



---

**ARTIGOS****Legítima defesa e exclusão da ilicitude: releitura doutrinária, em contributo para a interpretação do art. 25 do Código Penal brasileiro.****Álvaro Mayrink da Costa**

Doutorado (UEG). Professor Emérito da EMERJ. Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

**I - Antecedentes históricos**

1. O primeiro Código latino-americano que inscreveu o instituto da legítima defesa foi o nosso, de 1830, que serviu de base às demais legislações. Entre os antecedentes históricos da instituição, Feuerbach (1801) desenvolveu em seu tratado um *amplo conceito* de legítima defesa, reproduzindo com fidelidade as disposições do *Digesto* sobre o problema. Em relação ao preconceito moderno, converte-se o instituto em um direito subsidiário, visto que o *moderamen* de sua *inculpataetutela* fica condicionado ao emprego da força privada apenas no caso de impossibilidade de amparo pela força pública. A concepção ampla e objetiva que vem desde Feuerbach orientou o Código bávaro (1813), o Código austríaco (1852), o Código alemão (1871) e o Código espanhol (1848). Extrai-se, ademais, que não é ilícita a agressão que é autorizada pelas normas jurídicas e pode-se afirmar que também incide no campo da ilicitude a agressão que é aceita por *normas*



---

**ARTIGOS**

*permissivas* como “*intervenção*”, valendo o *princípio da acuidade da ordem jurídica*.

2. A partir da metade do século XIX, o instituto da legítima defesa progride, constituindo-se na mais importante e nítida causa de justificação, quer diante da própria *ratio* e fundamentos, como também em relação aos seus pressupostos e ao âmbito de seus efeitos. Na Alemanha, e a partir do prussiano *StGB* de 1851, a disposição legal da legítima defesa conseguiu manter-se até nossos dias, cristalizando-se em uma ideia absoluta, por inspiração hegeliana, de que *o direito não tem que ceder perante o ilícito*. Cita-se Maurach (1965), que escrevia que nenhum instituto da Parte Geral foi, até o presente, tão nítido em seu significado, consequências e peculiaridades como a legítima defesa. Pode-se dizer, repetindo Taipá de Carvalho, em *A Legítima Defesa*, que a atual *erosão dogmática* da legítima defesa possui como epicentro as *limitações éticossociais*. Há um preceito no espírito da abstração, da mentalidade fundamentalista e da visão maniqueísta, dando origem à consciência e à preocupação de *humanização* no sistema social e jurídico-penal. Nosso Código Penal normatizou a legítima defesa *após* o estado de necessidade, partindo da ideia de que aquela decorre do *direito de necessidade*, possuindo requisitos que a diferenciavam deste, em razão do *princípio da especialidade*, “*guardando uma relação de espécie ante o gênero estado de necessidade*”, desde o antigo pensamento germânico.



---

**ARTIGOS****II - Duplo fundamento da legítima defesa**

1. A legítima defesa tem um duplo fundamento: **a) princípio da autoproteção**; e **b) princípio da reafirmação do Direito**. Não se destina tão só à proteção do bem jurídico agredido injustamente, mas também serve para *reafirmar a prevalência do Direito* sobre o injusto. Daí, duas consequências teóricas e pragmáticas: **a)** não está submetida ao *princípio de ponderação dos bens jurídicos*; **b)** autoriza a lesão de bens *mais valorados* do que aqueles que são defendidos, sempre que seja *necessário* o exercício de defesa; **c)** a causa justificante está submetida a uma série de *restrições éticossociais*. O fundamento da defesa *necessária, própria* ou de *terceiro*, é pautada pelo princípio de que “*o Direito não necessita ceder diante do injusto*”, preservando-se a ordem jurídica, *independentemente* da existência de outros meios alternativos de proteção. A *ratio* funcional da legítima defesa situa-se na *defesa de bens jurídicos* contra *agressões ilícitas, atuais* ou *iminentes*. Na dinâmica da prevenção edifica-se o *fundamento supraindividual ou social* da legítima defesa, que é o interesse da comunidade jurídica na autoproteção individual (comunitários de fruição individual) contra quaisquer tipos de violação aos bens por ela tutelados.

2. Quando se afirma que a legítima defesa realiza uma *função geral preventiva* de fazer *prevalecer* ordem jurídica, cumpre também a *função de proteção dos bens jurídicos individuais*. Todavia, entre os autores que se posicionam no *duplo fundamento* da legítima defesa,



## ARTIGOS

discute-se a *primazia* de um sobre o outro. Uma corrente sustenta que no *plano individual* a fonte é, “*em primeira linha, a necessidade do sujeito*”, ou que sua causa última é o *instinto de conservação*. Ou como pensa Jescheck, no *Lehrbuch*, que “*segue preponderando a consideração individualista, como correspondente da corrente liberal*”. A *defesa dos bens particulares* não seria senão um *meio da defesa do Direito*, sendo a *afirmação* ou a *permanência* da ordem jurídica frente ao injusto o “*princípio fundamental*”. A *agressão antijurídica* é a *característica essencial do direito de legítima defesa*. O fundamento da *eximente* é duplo: **a)** um *lado individual*, consistente na *necessidade de defesa do bem jurídico particular*; **b)** um *lado supra-individual*, isto é, a *necessidade de defesa do ordenamento jurídico*.

### III – Conceito

A legítima defesa é a *reação adequada* dirigida à *proteção* de um *bem* ou *interesse* tutelado, *próprio* ou de *terceiro*, quando *ameaçado* por uma *agressão injusta*, *atual* ou *iminente* e *não* provocada. O *fundamento* da legítima defesa foi resumido na *necessidade* da defesa dos *bens jurídicos* e do *ordenamento jurídico*, pois o Direito *não* pode ceder diante do injusto, tendo a *eximente* a natureza de *causa de justificação*.

### IV - Natureza jurídica da legítima defesa

É um direito de intervenção, cujo exercício pressupõe



---

**ARTIGOS**

uma *situação legítima* que permite e justifica a *prática da ação* e do *exercício do direito de legítima defesa*. Se a ação de defesa é *conforme o Direito*, não pode ser ilícita, não constituindo um injusto, e a conduta estará justificada. As *consequências da natureza* são as seguintes: **a) contra a legítima defesa não cabe legítima defesa**. Aduz-se que o caráter ilícito da agressão *não* inviabiliza a possibilidade de uma legítima defesa contra uma legítima defesa. Para Zaffaroni, no *Manual de Direito Penal Brasileiro*, “ninguém pode defender-se legitimamente contra quem, por sua vez está defendendo legitimamente”. Se for uma *causa justificante* e se a ação de defesa for lícita, conforme o Direito, *não* pode constituir-se em uma *agressão ilegítima*. Contra a legítima defesa *não* cabe estado de necessidade; **b) na legítima defesa a participação é impune**. Se não constitui algo antijurídico, mas sim um *ato lícito* do agredido, a *participação* (indução, cooperação, cumplicidade) *não* supõe *incitar* ou *ajudar* a realizar algo não permitido e indesejável, eis que há de ser admitida como lícita. A *natureza da participação* na própria defesa se depreende do caráter da defesa de terceiros (parentes ou estranhos). A *defesa de um terceiro* é lícita pelo fundamento de que ela em qualquer de suas formas é *objetiva* e não subjetiva; **c) eximir da responsabilidade civil** é a última consequência da legítima defesa como *causa de justificação*. Entende-se que dentro do ordenamento jurídico o indivíduo tem o direito de defender-se ou não, pois o direito não lhe pode impor a obrigação de preservar a sua integridade física, caso contrário, o suicida frustrado seria punido. A legítima defesa é um *direito de intervenção*,



## ARTIGOS

cujó exercício pressupõe uma *situação legítima* que *permite e justifica* a prática da ação de legítima defesa, isto é, o *exercício do direito* de legítima defesa.

### V – Requisitos da legítima defesa

#### 1. Injusta agressão

1.1. A *agressão* é a realização de uma ação dirigida à produção de um dano a um bem jurídico. O vocábulo “*agressão*” pode ser tomado em uma *dupla acepção*: em sentido genérico ou em sentido específico. A doutrina, a partir da segunda metade do século XIX, passou a entender que a agressão implica o emprego de força, de violência. A doutrina dominante *não* adota a força ou a violência material como elemento *imprescindível*, mas como *um ato contrário ao direito de outrem*, dando amplitude necessária para adaptá-la ao instituto da legítima defesa. A doutrina imperante entende que *não* implica nota de *violência física*, sustentando que é a *lesão de um direito*. A ilicitude deriva da violação das normas de qualquer segmento do ordenamento jurídico, *não* se exigindo que se trate de um injusto penal. O Direito Penal protege os *bens jurídicos* mais relevantes diante das formas mais graves de agressão, observado o *princípio da intolerabilidade* macrossocial. São defendidos *todos* os bens jurídicos de que seja portador um indivíduo ou uma pessoa jurídica, ainda que *não* gozem de proteção jurídico-penal.

1.2. Questiona-se se a *agressão ilegítima* a



---

**ARTIGOS**

determinados *bens jurídicos patrimoniais* só admitiria a legítima defesa quando acompanhada de um *ataque* também à *pessoa* (proprietário, possuidor, detentor, morador), inclusive na defesa da *honra pessoal* e da *liberdade sexual*. Há legislações que impõem especificamente *limitações* na legítima defesa de *bens patrimoniais* e *moradia* através de *definição especial* para tais bens jurídicos. O Direito pátrio *não* abriga *cláusula geral de limitação do exercício da legítima defesa*, que fica subordinada ao *emprego moderado dos meios necessários*. O Direito pretoriano coloca em destaque a questão da *legítima defesa da honra* e os limites. A definição de *agressão ilegítima* na violação de domicílio (entrar, permanecer ou ficar contra a vontade) é supérflua. É de notar que os *agentes do Estado* exercem *função pública* e *devem* repelir a agressão injusta. No que concerne ao reconhecimento da legítima defesa, ficam limitados aos *atos de ofício na proteção da ordem pública*, das *pessoas* e do *patrimônio*, pois *ex vi* do art. 144 da Carta Política cumprem um *dever legal*. Advirta-se que não podem *violiar o dever legal* ou *atuar com abuso de poder*, pois estariam violando a proteção dos cidadãos. O projeto do ministro da justiça e segurança pública, que se transformou no Senado Federal no PL nº 6.341/2019, que inseria no art. 25 do Código Penal o parágrafo único com a seguinte redação: “*I – O agente de segurança que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem*”, foi corretamente afastada pelo Congresso Nacional, tal ampliação. Foi mantido o inciso II: “*Observados os*



---

**ARTIGOS**

*requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele a agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crime”. Rejeitado pelo Congresso Nacional, buscava inserir a cláusula constante no § 33 do Código Penal alemão, “Überschreitung der Notwehr” (“Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehraus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft”), que se traduziria “Se o agressor ultrapassar os limites da autodefesa devido à confusão, medo ou terror, ele não será punido”, a qual foi acolhida no art. 33, nº 2, do Código Penal português (“O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto não censuráveis”). Na hipótese da sugestão brasileira, estaria oficializada a pena de morte em qualquer situação de conflito entre agentes públicos e residentes periféricos (Vide Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019).*

1.3. Por outro lado fixa-se um *estágio anterior à agressão*, que é o *perigo*, a *ameaça* ou o *risco* para o bem jurídico. Há uma variante doutrinária que diz que a agressão não é exatamente o *perigo*, mas a *provocação* do perigo. Já outra corrente advoga que a agressão é a *modificação* ou *colocação* a um *perigo de um estado existente e juridicamente protegido*. Entende-se que *agressão* é a *realização* de uma *ação* direcionada à produção de *lesão* a um bem jurídico, isto é, supõe a *consciência* e a *vontade* de *lesioná-lo*. Assim, uma ação cega, puramente causal, produto da ausência do cuidado devido, *não* configura uma agressão. Escreve Welzel que “*por agressão (Angriff) deve*



---

**ARTIGOS**

*entender-se a ameaça de lesão de interesses vitais juridicamente protegidos, provenientes de uma conduta humana*". É neste sentido que se posiciona a doutrina dominante. Schmidt resume sua posição afirmando que "*o ataque é geralmente idêntico com a ação*" (*Der Angriff ist vielmehr mit der Handlung identisch*), para não incidir no *excesso punível*.

1.4. Discute-se se um *comportamento omissivo* pode constituir ou não uma agressão. Se a *agressão supõe uma ação*, coloca-se o problema de saber se cabe considerar agressão os movimentos corporais que produzem modificações no mundo exterior e que concretamente coloca em *perigo* um bem jurídico. Todavia, há aqueles em que a doutrina penal *nega* o caráter de ação por faltar-lhes um elemento, isto é, *a dependência ou controle da vontade*. Binding, no *Handbuch des Strafrechts* (1885), admite a legítima defesa contra "*quem se encontra em um estado convulsivo*" (ataque epilético), sustentando que há legítima defesa sempre que seja "*agredido sem direito*". Na mesma esteira Von Bar, no *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, cita o caso de "*uma pessoa que por acidente em uma janela cai sobre um transeunte, ou que o coloque em perigo ao cair*", dizendo que todos estes *pressupostos não* são problemas, concebendo a legítima defesa contra "*toda agressão que ponha em perigo a esfera jurídica do indivíduo e parta de qualquer ser ou objeto*". Utebach aceita a legítima defesa frente à *agressão de incapazes*, enquanto Dreher, no *StGB* (1976), afirma que o movimento de uma *pessoa que dorme* pode constituir-se em uma agressão. Para Welzel, a



---

**ARTIGOS**

*agressão* deve ser uma *conduta positiva* e jamais um “*puro não fazer nada*”, sendo também a realização de um injusto de *comissão por omissão*. A doutrina menciona *vários exemplos*: **a)** o da pessoa que desmaia e se projeta sobre outra; **b)** o risco de lesões de pessoas ou objetos pelos *movimentos reflexos* de um ataque de epilepsia; **c)** os movimentos de quem está inconsciente ou dorme, do sonâmbulo, do hipnotizado, do constrangido por força irresistível. Ora, pela *falta de ação não* se poderia falar de ilicitude; aliás, a *falta de agressão* exclui os pressupostos da órbita da legítima defesa. Qualquer tipo de *movimento reflexo* (tique nervoso), isto é, independentemente da vontade do autor, encontra-se abrigado no tema referido. Ressalvadas as hipóteses da *actio libera in causa* (se a falta de ação do último momento pode reduzir-se a uma ação anterior que seja sua causa), *haverá* uma ação que, em princípio, pode servir de *fundamento à agressão*. Há penalistas alemães que pensam que frente aos *perigos não provenientes de uma ação*, não pode ser afastada a hipótese da legítima defesa para que não fiquem os bens em perigo indefesos (v.g.: A hipnotiza B, ordenando-lhe que corte a orelha de seu inimigo C; este, para impedi-lo, não tem outra opção senão disparar sua arma contra B, matando-o). Nesta hipótese, a morte *não* estaria equiparada ao *estado de necessidade*; o homicídio está desvalorado pelo corte da orelha, que significaria proibir C de *repelir* do único meio eficaz e suportar a mutilação.

1.5. A maior parte da doutrina *admite* a possibilidade de uma *agressão por omissão* da parte de quem tem o *dever*



---

## ARTIGOS

*jurídico de atuar* (v.g.: se um terceiro exige a A, que possui a chave do cofre, que se fechou só, que o abra, tal violência justifica-se por *legítima defesa de terceiro*). A *omissão própria* não configura agressão suscetível de legítima defesa (v.g.: o motorista A ao passar pela rua com seu veículo se nega aos apelos de populares a transportar o atropelado B para o hospital mais próximo. Pergunta Roxin: pode ser obrigado mediante emprego de violência a fazê-lo?). Uma vertente sustenta que a *omissão própria* é *suficiente* como *agressão*. Critica Roxin, corretamente, observando que a *omissão própria* não seria punível como lesão ao bem jurídico, bem como *não* fundamentaria uma agressão. Não exclui o emprego de violência para coagir o motorista a salvar a vida do acidentado, regida pelos *princípios de ponderação do estado de necessidade*.

### 2. Agressão ilícita

2.1. A agressão há de ser *antijurídica* ("injusta agressão"). A ilicitude da agressão é definida pelo desvalor da conduta, sendo irrelevante no plano penal a ocorrência ou não do resultado típico. Diz Fischer, no *Rechtswidrigkeit*, que o significado dogmático de legítima defesa para a teoria da antijuridicidade tem como fundamento a definição de legítima defesa estar contida no *conceito de ilicitude* de modo duplo: **a)** na exigência da agressão *ilícita*; **b)** na declaração de que a legítima defesa é uma *eximente*. A *ilegitimidade* equivale à *ilicitude*. A significação da ilicitude da agressão poder ser objeto de duas concepções: *objetiva* e *subjetiva*. Vê-se que, na *primeira*, se remete ao



---

**ARTIGOS**

*conceito geral de antijuridicidade*. O desvalor da ação se determina de um modo geral-objetivo, razão pela qual Dencker, no *Notwehrgegen Unterlassen* (1953), fala em agressões “*objetivamente antijurídicas*”. Na *segunda*, não pode ser justificada pelo desvalor do resultado, porque exige o *desvalor da ação*. Valora-se a *agressão*, a *atuação* do sujeito que agride.

2.2. No *caso fortuito*, há os que consideram que o *dever de diligência* pertence ao injusto, de modo que, se uma pessoa *não* atua culposamente, mas com diligência devida, a conduta *não* é ilícita. Desta forma, sob tal concepção, *inexiste agressão antijurídica*, pois o agredido *não necessita* suportá-la. Questionam-se os fundamentos que consideram agressões ilícitas as condutas não proibidas e em alguns casos plenamente conforme o Direito. Ora, tal concepção dá a ideia de que deve ser ilícita *toda* agressão que afete um direito ou um bem juridicamente protegido. Coloca-se em destaque a *necessidade de proteção* do bem em perigo, concebendo-se como *único* fundamento da legítima defesa a *necessidade de defender* o bem jurídico individual, desconhecendo-se o aspecto *supraindividual* da defesa do ordenamento jurídico frente ao injusto. Tal posição *não* deve ser aceita por dois motivos: **a)** se na agressão do ofendido deve buscar-se um conceito de antijuridicidade distinto do usual, *não* há por que situar-se do ponto de vista do agredido, mas *não* do agressor; **b)** se o legislador ao falar de *ilicitude* (o nosso fala de agressão “*injusta*”) na regulamentação da legítima defesa procurou algo distinto. Ora, se a lei *não* fala em *agressão* e sim em



---

**ARTIGOS**

“*agressão injusta*” (ilícita), trata-se de algo *reprovável, desvalorado, negativo* perante o Direito, razão pela qual *admite* a legítima defesa. Se esta tem uma entidade própria e concebe faculdades mais *amplas* é porque há necessidade de afirmar que o ordenamento jurídico é atacado frente ao *ato reprovável do agressor*, deixando de ter sentido, porém, quando se trata de agressão não proibida.

2.3. Tais *teorias* acima expostas se opõem às que *concebem a antijuridicidade da agressão* como algo *subjetivo*. Para que a agressão seja antijurídica não lhe basta infringir *objetivamente* o ordenamento jurídico, mas é também necessário que parta de um sujeito que *compreenda a sua significação* e que esteja em *condições de comportar-se de outra maneira*, isto é, *que seja culpável*. Contudo, se há *ausência de culpabilidade* em razão da *inimputabilidade*, a atuação do inimputável é ilícita, e como tal constitui *agressão* (v.g.: se o menor A agride injustamente B com uma barra de ferro e este, com um tiro, vem a matá-lo, obra em legítima defesa). É admitida a legítima defesa contra qualquer ato acobertado por causa de exclusão da culpabilidade. Em sentido contrário, *sem razão*, escreve Ferrer Sama, nos *Comentários*, que “*os ataques de um inimputável não podem considerar-se como agressão ilegítima por serem incapazes de realizar pessoalmente qualquer fato com relevância jurídica*”. O Direito pode ser caracterizado como a “*soma de imperativos e proibições de caráter jurídico*” e, logicamente, o injusto é a lesão de tais imperativos.



---

**ARTIGOS**

2.4. A *concepção subjetiva* do injusto é explicada através da *interpretação* da agressão ilícita por vários penalistas. Janka, no *Notstand*, sustenta que o injusto é o enfrentar o Direito, a sua inobservância, a *vontade não conforme o Direito*. Desta forma, a *agressão* é a lesão aos interesses que o Direito tem a *missão de preservar*, sendo *viável* de dois modos: **a)** um interesse jurídico pode ser lesionado sem que a lesão proceda de uma *vontade ilícita*, isto é, *de uma vontade que se oponha ao Direito*; **b)** a lesão pode partir de uma *vontade antijurídica*, de uma vontade que, com independência *per se*, é livre ou não, que enfrenta o Direito. Quando falta “*imputabilidade*”, o *querer* não é ilícito, *não existe* um injusto em qualquer aspecto (reprova-se o conceito do injusto objetivo). Desta maneira, diz Janka que a legítima defesa se justifica “*só pelo injusto do agressor, pela antijuridicidade subjetiva da agressão*”.

2.5. No caso do exemplo da *agressão oriunda de inimputável*, nesta linha de pensamento, Lammash *não* admite a legítima defesa em razão do requisito da ilicitude subjetiva (antijuridicidade *culpável*). A propósito, não é legítimo recorrer, no caso de uma *agressão ilícita* cometida por um *inimputável*, ao princípio geral do *abuso do direito*, quando não for possível ao agredido *fugir* para evitar a agressão ou, pelo menos, *evitar* a sua concretização a um bem jurídico. Pontue-se que não há a obrigatoriedade de que a pessoa ofendida tenha que *fugir da situação conflitante*, tão só quando possível *evitar* ou *controlar* o perigo, preservando a esfera de âmbito de liberdade do ofendido. Como diz Taipá de Carvalho, em *A Legítima*



---

**ARTIGOS**

*Defesa* (1995), não há fundamento jurídico em incidir sobre a vítima um “*estado de sujeição*” à agressão. Admite-se a legítima defesa diante de *agressão praticada por inimputável*. Não se pode perder de vista a agressividade de adolescentes infratores na prática de atos ilícitos, principalmente, quando atacam em grupos desviantes. No que tange ao *inimputável violento*, instrumentalizado pelo *extraneus* (*autoria mediata*), a defesa exercida pelo defendente ou terceiro contra o *autor imediato* da agressão (*inimputável*), gira na esfera do *limite da necessidade defensiva*. O agredido poderia e teria de respeitar a *proporcionalidade* quantitativa dos bens contra o *autor mediato* com patamar na legítima defesa. Anota-se que pode haver a *defesa necessária* contra a conduta de inimputável (*emprego do meio necessário*), embora a esfera de *âmbito de permissão* fique mais restrita por *fatores eticossociais*.

2.6. Na *atualidade*, não se exige que a *antijuridicidade* requeira a *culpabilidade*, pois a separação em *ambas* as categorias “*deve ser qualificada como ponto cardeal da teoria do delito*”. As velhas reações contra a *concepção subjetiva da antijuridicidade* são enormes, sendo que Löfler, no *Die Schuldformen der Strafrechtimwergleichend* (1895), sustentava que o ataque de um louco à propriedade é antijurídico quando causa lesão ao interesse ou bem juridicamente tutelado, e não porque choca-se com proibições ou imperativos da norma. Não se adere a tal posição; a antijuridicidade *não é*, tão só, a contrariedade das normas jurídicas, que são normas de determinação do



---

**ARTIGOS**

comportamento humano, mas é *também* uma *norma de valoração* em um *duplo sentido*: **a)** quando *valora* um determinado bem digno de proteção jurídica; **b)** quando *desvalora* em consequência a conduta que, em determinadas circunstâncias, ataca o bem ou interesse tutelado. Baungartem, no *Der Aufbau der Verbrechenlehre* (1913), aponta que nas proibições ou mandados da norma são reconhecidos os elementos *do dolo e da culpa*, *não pode a norma* conter os *momentos subjetivos*, e conclui que é necessário *aceitar* que as normas dirigem-se também aos *inimputáveis*. *É falso pensar que a norma de determinação não se refira aos atos praticados pelos inimputáveis, isto é, não culpáveis*. Correta a posição de Bockelmann, no *Strafrecht*, pois é *inexplicável* uma legítima defesa em tais circunstâncias, pois o sujeito, reconhecendo a *iminência do conflito*, *não pode se abster e evitar* as lesões ou perigo para terceiros. Fica *fora* da legítima defesa, pois *não constitui* uma conduta, um *movimento reflexo ou automático*. Hodiernamente, Jescheck escreve que “*Os imperativos da norma recaem sobre todos os homens..., sem que se façam diferenças pela idade, saúde mental e capacidade de conhecimento... Os menores, os adolescentes, os doentes mentais também estão submetidos às normas jurídicas...*”. O imperativo é dirigido à *totalidade* dos cidadãos.

2.7. As *objeções* contra a *teoria dominante* são, em resumo: **a)** uma agressão culpável significa *confundir* pena e legítima defesa; **b)** o exigir que a agressão seja culpável levaria à *insegurança* na determinação da amplitude da defesa, em razão da maior ou menor culpabilidade do



---

**ARTIGOS**

agressor. Ora, tais *objeções* são facilmente *respondidas*: **a)** tal exigência não significa confundir pena com legítima defesa, que atua *a posteriori*; a legítima defesa atua no fato, embora ambas (pena e legítima defesa) tenham em comum a função de prevenção geral e intimidação; **b)** também a objeção é infundada; nenhum penalista que exige a *agressão culpável* advoga tal propositura *apenas sustentando que se a agressão não é culpável não cabe legítima defesa contra ela*. O argumento muito utilizado pela doutrina dominante consiste em que as consequências, inaceitáveis, de negar a legítima defesa contra a agressão de não culpável levariam a admitir só o *estado de necessidade*. Aliás, uma forte corrente, que melhor se posiciona, declara que em princípio *não* está excluída a legítima defesa contra os *inimputáveis*. O *estado de embriaguez* é *incompatível* com a legítima defesa, que requer a *consciência* do exercício do direito-dever. É óbvio que não pode invocar a *causa de exclusão da ilicitude* quem comete crime contra pessoa que em *estado de embriaguez* faz provocação. O injusto é sempre pessoal, assinalando-se que o desvalor é da conduta (ação ou omissão) do autor em relação à violação do preceito proibitivo, o que naturalmente não conduz à ilogicidade de se negar o desvalor do resultado; caso contrário, cairíamos em uma forma tautológica.

2.8. A *conduta* (ação ou omissão) do autor é *ato humano* e a *ilicitude* é a *desaprovação* do fato concreto por ele cometido, sendo a *medida da reprovabilidade* do seu atuar fixada no *quantum* da resposta penal. Deveras, a reprovação do obrar de um autor de fato em situação



---

**ARTIGOS**

objetiva de justificação (*tentativa*) implicaria uma *contradição*, pois a conduta tipicamente é *consumada* e a *justificação* do resultado não incide sobre a *tipicidade*, já configurada. Afastada a *teoria dos elementos negativos do tipo*, se A dispara sua arma contra B, matando-o em legítima defesa, comete um homicídio típico e no plano da antijuridicidade duas soluções poderiam ser aventadas, isto é, o justificado e o não justificado. A única possibilidade para que a justificação da conduta *não* seja a do *resultado* seria a *título de tentativa*, eliminando a *teoria dos elementos negativos do tipo*. No ato preparatório descabe a eximente. Ainda vale lembrar que o *conceito de injusto* oferta duas perspectivas, apresentando-se **(a)** como um juízo de desvalor que *recai* sobre um ato e **(b)** como um juízo de desvalor que se *elabora* sobre o autor desse ato.

2.9. Não é lícita a *agressão* cometida por *erro inevitável* sobre os pressupostos de uma causa de justificação, ou melhor, sobre circunstâncias fáticas que configurariam uma *situação justificativa* de ação de intervenção. No que tange às agressões dentro de *relações de garantia*, os intervenientes estão reciprocamente obrigados sob a *ameaça* e *evitação* de danos recíprocos, diante de um *dever desolidariedade*. Assim, deve o agredido procurar *esquivar-se* ou *conformar-se* com meios menos agressivos, ainda que correndo o risco de sofrer *lesão leve*. No que tange à *limitação* do exercício de defesa, quando do emprego de *meios necessários* ou de *forma imoderada*, o autor responde pelo *excesso*. Inadmite-se a violação do *princípio da proporcionalidade*, isto é, o atuar para salvar



---

## ARTIGOS

bem jurídico *irrelevante*. Roxin lembra que há casos em que o *princípio da solidariedade* é rompido *não* se podendo mais *exigir* do agredido *risco de sofrer lesões corporais graves* (v.g.: A não tem o dever de suportar os maus-tratos contínuos de seu companheiro B, inclusive lesões leves que denigram sua dignidade como pessoa humana e a convertam em objeto material da arbitrariedade de seu companheiro, *não* estando obrigada a abandonar a casa em lugar de efetivamente defender-se).

2.10. Outra questão tratada pela doutrina é a *legítima defesa diante da extorsão (chantagem)*. Para Roxin, a concessão de um *direito ilimitado de legítima defesa* seria inadequada diante do *princípio do prevalecimento e proteção do Direito*. Se a vítima pode afirmar-se contra o injusto, de outro lado, tem algo a ocultar diante da opinião pública. Para o citado jurista, “*as ideias básicas só são aplicáveis na medida restrita da conduta de proceder de própria mão contra o chantagista e, correlativamente, o auxílio de um terceiro também estará requerido de forma bastante limitada, devendo-se excluir a violência contra a pessoa do chantagista*”. Amelung considera justificada por legítima defesa a “*contradefesa comunicativa*” (enganos, ameaças para o recebimento de documentos acusatórios ou outras contra coações) e a “*fixação da conduta do chantagista*” (gravações, chamadas telefônicas).

### 3. Bens e interesses a serem defendidos

#### 3.1. A criação do *direito de necessidade defensiva*



---

**ARTIGOS**

possui como patamar a razão individual da autodefesa. A indagação proposta por Taipá de Carvalho, em *A Legítima Defesa*, é precisa: *os bens jurídicos susceptíveis de legítima defesa têm de constar de um tipo legal de crime, têm de serem bens juridicamente protegidos?* Urge responder que são susceptíveis *todos* os interesses juridicamente protegidos, seja qual for a natureza conferida pela tutela, *não* sendo exigível a *prévia* tipificação jurídico-penal. Pode-se afirmar que esta é a posição dominante na doutrina internacional. Aduza-se que a tipificação não depende tão só da *dignidade penal*, mas da *necessidade penal*. Ordeig, nos *Estúdios de Derecho Penal*, tem chamado a atenção mostrando que a legítima defesa só é permissiva contra *agressões penalmente ilícitas*. *Adere-se* a posição de Roxin quando lembra que da *função preventiva da legítima defesa* não pode extrair-se a sua *natureza penal* ou que ela *pressupõe agressões a bens jurídico-penais*.

3.2. Em *conclusão*: a agressão *não* necessita constituir-se em um injusto penal tipificado, podendo consistir em agressões ilícitas *não* típicas, mas que estabeleçam uma *situação de legítima defesa*, assumido o papel de *autoproteção dos bens jurídicos individuais*. A agressão é *ilegítima* quando é *antijurídica*, não sendo necessário que o ato configure um injusto (“*Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem*”). Só cabe a *defesa necessária* se não há outra *possibilidade de evitar a agressão*. Cogita-se de *elemento accidental* pertinente à *proporcionalidade* em relação à



---

**ARTIGOS**

utilização do que seja menos lesivo dentre os que estão à disposição do defendente para *repelir* ou *impedir* a agressão. *Meio necessário* está abarcado no *conceito de necessidade*. Não se encontra vinculado à noção de *proporcionalidade* entre o dano causado e o impedido. É o *possível*, diante de uma situação concreta. Situam-se na esfera de âmbito e nos *limites do exigível* e *racionalmente necessário* como pressupostos de uma *situação de urgência* da legítima defesa. A utilização do meio hábil menos gravoso apresenta duas características: **a) adequação** ou *idoneidade*; **b) menor danosidade do meio utilizado**. A *moderação* e *utilização* devem ter como vetores os dados pessoais e as circunstâncias fáticas.

3.3. A *moderação* só é avaliada diante da situação de *perigo concreto* para o emprego dos *meios necessários* como resposta razoável à agressão ilícita. Não se requer uma *ponderada seleção*, mas diante da *situação de urgência* (atualidade e iminência) o balizamento nos *limites da razoabilidade necessária*. Para Binding, no *Handbuchdes Strafrechts*, a antijuridicidade engloba o requisito de incidência sobre bens que o *titular não possui a obrigação de tolerar* (relação agredido-agressor). Enfim, haverá *direito de defesa* quando a agressão *não possa ser evitada de outra maneira*. A *necessidade da defesa* supõe que seja *inevitável*, *indispensável* e *essencial* a agressão, que deve ocorrer de modo objetivo. Inexiste agressão quando *falta ação*, pois não agride quem golpeia outrem sob efeito de um *ataque convulsivoepiléptico* ou *durante o sono* se projeta na via pública sem estar ébrio, ou perde o



## ARTIGOS

domínio da direção de seu veículo. Roxin diz que a pessoa posta em perigo por uma não ação não tem que suportar a lesão que a ameaça, mas sua defesa deve ajustar-se às *regras do estado de necessidade*.

### 4. Atualidade ou iminência da agressão

4.1. A *agressão injusta* deve ser *atual* ou *iminente*, como requer o texto legal brasileiro, o que se deduz da natureza da legítima defesa e do teor da circunstância legal que se refere à *necessidade* racional do meio empregado para impedir ou repeli-la. Repelindo-se o *atual*, impede-se o futuro. Igualmente, deve-se lembrar de que *não* basta uma *possibilidade* para um *futuro remoto*, há necessidade que exista *objetivamente uma iminente agressão* (em vias de ocorrer). Registre-se que não há necessidade de que o agressor tenha iniciado o ato de agressão. Bastam os *atos preparatórios*, na avaliação de risco concreto, de ofensa ao bem jurídico relevante. Juarez Tavares, nos *Fundamentos da Teoria do Delito*, lembra que para o reconhecimento da *situação de necessidade* é indispensável a demonstração de “*uma vinculação dentro de um curto espaço de tempo entre essa situação antijurídica e a reação do futuro agredido*”.

4.2. Não há legítima defesa contra *condutas previsíveis a prazo*, pois isto é tarefa preventiva do Estado. Não há legítima defesa contra *agressões já findas* pois, no caso, ter-se-ia a *vingança* e não a defesa. (Há delitos em que a consumação se prolonga no tempo permanentemente e nos quais a legítima defesa será *lícita*, ainda que perdure o



---

**ARTIGOS**

prolongamento consumativo). Nossa legislação *não* exige que a agressão seja *grave, inesperada* ou *inevitável*. A *atualidade* ou *iminência da agressão* dá a medida à *necessidade da defesa* (é preciso interpretar o começo e o fim da atualidade). Há dois conceitos que podem se confundir na similitude terminológica: **a) necessidade de defesa;** **b) defesa necessária.** No *primeiro*, o agredido é premido a proteger sua pessoa ou bens jurídicos próprios ou de terceiros, em razão do *perigo concreto* em que se encontram; no *segundo*, a defesa é necessária para repelir a *agressão antijurídica*. A *defesa é necessária* quando a agressão é antijurídica e inidônea para lesionar o bem jurídico protegido (de mínimo valor não é digno de proteção).

4.3. Os autores alemães elaboram fórmulas segundo as quais uma agressão é *imediatamente iminente* quando posteriormente só se poderia repelir em condições mais graves (“*solução deeficiência*”). Segundo Schmidhäuser, no *Strafrecht*, uma agressão é *atual* sempre que o agressor a prepare de tal modo que torne *impossível* uma *defesa posterior*. Roxin sustenta que não se pode conceder ao particular uma faculdade radical em nome dos fins preventivos da legítima defesa, sendo correto situar-se diante dos extremos. Assim, diz que na *agressão atual* não se pode incluir junto a *tentativa* a estrita fase final dos *atos preparatórios*, imediatamente prévia à fase da tentativa. Os *atos preparatórios* próximos que fundamentam a legítima defesa se colocam *imediatamente à agressão*. Sustenta que os princípios que regem a *legítima defesa preventiva* são



## ARTIGOS

*absolutamente* diversos da legítima defesa: “(...) *em tais casos haverá que se pedir ajuda à autoridade, esquivar-se da agressão, suportar certos riscos e só proceder preventivamente em casos extremos e dentro do marco da proporcionalidade.*” Em razão de uma *agressão antijurídica*, a *defesa* é sempre *necessária*. A doutrina vê a *necessidade* sob três ângulos: **a)** natureza da agressão; **b)** natureza do bem atacado; **c)** possibilidades de garantia que não consistam na defesa direta. A *natureza do ataque* é o fator mais importante na *determinação da necessidade de defesa*. *Inexiste legítima defesa contra agressão passada ou futura*. No caso dos *delitos permanentes*, é legítima a defesa do ofendido (v.g.: no sequestro ou em cárcere privado, enquanto perdurar a privação do direito à liberdade do sujeito passivo).

### 5. Moderação

5.1. No velho Direito canônico, a defesa restringia-se a uma medida (*moderameninculpataetutela*), sendo apenas permitidos os meios requeridos para sua proteção. Quando se fala em *moderação*, significa *ausência de excesso*, frear o ímpeto de acometimento. *Todo o excesso elimina a legitimidade da defesa*. *Moderação e proporcionalidade podem eliminar a culpabilidade*, ou por *erro* ou por *medo insuportável*, por *não exigibilidade de outra conduta*, ou apenas *atenuando a pena*. Não se deve confundir a *necessidade racional* do meio empregado (meio hábil) com a *proporcionalidade*. A *repulsa necessária* deve ser avaliada em nível da *razoabilidade*, para no contexto



---

## ARTIGOS

factual crítico observar-se a necessidade real e efetiva requerida e adequada a impedir ou repelir a *agressão injusta*. A *mensuração* do atuar *não* pode ser objeto de cálculo matemático, diante do estado psicológico de seu autor, agredido, para produzir uma reflexão precisa. Nesse contexto, avaliar-se-á o caso concreto diante do conjunto probatório, sendo indicador preponderante o móbil e as circunstâncias do ato. A *proporcionalidade quantitativa dos bens* é um *pressuposto da justificação*, cujo aspecto nuclear é ditado pelo *princípio da dignidade da pessoa humana*, fluindo no âmbito de situações incluídas no *direito de necessidade da defesa*.

5.2. Se a legítima defesa é o único meio possível para salvaguardar o bem ou interesse tutelado, ou é uma das vias igualmente possíveis de defendê-lo, é lícito preferi-la às demais, não olvidando que o meio empregado deve ser racionalmente necessário. Não se pode amparar o seu exercício antissocial, e a reação defensiva será antijurídica quando surgir *absolutamente desproporcionada* não com o bem jurídico agredido, mas sim com a *entidade criminal de ataque, notoriamente excessiva*, diante dos bens agredidos representando *abuso de direito da legítima defesa*. Caracteriza-se o abuso de direito quando o ato ultrapassa os limites da lei. Se não bastam os meios estritamente defensivos, o agredido estará legitimado a recorrer a meios ofensivos para impedir ou repelir a agressão antijurídica, pois rege o princípio de que o *exercício abusivo do direito de defesa*, como de todos os direitos, é ilícito. Não se pode apresentar como uma *defesa socialmente intolerável* dos



## ARTIGOS

direitos do agredido. Certo Jeschek ao afirmar que a ofensa representa um *abuso do exercício do Direito* quando apresenta uma *intolerável* desproporção entre o bem jurídico agredido e a lesão ou perigo causados pelo meio de defesa utilizado. Na legítima defesa, o poder público *não* confere uma faculdade de repelir a violência pela violência; emerge tal obrar de um *direito próprio do cidadão*.

5.3. O *elemento subjetivo* da defesa necessária deve estar presente. A exigência de que o agredido atue com a *consciência* de estar obrando no sentido de *repelir agressão injusta* e com o objetivo de se *defender* (*animus defendendi*) constitui o pensamento jurídico-penal dominante. É imperativo que a defesa seja resultante de uma *repulsa adequada ao ato de ofensa*. Assim, se A leva desvantagem em esforço pessoal com B, retornando armado e provocando o antagonista para, em seguida, matá-lo, *há vingança e não causa justificante*. Não há que se exigir para a medida da adequação ou demasia da defesa o confronto entre o mal sofrido e causado pela reação, pois inexistente um atuar *matematicamente medido* nos limites rígidos da legitimidade da repulsa. A *proporcionalidade do dano* que seria causado pela defesa diante da lesão ameaçada pela agressão determina a *exclusão* do direito de defesa *sem* a proporcionalidade esperada.

## 6. Provocação e agressão injusta

6.1. É de grande relevância a distinção entre a *agressão injusta* e a *provocação*. Há vertente doutrinária que se



---

**ARTIGOS**

utiliza dos critérios da *necessidade dos meios* e da *proporcionalidade da repulsa*. A questão é tormentosa, pois se situa na área do subjetivismo, variando diante do perfil do autor e do quadro de circunstâncias. A doutrina denomina *provocação intencional* aquela que é destinada finalisticamente a determinar uma agressão, a fim de se “justificar” uma ação lesiva à integridade do provocado, por obra do provocador, convertido em injusto agressor. Várias soluções são preconizadas pelos penalistas: **a) instigação-perigo**: quando se *provoca* outrem para induzi-lo a cometer uma agressão antijurídica; tal conduta é considerada *instigação* se atende a ato típico. Schmidhäuser sustenta tal *proposição* e um bom exemplo é o caso do policial que *estimula* o preso com ofensas a reagir para poder matá-lo. Deve-se buscar uma fórmula jurídica para *responsabilizar* o provocador, quer seja como instigador, quer seja como autor de comissão de um ato típico, através de conduta que causa dano ou perigo à integridade corporal ou à vida do instigado. O *atuar do provocador* traz como consequência o *fundamento justificante* (v.g.: A provoca, por meio de B, uma agressão antijurídica por parte de C, seu inimigo, para poder matá-lo. Não há causa justificante em razão *da ausência da vontade de defesa*); **b) actio illicita in causa**: em que o autor se utiliza como instrumento de ação adequada ao direito para fugir à reprovação penal. Escreve Baumann, no *Strafrecht*, que, na *hipótese da provocação*, o provocador leva a cabo uma ação precedente que normalmente *não* é típica *nem* antijurídica, mas quando é *intencional* tem o propósito ulterior de realizar um injusto sob o “*manto*” da legítima defesa. Vários penalistas



---

**ARTIGOS**

compartilham o pensamento de Baumann. A tese da *actio illicita in causa*, ou a alternativa *actio libera in causa*, se tem a virtude de *eliminar* a legitimidade da defesa, permite a punição do *provocador* quando atua com intenção ulterior; **c) *pretexto de defesa***: quando se realiza uma *provocação* com o fim de escudar-se no estado de legítima defesa, sob o pretexto de uma defesa formal, *exclui-se* a legítima defesa, *negando-se* a antijuridicidade da agressão; **d) *abuso do direito de defesa***: seu fundamento é o uso do injusto, quando o titular emprega com um único objetivo o *prejudicar o agressor*. Roxin defende tal postura dizendo que a invocação da legítima defesa é *inadmissível*, como juridicamente *abusiva*, quando o autor tenha *provocado* a situação de defesa mediante uma conduta ética e socialmente desaprovada. Wessels-Beulke, no *Strafrecht*, afirma que o *abuso do direito* faz com que o provocador se *transforme* em agressor; **e) *ausência de vontade de defender-se***: tem como base a *falta* do integrante *subjétivo* da justificação, visto que a legítima defesa tem como pressuposto o *fato* de que o agredido *exercite* uma ação de proteção de seus bens jurídicos ofendidos. *O ato de legítima defesa tramado com longa mano não é defesa, apenas uma agressão atual e antijurídica.*

6.2. A causa de justificação da legítima defesa como *excludente da ilicitude sobre todos os bens jurídicos* (a vida, a integridade física, a honra, o pudor, a liberdade pessoal, a tranquilidade domiciliar, o patrimônio, o segredo epistolar, o pátrio poder, a natureza), pois *todo* bem jurídico é legitimamente defensável e conseqüentemente *deve* ser



---

**ARTIGOS**

legitimamente defendido. O *desafio*, o convite para a contenda pessoal, *não* cria a *necessidade* de legítima defesa, bem como o *desafeto* que busca tomar satisfações. Não se pode exigir, para a configuração da legítima defesa, que o agredido proceda como um covarde fugindo ao invés de repelir a agressão. Pode *provocar* agressão uma conduta contrária a normas éticossociais vigentes naquele grupo social, *não* sendo requerida a violação do bem jurídico. É suficiente *toda* provocação que dê lugar a uma resposta agressora. Como diz Cerezo Mir, no *Derecho Penal, Parte General*, “*provocação suficiente não é equivalente à provocação causante*”. Há necessidade de uma *equivalência* ou *proporção* para a suficiência. Há uma vertente pretoriana que se inspira no *critério da causalidade* adequada para determinar o *caráter suficiente da provocação*. A teoria não é da causalidade, mas uma *teoria da responsabilidade* ou da *causalidade jurídico-penal relevante*. Há possibilidade de reconhecimento da *legítima defesa recíproca*, em *aberratio ictus*, contra *ato de inimputável* e por *temor infundido* pelo agressor. *Inadmitese* no injusto culposos e na participação em rixa.

**VI - Legítima defesa putativa**

1. O art. 20, § 1º, do Código Penal pátrio, reza que “*é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima*”. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o ato é punível como crime culposos. À falta de regulamentação expressa, a doutrina italiana e a



---

**ARTIGOS**

teleológico-valorativa alemã assentam os seguintes critérios: **a)** se falta objetividade à situação de legítima defesa, mas o autor *acredita* erroneamente em sua presença, deverá estimar-se em “*legítima defesa putativa*”; **b)** se o erro é vencível e o ato realizado por quem *acredita* equivocadamente atuar em legítima defesa susceptível de comissão culposa, procederá à incriminação à título culposos; **c)** se o erro é vencível, deverá entender-se eliminada também a culpa e, por conseguinte, a responsabilidade criminal, por *ausência de culpabilidade*.

2. A ilicitude pode ser excluída diante das discriminantes indicadas no art. 23 do Código Penal pátrio, a que se refere o § 1º do art. 20 do diploma penal sob a rubrica “*discriminantes putativas*” (v.g.: **a.** o marinheiro A, supondo que o iate ia afundar, agride um dos convidados para retirar-lhe o salva-vidas, acobertado pelo *estado de necessidade putativo*; **b.** o agente policial A, acreditando ser B o foragido de uma casa de custódia de alta periculosidade, dispara sua arma para neutralizar a sua fuga e reação; estará coberto pelo *estrito cumprimento do dever legal putativo*; **c.** A intervém na luta entre dois escolares que se agrediam mutuamente com pedras, dando um soco em um deles que imaginava ser seu sobrinho, mas descobre que era apenas um colega, que usava um uniforme igual; haverá *exercício regular de um direito putativo*).

3. Celso Delmanto, no *Código Penal Comentado*, faz a distinção entre o *erro de tipo* e o *erro de proibição* na discriminante putativa, salienta que o erro *não* recai sobre a



---

**ARTIGOS**

*circunstância* de fato da discriminante, incidindo sobre os *limites* jurídicos da discriminante. Cita: **a)** se A agride B, amante de sua mulher, por imaginar ao surpreendê-los que seria agredido, erroneamente ter-se-ia a legítima defesa por *erro de tipo*; **b)** se A agride B acreditando que no caso estaria coberto pelo tipo permissivo da discriminante da legítima defesa da honra, a hipótese poderia ser questionada em relação à legítima defesa por *erro de proibição*. Na construção pretoriana, a *defesa putativa* equipara-se à *legítima defesa real*. A *legítima defesa putativa*, reação defensiva frente a uma *agressão imaginária*, distingue-se da chamada *defesa subjetiva*, que é um conceito mais amplo. Este reúne dois aspectos: o *excesso dos meios defensivos*, que pode ser até por *erro invencível* ou por *temor*, e a *defesa putativa genuína*. O finalismo rechaça expressamente a incorporação da *defesa putativa* à causa de justificação de legítima defesa. Se o autor supõe erroneamente que ocorrem os pressupostos objetivos da legítima defesa, diz Welzel, o fato permanece antijurídico.

4. Para Maurach, o erro sobre a existência de uma agressão ilegítima supõe “*um defeito de congruência entre os elementos subjetivo e objetivo de justificação que impedirá a real exclusão do injusto; ao faltar o elemento objetivo, não ficará justificada a ação*”. Aliás, assinala Jescheck que na *suposição* de uma *causa de justificação* podem existir três *modalidades*: **a)** *erro sobre os pressupostos (defesa putativa)*; **b)** *erro sobre os limites*; **c)** *erro sobre a existência não reconhecido pelo ordenamento jurídico*. Em todas as hipóteses, embora o autor acredite



---

**ARTIGOS**

obrar conforme o Direito, o ato *não* resulta justificado por *faltar os pressupostos objetivos de justificação*. Há perfeita coincidência entre a doutrina finalista e a tradicional teleológico-valorativa; o *erro sobre as causas de justificação não* elimina a ilicitude (as soluções sobre o erro são diversas segundo partam da *teoria dos elementos negativos* do tipo, da *teoria do dolo*, da *teoria estrita da culpabilidade* ou da *teoria limitada da culpabilidade*).

5. Como coloca Jorge Figueiredo Dias, no *Direito Penal Português*, a questão versa em saber se o autor que obrou aceitando *erroneamente* uma factualidade que, se existisse, excluiria a ilicitude e, nomeadamente, a de saber se este *erro* é, quanto ao *limite de censura*, um *erro* que *excluiria o dolo*, ou uma *falta de consciência da ilicitude*, devendo ser tratado no campo da *antijuridicidade* ou de *forma autônoma*. A *primeira* vertente sustenta que as *teorias restritas* ou *limitadas do dolo*, como as *teorias da culpa limitada*, defendem que o *erro* sobre os *pressupostos* de um obstáculo à antijuridicidade se configura em um *erro* sobre a *factualidade típica*, *exclui* o dolo. A *segunda* vertente advoga na *teoria da culpa estrita*, o *erro* deve ser analisado como uma *falta de consciência da antijuridicidade* que *não* exclui o dolo. Para o doutrinador português, a dificuldade derivará mais dos prejuízos construtivo-sistemáticos que se pensa condicionarem a solução do que verdadeiramente do seu módulo problemático. O *erro* sobre pressupostos de um obstáculo à antijuridicidade é alcançado através da discussão da aceitação ou não da *teoria dos elementos negativos do tipo*,



---

**ARTIGOS**

pois a sua adoção implica admiti-lo como erro de tipo que exclui o dolo; caso contrário implicará *aceitar a falta* de consciência da antijuridicidade que deixa íntegro o dolo. O denominado *excesso exculpante exclui* a culpabilidade e *não* se confunde com o *excesso culposo*, derivado do *erro inexcusável* nas *discriminantes putativas* ou ocorrido pela *inobservância do dever de cuidado* exigido na medida da repulsa. No *excesso exculpante* há um *quadro de medo ou pavor* que retira do defendente a capacidade de avaliar a situação.

6. Se os *obstáculos à antijuridicidade* servem à *codeterminação do desvalor social*, sobre o conjunto de pressupostos *não* incidirá o *erro*, *exclui* o dolo. A concepção final da ação *não* impede que se revelem para o tipo e, às vezes, para o dolo exigências que estão *fora e além* da supradeterminação final do processo causal. Não procede a vertente que suscita o *erro sobre os pressupostos* de um obstáculo à antijuridicidade como uma questão de *falta de consciência* desta, sendo *irrelevante* o *erro de proibição*. O *erro sobre os pressupostos do direito de necessidade* é tratado na ausência da consciência da antijuridicidade considerando que *não* exclui o dolo (v.g.: o professor A, julgando que o aluno B faltou-lhe com o respeito devido, quando na verdade fora C, ocorre *erro sobre o pressuposto do direito de correção*, sendo legitimado a exercê-lo com o emprego de ofensas corporais – *erro sobre o direito e meio de correção*). O erro sobre os pressupostos só releva quando conduz o autor a aceitar um estado de situação que, se verdadeiro, excluiria de forma



---

**ARTIGOS**

efetiva a ilicitude do ato, mas não quando só na imaginação do autor excluiria. Na hipótese de Engisch, diz Figueiredo Dias, “*os pressupostos não são obstáculo à antijuridicidade existente, mas de um que o direito não reconhece*” (seria um problema de *ausência de consciência da antijuridicidade*).

7. No que tange aos *limites da legítima defesa* se o autor erra sobre os pressupostos de sua ação defensiva. É a hipótese ora enfocada da *legítima defesa putativa* que integra uma das formas de *erro sobre causa de justificação*, que diante de certas circunstâncias pode resultar *excluída* a culpabilidade do autor incurso em erro. Demais disso, *deixa de existir a situação objetiva de legítima defesa*, quando o agredido *ultrapassa*, conscientemente ou inconscientemente, os *limites* da reação-defesa necessária. Sob tal ponto há o *excesso na legítima defesa*, podendo também configurar-se o atuar antijurídico ao *transpassar* os *limites da medida necessária*, inclusive diante do *excesso de legítima defesa putativa*. A *necessidade* deve ser considerada diante das circunstâncias fáticas em que a ação e a reação ocorrerem, pois *inexiste* a causa justificante se a reação for *imoderada*.

8. Equiparar a *defesa putativa* com a *legítima defesa* supõe *confundir justificação* com *inculpabilidade*. Para que o erro fundamente a *exclusão da responsabilidade*, a título de *defesa putativa*, deve existir um paralelismo entre o *imaginário* e o *real*, que *não* significa equivalência, pois o imaginário originará a *exclusão da culpabilidade*. Há



---

**ARTIGOS**

*excesso na legítima defesa putativa?* Excesso na defesa putativa surge quando é assinalado frente a uma *agressão real* e não ao *imaginário temido*, isto é, o meio que interpõe o autor não é racionalmente necessário frente ao *ataque imaginário*. Reveste-se das mesmas modalidades da legítima defesa real (*excesso doloso, negligente, fortuito*). Assim, na *legítima defesa putativa*, por *erro de proibição* justificado pelas circunstâncias, o autor *supõe* deparar-se com uma *agressão antijurídica*, sendo *causa de exclusão da culpabilidade*. A *legítima defesa subjetiva* tem seu patamar no *excesso por erro de tipo escusável*. Ocorre a legítima defesa putativa quando A, por *erro de tipo* ou *de proibição* plenamente justificado, acredita deparar-se com uma *injusta agressão*.

9. Onde há diferença entre a legítima defesa *subjetiva* e a *putativa*? Na legítima defesa *subjetiva*, o agente se *excede por erro de tipo escusável* em razão de um *ataque real*, ao passo que na *putativa* *imagina* a agressão ou sua *injustiça* (erro sobre a antijuridicidade); se a *agressão é injusta*, há *erro de proibição* inexistindo ilicitude. Se o autor atua sob *erro* (legítima defesa putativa), a defesa é *antijurídica*. Aliás, o questionário sobre a legítima defesa putativa deverá ser formulado segundo o *modelo legal* (erro de tipo e erro de proibição) disciplinando as subespécies do *erro* incidente sobre as causas de justificação, pois *não* mais se pode admitir a formulação de quesitos vinculados ao conceito de legítima defesa real, ainda mais com a indagação do *erro derivado da culpa*, pois denegada a discriminante.



---

**ARTIGOS****VII - Excesso punível**

1. A legislação brasileira, ao tratar da *exclusão da ilicitude*, no parágrafo único do art. 23, do Código Penal, cuida do *excesso punível* (“*O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo*”). O excesso será *intensivo* na hipótese de violação dos *limites da proporcionalidade* da reação, ao passo que será *extensivo*, quando se tratar de *agressão passada* e o autor tenha criado uma situação fática não normatizada (erro de proibição). No quadro de *exaltação dos ânimos* é quase impossível a mensuração da repulsa. Porém, atua com *excesso culposo* quem reage com disparo de arma de fogo a simples ofensa verbal. Para o julgador, cada caso é um caso, devendo avaliar a *repulsa* com o *emprego dos meios necessários* ao quadro da conjuntura situacional entre ofendido e ofensor, *não* se exigindo uma *perfeita paridade* entre a ação e a reação. Quando no exercício da legítima defesa há *erro na execução*, *não* se deixará de reconhecer a *causa de justificação*, por causa independente da vontade do autor. Aplica-se a regra do art. 73 do Código Penal (responde como se tivesse praticado o delito contra a *pessoa desejada* e, no caso de ser *também* atingida a que desejava, aplica-se a regra do *concurso ideal de tipos penais*). O verdadeiro *excesso de legítima defesa* é somente o chamado *excesso intensivo consciente* (doloso). O *excesso intensivo inconsciente*, o *excesso extensivo* por suposição errônea da permanência da *atualidade* da agressão e o *excesso extensivo* por *errônea convicção da permissão* da reação



---

**ARTIGOS**

defensiva para além da *atualidade da agressão* são questões pertinentes ao erro. A *errônea convicção da permissão* ou a *justificação do atuar do autor*, para além dos *limites da neutralização* ou *abandono da agressão*, configuram uma *falta de consciência da antijuridicidade*.

2. Taipá de Carvalho sustenta, de *lege ferenda* em relação ao *excesso de legítima defesa* e ao *direito de necessidade defensiva*, que se houvesse *excesso* dos meios empregados no exercício da legítima defesa ou do direito de necessidade defensiva a conduta seria *lícita* com a *reprovabilidade atenuada* (responsabilidade civil por danos físicos e morais). Contudo, se o *excesso* advier de *perturbação, medo* ou *susto* não censuráveis, o autor típico *não* seria punido nem obrigado civilmente a indivizar os danos. No *excesso punível*, o excesso pode ser *culposo* ou *doloso*. Há excesso pela *imoderação dos meios empregados*, ou por sua *desnecessidade no emprego*. No *excesso culposo*, *A prossegue* a agressão quando seu agressor já está *dominado*. No *excesso doloso* fica *afastada a causa de exclusão da antijuridicidade* no momento que se realiza o *excesso*. Se *não* quis o *excesso*, ter-se-ia o *erro de tipo*. Se o *erro* incidir sobre os *limites normativos*, há *erro de proibição*. Incide em *excesso culposo* quem, acreditando ser objeto de *ataque injusto e iminente*, faz disparos de arma de fogo contra desafeto desarmado e embriagado, em região letal do corpo, ocasionando-lhe a morte. Por seu turno, atua com *excesso doloso* aquele que, ainda que *anteriormente* tivesse se defendido legitimamente, mas *depois* de abater a vítima com um tiro, caída, acaba de descarregar sua arma.



---

**ARTIGOS**

Ou quando, *depois* de golpear a vítima, ferida e indefesa, abandona a luta, retornando para dar-lhe novos golpes letais.

3. No exame do *excesso de legítima defesa cometido em estado passional*, feito por Maurach, no *Strafrecht*, diante da legislação germânica, afirma que na hipótese de *excesso extensivo* trata-se da *suposição errônea* de fatos *excludentes do injusto*, tratada a matéria sob o foco das *regras gerais* pertinentes ao *erro*; e nas relações com a conduta do autor observar-se-iam as exigências individualizadoras do *excesso intensivo*. Rediscute a sua *natureza jurídica*, isto é, se o *excesso de legítima defesa* seria: **a)** *uma causa de exclusão da culpabilidade*; **b)** *causa pessoal de exclusão de pena*; **c)** *mera regra probatória de presunção de ausência de culpa*. Como conclui Maurach, é um espelho das dificuldades temáticas, quando se pretende emitir um juízo que declare a *ausência de culpabilidade*, sem se poder efetuar uma análise dos efeitos particulares do *estado passional* do autor concreto. O autor ainda é punido quando atuou em *consequência de estado de confusão, temor ou pânico, vedada a analogia* para aceitação de uma *situação privilegiada*. No Direito pátrio, o “*privilégio*” é tratado com *especificidade*, observada a causalidade do *estado passional* por excesso, sob o *domínio* ou a *influência* da violenta emoção.

4. A doutrina relaciona a *legítima defesa subjetiva* a racionalidade da defesa a uma possível *avaliação subjetiva*. Defende-se que a antijuridicidade não é *puramente objetiva*



---

**ARTIGOS**

em razão da *presença* de comportamentos subjetivos. Jescheck afirma que “*a necessidade da defesa é objetiva e deve ser julgada ex ante, isto é, como julgaria um terceiro pendente no lugar do agredido*”. Maurach ressalta que é evidente o *aspecto subjetivo no caso do excesso da legítima defesa*, que não são expressões idênticas, pois quem se defende de uma agressão antijurídica pode fazer uso de meios idênticos aos usados em seu ataque, porém *não* pode fazê-lo *imoderadamente*. Segue-se que é *possível* que se *utilize de meios mais violentos* e não obstante se possa fazer *uso dos mesmos com a devida moderação*.