol.I*, Senado Federal, Conselho editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Marías. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Direito e Ciências e afins; v.6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira).

SIMONS, Kenneth. *Self-Defense: Reasonable Beliefs Or Reasonable Self-Control?* New Criminal Law Review, Vol. 11, Number 1.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto.847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)*, Senado Federal, Conselho editorial, 2003.

SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino, Tomo I*, Ed. La Ley Bs. Aires, 1945.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Curso de direito penal: parte geral/* Artur de Brito Gueiros Souza, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. -, Rio de Janeiro:. Elsevier, 2012.

SOUSA MENDES, Paulo de. *Ambulare cum telo era tentativa de homicídio, In: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Almedina 2003.*

SOUZA SANTOS, Humberto. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo, *In: Luís Greco e Danilo Lobato (coords.) Temas de Direito Penal Parte Geral, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.*

TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *A Legítima Defesa: da fundamentação teórico-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática, Coimbra Editora, 1995.*

TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo, 3ª Edição integralmente revista e ampliada, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.*

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito, 1ª ed.- Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.*

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal, 2ª Edição revista e ampliada, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.*

TEIXEIRA, Antonio Leopoldo. *Da Legítima Defesa: estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal, Belo Horizonte, Del Rey, 1996.*

TOLEDO, Francisco Assis. *Princípios básicos de direito penal, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.*

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal, 4ª ed, São Paulo, Atlas, 2014.*

VASCONCELOS, Francisco Pavón. *Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General, Editorial Porrúa, 2012.*

VENZON, Altayr. *Excessos na legítima defesa, Porto Alegre, Fabris, 1989.*

VERGARA, Pedro. *Da legítima defesa subjetiva, 4ª ed, Belo Horizonte, Del Rey, 1990.*

VIANNA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo, 1ª ed, São Paulo, Marcial Pons, 2017.*

VON LHERING, Rudolf. *A Luta pelo Direito*, 19ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

WARD, Cynthia. *Stand Your Ground and Self Defense* (2015). Faculty Publications.1800. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1800>.

WARREN GAYLAN, *Reaction Time - Lethal Force Encounter Shooting Scene Considerations*. Disponível em: <https://justiceacademy.org/iShare/Library-OIS/RctnTm.pdf>,

WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Princípios de Direito Penal*, 2ª Ed.rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte General*, Ed.Roque Depalma, Buenos Aires, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*, volume 2, tomo 2 / Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista; Alejandro Alagia; Alejandro Slokarl, Rio de Janeiro, Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*, volume 1: parte geral/ Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. – 7.ed.rev. e atual.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZIMMERMANN, Egberto. *Criminologia e Natureza Humana: possíveis contribuições da psicologia evolucionista para o estudo da criminalidade*, Nuria Fabris, Porto Alegre, 2011.