



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

**JOÃO BATISTA DE LUCENA NETO**

**ASPECTOS GERAIS DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA E ANÁLISE  
DE SUA NATUREZA JURÍDICA**

**SOUSA - PB  
2008**

**JOÃO BATISTA DE LUCENA NETO**

**ASPECTOS GERAIS DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA E ANÁLISE  
DE SUA NATUREZA JURÍDICA**

**Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.**

**Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo.**

**SOUSA - PB  
2008**



L935a Lucena Neto, João Batista de.  
A redução da maioria penal diante de aspectos sociais e políticos. / João Batista de Lucena Neto. – Sousa - PB: [s.n], 2008.

48 f.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Legítima defesa putativa. 2. Agressão injusta. 3. Teoria da legitimidade absoluta. I. Figueiredo, Carla Pedrosa de. II. Título.

CDU: 347.132.15(043.1)

**Elaboração da Ficha Catalográfica:**

Johnny Rodrigues Barbosa  
Bibliotecário-Documentalista  
CRB-15/626

João Batista de Lucena Neto

ASPECTOS GERAIS DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA  
E ANÁLISE DE SUA NATUREZA JURÍDICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em:     de                     de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Carla Pedrosa de Figueiredo  
Professora Orientadora

---

Nome – Titulação – Instituição  
Professor(a)

---

Nome – Titulação – Instituição  
Professor(a)

Dedico este trabalho ao meu avô Zózimo Alves de Farias(*in memoriam*), pelo exemplo de vida e amor dedicado a todos nós, netos, filhos, genros e noras.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, antes de tudo, por esta inestimável oportunidade de fazer um curso de direito, e por estar sempre comigo em tudo que faço.

Aos meus pais, pela educação e pelo apoio que me deram.

Aos meus irmãos, pelas orientações que nunca faltaram quando precisei.

Aos meus colegas de sala, pelo companheirismo que sempre tivemos.

Aos professores, verdadeiros guias do meu processo de formação acadêmica.

Aos meus amigos que sempre torceram pelo meu êxito nesta caminhada

“Buscai primeiro o Reino de Deus, e a sua  
justiça, e todas as coisas vos serão  
acrescentadas.” (Mateus 6.33-33)

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar o instituto da legítima putativa e a sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro. A inexistência da agressão configura a principal diferença entre a legítima defesa real e a legítima defesa putativa. Nesta, a agressão somente existe na sua mente, pois no mundo real ela não se verifica. Nos termos do Código Penal, é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima e é isento de pena quem, ao praticar o crime supõe, por erro plenamente escusável, a inexistência de situação de fato que tornaria a ação legítima. Ao longo desta pesquisa serão apresentados conceitos necessários ao estudo e entendimento do instituto da legítima defesa putativa. Abordar-se-á a evolução histórica da legítima defesa, com ênfase da legítima defesa na história da humanidade, como também no direito brasileiro. Tratar-se-á, também das teorias que fundamentam o instituto da legítima defesa. Por fim, aborda-se a legítima defesa putativa onde além do conceito e exemplificação, cuida-se do fundamento, pressupostos, natureza jurídica e da importância do instituto. A metodologia empregada para a realização deste trabalho consistiu na utilização de vários métodos dentre eles: o exegético-jurídico, o histórico-comparativo e o bibliográfico.

**Palavras Chaves: legítima defesa putativa. agressão injusta. reação**

## ABSTRACT

The present work is to analyze the scope of legitimate putative institute and its importance to the legal system brasilian. A lack of aggression constitutes the main difference between the actual legitimate defense putative real and legitimate defense. In this, the aggression exists only in his mind, because in the real world it is not the case. In the words of the Penal Code, is exempt from penalty whom, by mistake fully justified by the circumstances, in fact situation requires that, if there were, would make the action is legitimate and free from penalty who, in practice the crime involves, by mistake fully escusitive, the absence of de-facto situation that would make the action legitime. A throughout this monograph will be presented concepts necessary for the study and understanding of the institute's legitimate defense putative. The first chapter is address the historical development of legitimate defense, with approach of legitimate defense in the history of humanity, but also in Brazilian law. In the second chapter, it is based on theories that the institute's legitimate defender. O concept of self-defense and their requirements are discussed in the third chapter. Finally, we analyze the legitimate defense putative where addition of the concept and examples, care is the foundation, assumptions, the legal nature and the importance of institute. A methodology employed for the realizacion of this work was the use of various methods of them: the analitic law, historical and comparative and bibliography.

**Keywords: legitimate defense putative. assault unfair. reaction**

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....	11
1.1 A legítima defesa na história da humanidade.....	11
1.2 A legítima defesa no Direito brasileiro.....	15
CAPÍTULO 2 TEORIAS FUNDAMENTADORAS.....	17
2.1 Teorias objetivistas.....	17
2.1.1 Teoria da necessidade iminente em que se acha o agredido.....	18
2.1.2 Teoria da retribuição do mal com o mal.....	18
2.1.3 Teoria da violência ou da coação moral.....	19
2.1.4 Teoria da exclusão da antijuricidade.....	19
2.1.5 Teoria do instinto.....	20
2.1.6 Teoria legitimidade absoluta.....	20
2.1.7 Teoria da defesa subsidiária.....	21
2.2 Teorias subjetivistas.....	22
2.2.1 Teoria do direito subjetivo de caráter público.....	22
2.2.2 Teoria da escola positiva.....	22
CAPÍTULO 3 LEGÍTIMA DEFESA: CONCEITO E REQUISITOS.....	24
3.1 Conceito.....	24
3.2 Requisitos da legítima defesa.....	26
3.2.1 Elementos objetivos da defesa.....	27
3.2.1.1 Agressão.....	27
3.2.1.2 O emprego moderado dos meios necessários.....	31
3.2.2 Elemento subjetivo ( <i>animus defendi</i> ).....	32
CAPÍTULO 4 LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA .....	34
4.1 Conceito e exemplificação.....	34
4.2 Fundamento.....	37
4.3 Pressupostos.....	37
4.4 Natureza Jurídica: erro de tipo permissivo ou erro de proibição?.....	39
4.5 Importância da legítima defesa.....	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

## INTRODUÇÃO

A legítima defesa sempre esteve presente na vida de todo o ser humano, como também na vida de todo animal que age movido unicamente pelo instinto da defesa do seu bem jurídico, e que se vê ameaçado por uma injusta agressão. Seu impulso, sua motivação, encontra-se no instinto, na desesperada busca que todo o ser vivo trava pela sobrevivência justificando-se pela prerrogativa de autotutela concedida ao cidadão diante da impossibilidade de onipresença do Estado.

Dentro deste contexto, surge a legítima defesa putativa. Esta ocorre quando o agente age em repulsa a um ataque, que só se faz real em sua imaginação. Age motivado por uma crença que não está em harmonia com a realidade. Para o agente a situação parece real, mas na verdade não é.

A finalidade desta pesquisa científica é demonstrar a importância do reconhecimento da Legítima Defesa Putativa no meio social, pois qualquer cidadão brasileiro, diante da convivência com elevados índices de criminalidade que incutem em todos um sentimento aflitivo de insegurança, pode ser traído pela percepção errada da realidade e reprimir ataque inexistente. Ocorrendo fato desta natureza, o ordenamento jurídico veda o reconhecimento da legítima defesa, pois a agressão atual ou iminente efetivamente não ocorreu. A solução está no reconhecimento da legítima defesa putativa, que isenta de pena aquele que, traído pelas circunstâncias, repele ataque inexistente.

A metodologia a ser empregada na realização desta pesquisa consistirá na utilização dos métodos exégetico-jurídico, histórico-comparativo e o bibliográfico.

Para isso, serão analisadas várias doutrinas bem como artigos da internet que versam sobre o tema.

No primeiro capítulo, tratar-se-á sobre a evolução histórica da legítima defesa, pois tal estudo é imprescindível para a compreensão do que atualmente ocorre com o referido instituto. Já, no segundo capítulo serão abordadas as teorias que servem de fundamento à legítima defesa. Será dada ênfase às teses que explicam a sua natureza jurídica. Em outras palavras, será demonstrado o significado da legítima defesa para o direito na visão de vários doutrinadores.

O conceito de legítima defesa e os seus requisitos serão abordados no terceiro capítulo. No capítulo final, será feita uma abordagem crítica sobre a legítima defesa putativa demonstrando a importância do referido instituto para a atualidade bem como para o Direito Penal.

No meio jurídico brasileiro a discussão acerca da natureza jurídica da legítima defesa putativa é bastante recorrente, pois alguns entendem que se trata de erro de tipo e outros afirmam se tratar de erro de proibição. Reside aqui a importância deste trabalho para o mundo acadêmico, tendo em vista que o mesmo vai apresentar várias visões doutrinárias acerca do tema bem como apresentar a moderna teoria que trata a legítima defesa putativa como um erro *sui generis*, que possui nuances de erro de tipo permissivo e erro de proibição.

## CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Nos primórdios da Humanidade, o sentimento de justiça dominante nas relações entre os grupos sociais era produto das guerras e do extravasamento da vingança. Este sentimento sempre caminhou paralelo à legítima defesa, que tinha na vingança a sua forma de expressão mais primitiva e mais grosseira.

A vingança era um direito pessoal outorgado pela sociedade à família. A repressão do injusto se fazia por meio da vingança privada, somente sendo superada com o advento da vingança pública regulamentada.

Presente na China, dois mil anos antes de Cristo; na Índia, com as Leis de Manu; no Oriente, com o Código de Hamurabi; na Palestina, com o Velho Testamento; em Roma, com a Lei das XII tábuas, a Legítima Defesa sempre existiu, em todo o tempo, e em toda a parte, pois a sua história se confunde com a história da própria humanidade.

### 1.1 Legítima defesa na história da humanidade

A primeira expressão normativa da legítima defesa data da Antiguidade. Ainda na fase embrionária, e de forma vaga e superficial, o instituto teve na Bíblia(1997, p. 71), no livro do Êxodo, Capítulo III, a seguinte regulamentação: “Se um ladrão é surpreendido rompendo a porta de uma casa ou perfurando o muro para nela penetrar, é ferido e morto, quem terá ferido não será culpado de sua morte”

Os conceitos fundamentais da legítima defesa, o revide em igualdade ao ataque e o reconhecimento da conduta justificada, somente vieram a ser normatizados no Deuteronômio (1997, p. 195) que assim os disciplinou:

O teu olho não poupará: vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé" (Deut. XIX 21); Quando houver contenda entre alguém e vierem a juízo, para que os julguem, ao justo justificarão e ao injusto condenarão (Deut. XXV, 1); Se o inculpido incorrer na pena de açoites, o juiz fá-lo-á deitar-se e aplicará o número de golpes proporcional á sua culpa (Deut., XXV, 2).

Na Grécia, as leis do Areópago – Tribunal Ateniense, composto de nobres, com poderes para o julgamento das causas de maior importância – determinavam que o cidadão, constringido pela necessidade, podia substituir momentaneamente o poder da autoridade e reagir mediante a um ataque à sua incolumidade física.

Apesar deste regramento e da existência de tribunais gregos com competência para julgar homicídios justificados pela defesa privada, não havia nas leis gregas critérios nítidos semelhantes aos quais os romanos construíram o instituto da legítima defesa.

No Egito, a legítima defesa baseava-se em leis e decretos dos faraós, aos quais puniam todo àquele que deixasse de prestar auxílio a quem estivesse sofrendo agressão. Estas normas fundamentavam-se no princípio de que todos os homens deveriam ser guardiões entre si e nessa reciprocidade de deveres encontrariam uma via de fortalecimento e de prevenção contra malfeitores.

O antigo direito indiano, codificado nas Leis de Manu, no capítulo "Das Leis Criminais" assegurava que em uma luta empreendida em prol de sua própria segurança, ou para proteger uma mulher ou um homem, quem matasse justamente não teria culpa alguma.

Outra norma contida nas Leis de Manu, ainda mais incisiva, dispunha que um homem deveria matar sem titubeios, a quem quer que contra ele se lançasse para assassiná-lo, desde que não houvesse meios de escapar, mesmo que o agressor fosse seu diretor ou seu chefe, uma criança, um velho ou um brâmane muito versado nas sagradas escrituras.

No direito romano, o instituto teve a sua formação com a Lei das XVII Tábuas, que juntamente com o *Corpus Iuris*, constituíram os diplomas fundamentais do direito romano.

No que concerne ao instituto da legítima defesa, o inciso XII da Lei das XII tábuas estabelece que “se alguém cometer um furto à noite e for morto, seja o causador da morte absolvido”. Esta disciplina era ainda bastante primitiva e se limitava à legítima defesa contra ladrões.

Cícero (*apud*, MARCELO J. LINHARES, 1974, p.28), foi o maior defensor do instituto no direito romano. Para justificar a repulsa pela força à agressão injusta, disse:

A sabedoria da lei nos dá, de um modo tácito, a faculdade de nos defendermos, pois não só proíbe matar um homem, senão conduzir armas com intenção de fazê-lo; quer se julgue a intenção e se determine se as armas se levam para a defesa própria ou com o propósito de matar alguém; estabelecido este princípio, não duvido de minha causa se tiverdes presente, e não podeis esquecê-lo, que há um direito de matar a quem nos quer tirar.

Cícero apoiara-se em norma penal ainda não escrita, na qual a conduta se compreende no exercício da liberdade de defender o direito à vida. Estes princípios de direito natural defendidos por Cícero converteram-se em norma expressa no

direito romano, inscritos no Digesto e passaram a reger as lides onde a legítima defesa poderia ser alegada.

As normas gerais da legislação romana para o reconhecimento da legítima defesa eram as seguintes: o critério da agressão injusta, apreciada independentemente da vontade delituosa do agressor; o direito de defesa decorrente da necessidade de conservar a si mesmo; e o da necessidade atual.

O Código da Baviera (*apud*, MARCELO J. LINHARES, 1974, p.40), datado de 1813, foi o primeiro a tratar da legítima defesa na parte geral do Código Penal, tendo servido de referência a muitas outras legislações futuras. Casuista por excelência, uniformizou conceitos que historicamente vinham se firmando a respeito do instituto. Seus dispositivos permanecem atuais até hoje. Dispunha o seguinte:

Art. 121. Não é passível de pena alguma a ação consumada como consequência de uma violência irresistível, moral, ou física, ou de ameaça acompanhada de um perigo de morte, atual e inevitável.

Art. 125: Qualquer pessoa pode fazer uso da força para desviar de si ou de outrem, ou da propriedade, as violências e os ataques, quando lhe seja impossível o socorro da autoridade para fazê-los cessar, ou quando a intervenção da autoridade for insuficiente para reprimi-los. A violência exercitada contra o agressor, ao dano que se lhe possa ocasionar, à morte, mesmo em caso de legítima defesa, não lhe será aplicável nenhuma pena, desde que se não ultrapassem os limites do art. 127.

Art. 126: Toda pessoa está autorizada a prestar ajuda a quem se encontrar em situação de legítima defesa, desfrutando para si e para a pessoa atacada de todos os direitos que a legítima, mas atendo-se às obrigações correspondentes como se fora diretamente agredido.

Art. 127: O crime cometido no exercício de legítima defesa privada não será legítimo quando a pessoa atacada tivesse podido facilmente adotar outros meios sabidamente idôneos para subtrair-se sem perigo ao ataque à pessoa e à propriedade, desviando o agressor.

## 1.2 Legítima defesa no Direito brasileiro

A primeira regulamentação da legítima defesa no Brasil ocorreu com o Código Filipino (*apud*, MARCELO J. LINHARES, 1974, p.88), . No livro Quinto, Título XXXV, assim dispunha:

Dos que matam, ou ferem, ou tiram com arcabuz, ou Bésta. Qualquer pessoa, que matar outra, ou mandar matar, morra por elo morte natural. Porém, se a morte for em sua necessária defesa, não haverá pena alguma, salvo se nela exceder a temperança, que deverá, e poderá ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso.

Nesta codificação também se acham presentes resquícios do que modernamente se intitula “legítima defesa da honra”, ao considerar lícita a morte da mulher e do adúltero surpreendidos em adultério.

O Código Criminal do Império passou a admitir a justificativa da legítima defesa, desde que estivessem presentes as seguintes circunstâncias: certeza do mal a ser proporcionado pelos delinqüentes, falta absoluta de outro meio de defesa menos prejudicial, inoportunidade de provocação ou delito que ocasionasse o conflito.

O Código Penal de 1890 enquadrou a legítima defesa como uma causa excludente do crime. O artigo 32, §2º, do referido diploma tratava da ausência de limitação da proteção à vida, compreendendo todos os direitos que podem ser lesados. Tinha como não criminosos os que praticassem atos em legítima defesa, própria ou de outrem.

O artigo 34 do mesmo Código delimitava o âmbito de aplicação do instituto: a atualidade da agressão, a impossibilidade de se prevenir e obstar a ação, ou de

receber socorro de autoridade pública. o uso de meios capazes de evitar o mal em proporção da agressão. e a ausência da provocação que a ocasionasse.

O Código Penal de 1940, em vigor até hoje. preferiu tratar a legítima defesa como causa excludente da ilicitude, ao determinar que não há crime quando o agente pratica o fato em legítima defesa.

Com a reforma da Parte Geral do Código Penal, operada pela Lei 7.209, de 1984 a Legítima Defesa foi mantida como excludente de ilicitude, agora regulada no artigo 23.

Por fim, na parte geral, encontram-se importantes artigos para a compreensão da Legítima Defesa Putativa, em especial os artigos 20 e 21 que tratam do erro de tipo e do erro de proibição, respectivamente.

## CAPÍTULO 2 TEORIAS FUNDAMENTADORAS

Inúmeras teorias, a partir de uma análise filosófica, moral, psicológica, política ou jurídica, objetivam dar fundamento para a legítima defesa. A maioria dos doutrinadores reúne estas teorias em dois grandes grupos: objetivistas e subjetivistas.

As Escolas Objetivistas partem do princípio de que quem mata por necessidade o faz obedecendo à vontade de matar. Mas, em função da causa que motiva o fato, isto é, a conservação da própria existência, o homicídio se torna legítimo e a morte escusável.

As Escolas Subjetivistas partem da premissa que a culpabilidade é subordinada à ilicitude voluntária e consciente do sujeito, deixando de existir o delito quando não houver a voluntariedade e consciência da ilicitude.

**UFCG - CAMPUS DE SOUSA  
BIBLIOTECA SETORIAL**

### 2.1. Teorias objetivistas

As escolas que adotam a legítima defesa como uma modalidade objetiva de escusa, ou de impunidade, partem da premissa de que quem mata por necessidade o faz obedecendo realmente a vontade de matar. Mas, o fundamento aqui é objetivo, pois a causa que o motiva é a preservação da própria existência, por isso o homicídio se torna legítimo e a morte escusável. Aqui, não está em análise o estado psíquico do agente, mas sim a infração em si mesma.

Dentre as teorias objetivistas, as que mais se destacaram foram as seguintes: teoria da necessidade iminente em que se acha o agredido, teoria da retribuição do

mal com o mal, teoria da violência ou da coação moral, teoria da exclusão da antijuricidade, teoria do instinto, teoria da legitimidade absoluta e a teoria da defesa subsidiária

### 2.1.1 Teoria da necessidade iminente em que se acha o agredido

Esta escola fundamenta a legítima defesa na necessidade iminente em que se acha o agredido. Nenhum ato tem o condão de transformar a injustiça em justiça; porém a necessidade não é produto da lei, e quando ela se apresenta a lei não pode agir. Por este motivo, o ato deve permanecer impune. Deste modo, a ação é, a um só tempo, culpável, mas também não punível.

Esta teoria é defendida por Kant (*apud*, LINHARES, 1974, p.105) em sua obra *Die Metaphisik der Sitten*. Para ele, a defesa do agredido causadora de um dano ao agressor, é *de per si*, injusta, e a pena, mal abstrato e futuro, deixa de intimidar ante a ameaça de um mal concreto e presente.

### 2.1.2 Teoria da retribuição do mal com o mal

Esta corrente foi capitaneada por Geyer (*apud*, LINHARES, 1974, p.107, para quem a legítima defesa é injusta, porque o direito de punir pertence exclusivamente ao Estado. Mas, quem agride injustamente o direito de outrem faz um mal que vem retribuído com outro mal.

Nota-se uma equivalência valorativa entre a ação e a reação, de modo que o mal provocado pela defesa individual fica compensado com o mal provocado pelo ataque, justificando-se o estado de indiferença da sociedade quanto ao fato.

### 2.1.3 Teoria da violência ou da coação moral

Puffendorf(*apud*, LINHARES, 1974, p.109) foi o maior defensor desta teoria, que é também conhecida como teoria da causa psíquica. A legítima defesa estaria legitimada pelo estado de perturbação de ânimo do agredido, pois, quem age para se defender está em um estado de perturbação mental e por isto não pode ser penalmente responsabilizado. O risco ao qual está submetido a vida humana cria uma profunda emoção no ofendido que acaba por mover a sua ação defensiva. O agente não será punido, pois está em verdadeiro estado de coação moral. Assim sendo, estaria excluída a liberdade de querer e, conseqüentemente, o dolo.

Também conhecida por teoria da perturbação do ânimo, a teoria da coação moral tinha como fundamento a idéia de que o estado de ânimo alterado de quem se defende exclui a censurabilidade.

### 2.1.4 Teoria da exclusão da antijuricidade

Defendida por Bataglini(*apud*, LINHARES, 1974, p.115) e outros renomados juristas italianos, esta teoria é tida como uma das mais modernas doutrinas fundamentadoras do instituto da legítima defesa.

Esta tese, também denominada teoria da ilicitude da ação, parte da premissa de que para se considerar criminoso, o fato deve ser contrário ao direito. Deste modo, não é contrário ao direito um ato que repele injusta lesão a um direito, qual seja a vida humana.

A teoria da ausência de antijuricidade é a adotada pelo direito positivo pátrio e é dominante na doutrina brasileira.

#### 2.1.5 Teoria do instinto

Esta teoria liga-se mais ao fundamento psicológico da reação do que ao fundamento jurídico do instituto. Defendida por Fiorentino (*apud*, LINHARES, 1974, p.118), parte da idéia de que o homem é impotente diante dos estímulos do instinto de conservação, principalmente quando está diante do perigo.

Um dos defensores desta teoria é Manfredo Pinto (*apud*, LINHARES, 1974, p.118). Ele considera que a legítima defesa é um imperativo natural do ser humano, determinado por seu instinto de conservação que o leva a repelir a agressão a um bem tutelado, mediante a lesão de um bem do agressor. Seria, portanto, uma forma primitiva de reação contra uma violência injusta.

#### 2.1.6 Teoria da legitimidade absoluta

Os seguidores desta escola entendem que a legítima defesa é mais do que um direito; é um dever. A legítima defesa seria a um só tempo, direito e dever. É

direito exercido pelo cidadão em prol de si mesmo; e dever quando o cidadão o exercita para o mundo.

É a teoria defendida por Ihering (*apud*, LINHARES, 1974, p.126), para quem o grau de energia que no indivíduo é capaz de defender seu direito, permite medir a intensidade de liberdade pública de um povo.

### 2.1.7 Teoria da defesa subsidiária

A doutrina da defesa subsidiária outorga legitimidade à legítima defesa na medida em que reconhece a cessação do direito de punir do Estado, que é outorgado à sociedade.

Conhecida como teoria do exercício da função pública, os doutrinadores desta escola acreditam que diante da circunstancial impotência do Estado, é justo e lícito que o cidadão pessoalmente se defenda.

Deste modo, o Estado além de proteger seu bem jurídico maior, estaria colaborando com a autoridade, substituindo-a na função de manter a ordem pública. A defesa do direito caberia, em primeiro lugar, ao Estado e, subsidiariamente ao cidadão.

## 2.2 Teorias Subjetivistas

Diante do panorama geral das teorias fundamentadoras da legítima defesa, ao lado das teorias de ordem objetiva, aparecem às teorias subjetivistas, quais sejam a Teoria do Direito subjetivo de caráter público e a da Escola Positiva.

### 2.2.1 Teoria do direito subjetivo de caráter público

Defendida por Binding, Massari e Pessina (*apud*, MARCELO J LINHARES, 1974, P.139), nesta teoria a legítima defesa assume a noção de direito subjetivo de caráter público, outorgado a todo e qualquer cidadão, de forma a harmonizar-se com a função de polícia do Estado.

Quem repele injusta agressão não age contra o direito, mas coopera com a sua realização, devendo considerar a sua ação não como a de um particular, mas como verdadeira função pública.

Esta teoria atende ao interesse da sociedade, de um lado, e à conservação do indivíduo do outro.

### 2.2.2 Teoria da escola positiva

Esta teoria, também conhecida como a teoria da sociabilidade dos motivos, é defendida por doutrinadores que priorizam o caráter social e jurídico dos motivos determinantes da defesa. A legitimidade da defesa privada baseia-se na moralidade

do motivo de agir, portanto, o fato típico deixará de ser considerado criminoso quando praticado por motivos socialmente louváveis.

Entendem que quem age em legítima defesa não quer ofender, mas defender a si ou a outrem. Não há periculosidade no agente e por isto seria ineficaz a aplicação de pena.

Seus maiores adeptos, Ferri, Floria e Fioretti, enfatizam o estudo do homem, através da análise dos motivos determinantes do fato.

## CAPÍTULO 3 CONCEITO E REQUISITOS

O senso comum indica que qualquer pessoa injustamente atacada tem o direito de se defender pela força própria. Tal reação individual, antes de ser jurídica é natural.

A legítima defesa é uma forma de manifestação do instinto de preservação do homem, é um ato puramente reflexo, um fato puramente biológico elevado a fenômeno sociológico e jurídico.

A legítima defesa é uma verdade universalmente aceita, que transcende todo o positivismo jurídico e o seu reconhecimento jurídico é uma conquista da própria civilização. É um direito primário, natural, e por todos reconhecido. É uma forma abreviada de justiça penal e de sua execução.

O Código Penal Brasileiro aborda a legítima defesa no artigo 25, elencando os seus requisitos: reação a uma agressão atual, ou iminente e injusta, defesa de um direito próprio ou alheio, a moderação dos meios necessários à repulsa e o elemento subjetivo, os quais serão adiante analisados.

### 3.1 Conceito

A legítima defesa antes de ser um conceito jurídico, esta arraigada no próprio instinto de conservação presente em todo ser humano. É um ato de reflexo, motivado por razões biológicas, mas que no decorrer da história transformou-se em instituto jurídico presente em quase todas as codificações modernas.

Analisando o instituto por este ângulo, Delmanto (1991, p.177) entende que:

Os que estudam a legítima defesa e a evolução deste instituto explicam que o seu fundamento natural é o instinto de conservação da vida, que é a lei suprema de criação e cedo se manifesta em todas as criaturas. Nos primórdios da vida social, já foram encontrados os primeiros traços fisiológicos e psicológicos da legítima defesa. O homem primitivo não podia ter a idéia deste direito. Em virtude, entretanto, dos instintos de conservação e de reprodução, ele reagia, como irracional, contra tudo o que punha a perigo a sua existência, respondendo às excitações exteriores por atos reflexos automáticos

Conceituar um instituto é tarefa não muito fácil, pois o conceito deve ser abrangente. Pode-se considerar o conceito inserido no Código Penal no seu artigo 25 que dispõe: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem".

Diante desta dificuldade, raros são os doutrinadores que se arriscam em formar um conceito de legítima defesa. INELLAS(2001, p. 60) assim a conceituou:

A legítima defesa é o direito indiscutível, inalienável e irreversível, que toda pessoa possui, de se defender, defender seus entes queridos ou terceiros inocentes, de ataques violentos e irracionais, repelindo a força com a força...  
Se a força social não se acha presente, em tal momento, ou se esta não pode defendê-lo, não seria justo, nem jurídico, nem humano recusar-lhe o direito ao uso dos meios necessários para repelir agressão injusta ao direito próprio ou de outrem. O exercício desse direito representa, portanto, função eminentemente social, cujo cumprimento interessa tanto à sociedade como ao cidadão agredido.

Legítima defesa é a situação que se verifica quando o agente ou terceiro é agredido ou está prestes a sê-lo de forma injusta. Diante da possibilidade de presença estatal para repelir o injusto ataque, e da inexigibilidade do *comodus discessus*, ou seja da cômoda fuga do local, a vítima pode, desde que, usando moderadamente os meios disponíveis, repelir a agressão atingindo ao bem jurídico

do agressor, sem que cometa efetivamente um crime, por estar acobertado pelo instituto da legítima defesa.

Legítima defesa é, exatamente, a permissão legalmente concedida, para defesa de um bem jurídico próprio ou de terceiro que se vê diante de uma agressão ou atual ou iminente. Atuando dentro dos limites impostos pela lei, aquele que repele ataque injusto, mesmo causando lesão ao bem jurídico do agressor não comete um crime pois a legítima defesa justifica a sua conduta.

### 3.2 Requisitos da legítima defesa

O Código Penal Brasileiro, estabelece em seu artigo 25 os requisitos necessários ao reconhecimento da Legítima Defesa, *in verbis*: 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.

Decompondo este dispositivo, pode-se estabelecer os pressupostos objetivos da legítima defesa, quais sejam: a repulsa com uso moderado dos meios necessários a uma agressão injusta, atual ou iminente, a um direito próprio ou de terceiro.

Para que a legítima defesa seja reconhecida, exige-se, ainda, o concurso do elemento subjetivo: o propósito de defender-se, ou seja, o *animus defendi*. Este consiste no revide com a intenção de se defender, e será explicitado em tópico específico.

### 3.2.1 Elementos objetivos da defesa

Conforme se depreende da norma penal reguladora do instituto da legítima defesa, os pressupostos objetivos da Legítima defesa são os seguintes: agressão, atualidade ou iminência dela, ataque a direito próprio ou alheio, o emprego de meios necessários e a moderação em seu uso.

Diz-se que são elementos objetivos de defesa porque se requer apenas a subsunção do fato aos requisitos elencados no artigo 25 do código penal, sem que se exija análise das razões de ordem subjetiva que o levaram a praticar o fato.

#### 3.2.1.1 Agressão

O significado etimológico da Agressão vem a ser ataque, hostilidade; significa também fazer alguma hostilidade primeiro. No plano jurídico, agressão é o comportamento humano que lesiona ou expõe a risco de lesão bens juridicamente tutelados, como a vida, a incolumidade física, a propriedade, a honra, etc.

William Vanderley Jorge (1986, p. 293) com notável precisão a caracterizou:

Em regra, é comportamento violento, embora isso seja dispensável, como, por exemplo, no furto onde a vítima é atacada sub-repticiamente. Pode a agressão consistir numa omissão, se a pessoa que não pratica determinado ato tem a obrigação de fazê-lo, como no exemplo de Mezger, ao não se por em liberdade o recluso, apesar de findo o prazo de cumprimento da pena. Caso, em razão disso, arrombe o presídio ou obrigue o carcereiro à libertá-lo, estaria agindo em legítima defesa.

Agressão é, pois, o comportamento humano, omissivo ou comissivo, que lesa ou expõe a risco de lesão um bem juridicamente tutelado.

Agressão injusta, antijurídica, não justificada ou não autorizada são expressões sinônimas que servem para designar a agressão contrária a uma disposição estabelecida para proteger determinado direito ou interesse, pois injusto é aquilo que contraria a norma, que a viola.

Outrossim, nem toda agressão é injusta, pois existem atos lícitos como a penhora de um bem que se realizam com o componente da agressividade, e nem por isto são injustos.

Para se inferir a injustiça da agressão, devemos analisar o fato de maneira objetiva, ou seja, devemos analisar o fato por si só, desprezando a imputabilidade do agente. O ato de um menor, de um doente mental, embora não constitua ilícito penal, é antijurídico, permitindo, portanto, a legítima defesa.

A injustiça da agressão é a primeira condição para o reconhecimento da defesa legitimada.

A agressão injusta é que deve ser o motivo determinante da reação, pressupondo a defesa contra uma ação injusta praticada contra o autor do fato ou contra terceiro.

A legítima defesa é admitida mesmo que o agressor não tenha a consciência da injustiça de sua agressão, bastando ser injusta em si mesma.

Agressão atual significa perigo presente, que não pertence nem ao passado e nem ao futuro, mas que está ocorrendo no momento em que a reação vai ocorrer. Isto significa dizer que quando a ofensa já está consumada a reação deixa de ser admitida, como também não se admite a reação diante de uma agressão que

simplesmente se imagina que vá ocorrer. Exemplo de agressão atual: "A" está sendo agredido a golpes de faca por "B".

A reação fica legitimada durante todo o lapso temporal em que ocorre à lesão de seu bem jurídico.

Exemplificando:

a) No seqüestro (art. 148 CP), espécie de crime permanente, onde a consumação se estende no tempo, a repulsa será atual enquanto existir a privação de liberdade;

b) Nos crimes de furto e roubo é atual a defesa contra o ladrão que foge com a coisa subtraída, pois a lesão ao bem jurídico da propriedade ou da posse ainda persiste.

Agressão iminente é a que está prestes a se realizar, que está para ser desencadeada. Exemplo: "A" está perseguindo "B" com uma faca para golpeá-lo.

Está agressão ainda não está efetivamente ocorrendo, mas é enunciada por sinais manifestos que vai ocorrer, o que autoriza a antecipação contra o potencial agressor. Nada mais racional e justo, pois se o agressor consegue atuar em seu propósito lesivo ao bem jurídico, inútil seria o instituto da legítima defesa. Deste modo, não se pode esperar que uma agressão iminente se transforme em atual para dela se defender. Se, por exemplo, um homem armado ameaça a vítima de disparar sobre ela, o perigo é iminente e o emprego da força legítimo. Neste caso, a vítima não está obrigada a esperar que a agressão tenha início, pois a primeira ato do agressor já poderia tanto ocasionar lesão irreversível a seu bem jurídico, como colocá-lo na impossibilidade de defender-se.

A agressão iminente não se confunde com agressão futura. Esta se caracteriza pela simples promessa de mal a alguém, ameaças. Não constitui

agressão iminente, porque não se pode inferi-la através de gestos concretos do pretense ofensor. Portanto, não configura a justificativa.

Para que a defesa seja considerada legítima, é necessário que seja realizada para amparar direito próprio ou direito alheio. Daí o instituto se subdividir em legítima defesa própria ou de terceiro.

Qualquer bem jurídico pode ser protegido pela legítima defesa para repelir injusta agressão. Assim, é admissível o uso da legítima defesa para proteção da vida, integridade física, o patrimônio, a honra, etc.

Até mesmo o pudor pode ser defendido, pois a moça que reage violentamente contra o homem que a quer beijar está no exercício da legítima defesa.

A propriedade também pode ser defendida legitimamente. Caso alguém perceba invasão ao seu domicílio durante a noite, por exemplo, mediante o arrombamento do telhado, e detona, por uma vez, seu revólver, vindo a ferir de morte o invasor, tem a seu favor a legítima defesa da propriedade.

Quanto a legítima defesa de terceiros, nem sempre ela pode ocorrer se este não desejar ser defendido. Caso o bem seja indisponível, como a vida, a falta de consentimento não impede a legítima defesa. No entanto, sendo o bem disponível e o terceiro não desejar ser defendido, inaplicável será o instituto da defesa legitimada.

### 3.2.1.2 O emprego moderado dos meios necessários

A lei exige que a intensidade com que o agredido repele a agressão seja moderada. Faz-se necessário que exista justa proporcionalidade entre a agressão e a reação, muito embora não se exija proporcionalidade absoluta.

Quanto aos meios necessários, quaisquer que sejam os instrumentos ou armas, e até mesmo a força muscular podem ser empregados para ameaçar, ferir, ou mesmo matar o agressor. No entanto, empregar o meio além do que preciso para repelir a lesão ao bem jurídico que se quer defender faz desaparecer a legítima defesa ou fará surgir o excesso, conforme explica Bruno Anibal(1967, p. 366):

O que dá, em geral a medida da repulsa é a violência da agressão, mas na proporcionalidade entre o ataque e a defesa, não se pode deixar de tomar em consideração o valor do bem ameaçado, as circunstâncias em que atua o agente e os meios de que no momento podia dispor. Mas, afinal, o que o direito permite ou mesmo requer é que o bem seja defendido por todos os meios que as circunstâncias apresentam como necessários, empregados, porém, esses meios com a devida moderação. A legítima defesa não deve vir a ser oportunidade para que o agredido exerça sobre o agressor atos de desforço ou vingança; aquilo a que ele visa é simplesmente estender sobre o bem em perigo uma proteção eficaz.

Entende-se, também, que, diante de uma agressão ou ameaça injusta de agressão, o agredido provavelmente estará em estado de perturbação mental de tal modo que não se poderá exigir uma proporção absoluta ou racional entre a defesa e a agressão. Analisando este aspecto, Nelson Hungria(1958, p. 302), tem o seguinte entendimento:

a apreciação deve se feita objetivamente, mas sempre, de caso em caso, segundo um critério de relatividade ou um cálculo aproximativo. Não se trata de pesagem em balança de farmácia, mas de uma aferição ajustada às condições de fato do caso vertente. Não se pode exigir uma perfeita

equação entre o quantum da reação e a intensidade da agressão, desde que o necessário meio empregado tenha que acarretar, por si mesmo, inevitavelmente, o rompimento da dita equação. Um meio que, *prima facie*, pode parecer excessivo, não será tal se as circunstâncias demonstrarem a sua necessidade in concreto. Assim, quando um indivíduo frágil se defende com arma de fogo contra um agressor desarmado, mas de grande robustez física, não fica elidida a defesa.

Deste modo, a proporcionalidade deve ser relativizada devendo atender às condições pessoais do agente e agressor e os meios que dispunha *no momento*, e não os meios que poderia abstratamente se utilizar.

No momento do ataque, a perturbação de ânimo que toma conta do agente o impede de pesar com precisão se seus golpes serão capazes ou não de afastar a injusta agressão. A sua vontade é de defender-se, e não de cometer um crime.

### 3.2.2 Elemento subjetivo (*animus defendi*)

Embora não seja imprescindível a consciência da ilicitude, para que a legítima defesa seja reconhecida é necessário que se tenha conhecimento da ação agressiva, além do propósito de defender-se. Portanto, a legítima defesa deve ser subjetivamente orientada pela vontade de defender-se.

O propósito de defender-se é o traço distintivo entre a ação autorizada e a ação criminosa, pois atribui um significado positivo a uma conduta objetivamente desprovida de valor.

Deste modo, somente a presença dos elementos objetivos de uma causa de exclusão de criminalidade não pode justificar uma conduta típica, se presente não estiver o elemento subjetivo desta excludente.

Um fato que se apresente com as mesmas características pode, dependendo da intenção do agente, receber definição variada. Assim, matar alguém, dependendo das circunstâncias, motivos e do elemento subjetivo, pode configurar: homicídio doloso, homicídio culposo, legítima defesa real, legítima defesa putativa, excesso doloso ou culposo, etc. Por isso, é necessário que o agente saiba que atua em legítima defesa, ou pelo menos acredite estar agindo assim, pois, caso contrário, não se poderá cogitar em exclusão da ilicitude de sua conduta, permanecendo ainda em dissonância com o ordenamento jurídico.

## CAPÍTULO 4 LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

Ocorre legítima defesa putativa quando o agente, supondo que será agredido, repele a agressão que só existe na sua mente porque no mundo real não se verifica. É o caso do sujeito que ao se deparar, coincidentemente, com um inimigo vê que está a prestes a sacar uma arma da cintura – quando na verdade o movimento que fizera foi para atender o celular que estava preso à cintura – desfere tiros de revólver, causando a sua morte.

Tema bastante controverso e discutido é a natureza jurídica da legítima defesa putativa. Para alguns, se trata de erro de erro de proibição; para outros é um tipo permissivo. Para sanar esta controvérsia, surgiram duas teorias: a teoria extremada da culpabilidade, segundo a qual todo e qualquer erro que recaia sobre uma causa de justificação é erro de proibição, e a teoria limitada da culpabilidade, segundo a qual a legítima defesa putativa configura erro de tipo permissivo. Esta controvérsia doutrinária será analisada no decorrer deste capítulo.

### 4.1 Conceito e exemplificação

Defesa putativa quer dizer defesa suposta, imaginária. Putativo vem do latim *putativus*, que significa pensar, reputar, ou seja, ter como verdadeiro.

Recorrendo ao dicionário jurídico de PLÁCIDO E SILVA(1978, p. 265), encontra-se o seguinte conceito da expressão putativo:

Do latim putativos (imaginário), de putare (reputar, crer, imaginar, considerar), é utilizado, na terminologia jurídica, na acepção de reputado ou de havido.

Nesta razão, putativo designa a qualidade, que se pensa ter (criada, imaginada), ou que se deveria ter, e que, em realidade, não se tem.

Na significação jurídica, a putatividade (qualidade de putativo) gera uma reputação de real a respeito da coisa ou do fato, para que surta certos efeitos jurídicos".

No âmbito da legítima defesa, entende-se putativo como algo imaginário, irreal, mas que leva o agente a crer que tem de se defender contra uma agressão que na verdade inexistente.

Apresentando um conceito consagrado na doutrina brasileira, NELSON HUNGRIA (1936, p. 69) entende que "dá-se a legítima defesa putativa quando alguém erroneamente se julga em face de uma agressão atual e injusta, e, portanto, legalmente autorizada a reação, que empreende".

Para que se tenha uma conceituação mais recente, cita-se as palavras de Julio Fabrini Mirabete (2001, p. 227):

Supondo o agente, por erro, que está sendo agredido, e repelindo a suposta agressão, configura-se a legítima defesa putativa, considerada na lei como caso sui generis de erro de tipo, o denominado erro de tipo permissivo (art. 20, §1º). Para que se configure a legítima defesa putativa, entretanto, é necessário que, excluído o erro, sejam respeitados os requisitos da legítima defesa.

Um melhor entendimento acerca do instituto em análise, pode ser conseguido através da exemplificação utilizada pelo doutrinador ROGÉRIO GRECCO (2007, p. 343):

imaginemos que, num bar, alguém esteja próximo à entrada do lavatório quando, de repente, percebe a presença de seu maior inimigo, armado com um punhal, vindo em sua direção, com a intenção de agredi-lo. Se o agente

atua, nessas condições, com vontade de se defender, será um caso típico de legítima defesa autêntica, pois que a situação de agressão injusta estava realmente acontecendo. Se o agente nada fizesse, o seu agressor, provavelmente, conseguiria o seu intento, o de causar lesão à sua integridade física. Agora, suponhamos que nesse mesmo bar o agente perceba que o seu maior inimigo, que já o tinha ameaçado de morte por várias vezes, esteja caminhando rapidamente em sua direção. O agente, fisicamente mais fraco, imaginando que seria morto pelo autor das ameaças, saca um revólver que trazia consigo e atira, causando a morte daquele que sequer o tinha visto e se dirigia, apressadamente, em direção ao banheiro, em frente \_ do qual a vítima se encontrava acomodada. No primeiro exemplo, a agressão estava prestes a ocorrer, uma vez que o agressor iria, realmente, atacar a vítima. A situação de fato existia, abrindo-se a possibilidade ao agente de atuar em legítima defesa (autêntica). No segundo caso, o autor, na verdade, não estava indo na direção do agente, mas, sim, do banheiro. O agente, pelo fato de já ter sido ameaçado anteriormente, acreditando que as promessas seriam cumpridas, sacou sua arma e causando a morte do suposto agressor. Aqui, como não havia – agressão alguma que merecesse ser repelida pelo agente, pois que tal situação de fato somente existia na sua cabeça, dizemos que a legítima defesa foi putativa (imaginária).

Este exemplo apresenta com clareza o elemento caracterizador da legítima defesa putativa, qual seja a falsa percepção da realidade. O suposto agressor tinha apenas a intenção de ir ao banheiro e foi alvejado pelo agente que, por uma interpretação deturpada do fato, acabou alvejando-o.

A Legítima Defesa Putativa ocorre quando o agente age no erro, por uma falsa percepção da realidade presente. Em decorrência de sua percepção deturpada do fato que se apresenta, julga-se em situação onde tem um bem jurídico ameaçado por uma injusta agressão atual ou iminente realizada por outra pessoa. Acuado pela realidade que cria em sua mente, o agente age no intuito de defender-se de tal agressão, utilizando-se dos meios que dispõe.

Legítima defesa putativa é a situação do homem que se coloca em atitude de defesa, supondo-se na iminência de agressão injusta a um bem jurídico próprio ou alheio, quando na verdade a agressão não ocorre no mundo real, apenas na falsa interpretação por ele elaborada.

## 4.2 Fundamento

O fundamento da legítima defesa putativa é o erro sobre o fato. Mediante este erro, o agente supõe estar numa situação que, caso existisse, tornaria a ação legítima. O agente crê estar sob a iminência de perigo, sem que realmente esteja.

LINHARES(1974, p. 286) apresenta o real sentido do erro que fundamenta a legítima defesa putativa, ao afirmar que:

Reflete uma deformação ou exageração da verdade. É a privação da verdade causada na inteligência pela falsa imaginação do agente e deriva da ignorância da legítima situação do fato.

Essa deformação ou exagero da verdade, que dá sentido ao erro escusável da legítima defesa putativa, encontra explicação nos sentidos elementares da vida psíquica, de igual importância finalística aos que dirigem os atos intencionais volitivos, cuja base é a real percepção dos fenômenos físicos.

Este erro reflete uma percepção deturpada sobre a verdade dos fatos. Por ignorar a legítima situação do fato, o agente encontra-se privado em sua inteligência da verdade fática presente.

## 4.3 Pressupostos

Para que a legítima defesa possa ser reconhecida, faz-se necessário o concurso das seguintes condições:

- a) Um ato alheio, capaz, segundo o senso comum, de ser interpretado como capaz de fazer perecer um direito daquele que se considera agredido. Mesmo

que não constitua uma agressão efetiva – o que seria incompatível com o instituto e, análise - o ato deve apto a provocar no agente a idéia de prenúncio de ofensa, suscitando um medo e criando o estado psicológico de defesa;

b) O erro na interpretação do fato, que deve ser fundada em um vício de inteligência capaz de provocar temor por um suposto perigo iminente. LINHARES (1974, p. 289) considera indispensável que: “Além dos fatos positivos que justifiquem a errônea interpretação, haja a razoabilidade deste temor, medida num confronto entre a média da sensibilidade e das normais percepções psíquicas nas circunstancias peculiares do acontecimento”

c) Que a suposta agressão seja injusta; é preciso que a injustiça da ofensa seja erroneamente injusta, pois caso contrário faltaria um dos pressupostos da legítima defesa. Deste modo, se o agente tiver dado causa ao aparecimento de um eventual perigo contra si, não pode invocar a discriminante, ainda que agisse na errônea suposição da existência do perigo provocado.

d) Que tenham sido usados os meios necessários para repelia a injusta agressão;

e) Que o uso desses meios tenha sido feito com relativa moderação.

Observa-se que os três últimos pressupostos da legítima defesa putativa, agressão injusta, uso dos meios necessários e moderação, coincidem com a legítima defesa real, diferenciando-se desta, basicamente no elemento de ordem interna – falsa percepção acerca do fato real – por parte do agressor.

#### 4.4 Natureza jurídica: erro de tipo permissivo ou erro de proibição?

Uma análise superficial do artigo 23 do Código Penal Brasileiro leva a crer que a legítima defesa putativa é uma excludente de ilicitude.

##### Exclusão de ilicitude

Art 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade

II – em legítima defesa

Analisando a Legítima Defesa Putativa ver-se-á que ela é objetivamente ilícita. Não se utilizando a exclusão de ilicitude para afastar a responsabilidade penal, os pensadores do direito tiveram que formular teorias para dar validade e fundamento jurídico ao instituto. Surgiram, então, duas teorias: a teoria limitada da culpabilidade e a teoria extremada da culpabilidade.

A primeira, defendida por Nelson Hungria Hoffbauer e outros, diz que não há como negar a antijuricidade da parte objetiva da Legítima Defesa Putativa. A responsabilidade penal será aqui afastada pela ausência de outra condição indispensável ao crime. Não estando ela na parte objetiva só pode estar na parte subjetiva. Esta condição é o dolo.

Assim dispõe o Código Penal em seu artigo 20:

##### Erro sobre elementos do tipo

Art. 20 O erro sobre elemento do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

##### Descriminantes putativas

§ 1º 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 fato é punível como crime culposo.

No mesmo sentido, expõe Nelson Hungria Hoffbauer (1936, p. 80):

[...]a única solução justa que comporta o tema da legítima defesa putativa é a seguinte: a impunibilidade, na espécie, vem de que o erro em que labora o agente, ainda que não incida sobre circunstancias essenciais objetivas, atinentes ao molde penal, exclui o dolo, porque impede a consciência da injuridicidade da ação, entendida esta na aceção e limite que já fixamos.

Quando o autor pratica seu ato, não tem a intenção de praticar um ato injusto. Diante da situação que acredita estar, age na certeza de que pratica ato legal. Em nenhum momento pretende ferir o ordenamento jurídico, não age com o intuito de cometer um crime. Acredita estar agindo em acordo com a moral e com a lei.

Assim sendo, como dizer que agiu com dolo? Como condená-lo por crime doloso? O mesmo autor acrescenta que "se o dolo é indispensável a relação psychica entre o agente e o character antijuridico da acção, e si um erro, qualquer que elle seja, insuperável ou não, intercepta essa relação, não há falar-se em crime doloso".

A Legítima Defesa Putativa, para esse autor, se baseia na ausência do dolo.

A segunda, defendida por Heleno Cláudio Fragoso (1985, p.216) e outros, alega que é afastada a responsabilidade penal na Legítima Defesa Putativa devido ao erro de proibição.

Este tipo de erro está amparado pelo artigo 21 de nosso Código Penal. Ao contrário do erro de tipo, aqui constata-se a presença do dolo, já que o agente age tendo esta consciência de que está acobertado pela licitude. O agente sabe que está realizando uma conduta típica, ele quer realizá-la. A questão é que acredita que,

apesar de típica, sua conduta é permitida. O erro do agente incide na ilicitude do fato, excluindo a culpabilidade.

Mirabete (2001, p.190) analisa muito bem este erro sobre a ilicitude. Veja-se o que diz esse autor:

O erro sobre a ilicitude do fato, como o denomina a lei, ocorre quando agente, por erro plenamente justificado não tem ou não lhe é possível o conhecimento da ilicitude do fato, supondo que atua licitamente. Atua ele voluntariamente e, portanto, com dolo, porque seu erro não incide sobre os elementos do tipo, mas não há culpabilidade, já que pratica o fato por erro quanto à antijuridicidade de sua conduta. Para haver culpabilidade, é bastante que o agente saiba que seu comportamento contradiz as exigências da vida social e que, por conseguinte, se acha proibido juridicamente. A consciência da ilicitude resulta da apreensão do sentido axiológico das normas de cultura, independentemente da leitura do texto legal. Mas, se por qualquer razão, quando ele próprio, por não ter tido sequer a possibilidade de desconhecer o injusto de sua ação, comete o fato sem se dar conta de estar infringindo alguma proibição, sua conduta não pode ser tida como censurável, inexistindo, por isso, a culpabilidade.

Como já foi dito, para os que defendem a Legítima Defesa Putativa como erro de proibição, não há como se negar a injuridicidade da parte objetiva e subjetiva, uma vez que não se exclui o dolo.

O agredido afasta a agressão do suposto agressor sabendo que comete fato típico, mas se julga amparado pelo artigo 23 do Código Penal, quando na verdade não está.

Assim entende que Heleno Cláudio Fragoso(1985, p.216):

Parece-nos que o erro neste caso é de proibição. O agente erra sobre a ilicitude de seu comportamento, sabendo perfeitamente que realiza a conduta típica, tanto do ponto de vista objetivo como subjetivo. Para usar a fórmula da jurisprudência alemã, o agente aqui sabe o que faz, mas supõe erroneamente que estaria permitido. Exclui-se não a tipicidade, mas sim a reprovabilidade da ação.

A Legítima Defesa Putativa, para esse autor, se baseia no afastamento da culpabilidade.

Luiz Flávio Gomes (*apud* GRECCO, 2007, P. 311) , discorda de todas as teorias acima e afirma não ser caso nem de erro de tipo nem de proibição. Segundo o renomado penalista:

o erro de tipo permissivo, segundo a moderna visão da culpabilidade, não é um erro de tipo incriminador excludente do dolo nem pode ser tratado como erro de proibição: é um erro *sui generis*, excludente da culpabilidade dolosa: se inevitável, destarte, exclui a culpabilidade dolosa, e não o dolo, não restando nenhuma responsabilidade penal para o agente; se vencível o erro, o agente responde pela culpabilidade negligente(= pela pena do crime culposos, se previsto em lei), não pela pena do crime doloso, com possibilidade de redução. [...] Esta solução apresentada pela 'teoria da culpabilidade que remeta a consequência jurídica' é a que, segundo penso, está inteiramente de acordo com o nosso *jus positum*. É ela que, adequadamente ao Código Penal Brasileiro, explica a natureza jurídica, as características do erro nas discriminantes putativas fáticas( =erro de tipo permissivo), disciplinado no art. 20, § 1º do CP.

Trata-se, em verdade, de erro *sui generis*, pois segundo ele não se exclui o dolo, como afirma a teoria limitada da culpabilidade. Diverge também da teoria extremada da culpabilidade, pois esta afirma que quando o erro é vencível, o sujeito responde pela pena do crime doloso diminuída.

Na verdade, a legítima defesa putativa, enquanto dirimente putativa, é mesmo, como dizem alguns autores, um erro *sui generis*, pois não pode ser classificado como erro de tipo, por não recair sobre os elementos do tipo, e não pode ser classificado como erro de proibição, pois se o fosse seus efeitos deveriam ser os mesmos dos outros erros de proibição. Seria uma espécie intermediária: um erro de proibição, por recair sobre a antijuridicidade, mas com efeitos de um erro de tipo, por excluir o dolo.

Contudo, diante da persistência da controvérsia acerca da natureza jurídica do instituto, é necessário que o legislador pátrio resolva abordar a temática, disciplinando de forma clara e precisa o enquadramento desta discriminante putativa no Código Penal Brasileiro.

#### 4.5 Importância da legítima defesa putativa

Finalmente, apresenta-se a importância da legítima defesa putativa diante do quadro de insegurança experimentado pela sociedade brasileira.

É sabido que o país encontra-se em um momento histórico de elevada inquietude das pessoas no que concerne à questão da segurança pública. Este quadro se verifica especialmente nas médias e grandes cidades, e é determinado pelos elevados índices de criminalidade, com notícias diárias de homicídios, latrocínios, seqüestros relâmpagos, assaltos etc.

Diante deste quadro, imagine-se a seguinte hipótese: O dono de uma pequena fábrica de confecções localizada no pirambu em Fortaleza, bairro este freqüentador assíduo dos noticiários policiais em função dos altos índices de criminalidade, encontra-se no seu pequeno escritório fazendo a contagem do dinheiro para o pagamento salarial de seus funcionários, quando constata a súbita entrada de dois rapazes no recinto, que, sem se identificarem se dirigem a ele. Pensando tratar-se de um assalto, o empresário reage, desferindo-lhes tiros fatais. Porém, na apuração do fato, ficou-se evidenciado que os rapazes lá estavam à procura de emprego, e não para praticar assalto, como o assustado empresário imaginara.

Numa análise superficial, estaria tipificado o crime de homicídio, sem o benefício da excludente de ilicitude da legítima defesa, pois o fato não atenderia ao requisito da agressão atual ou iminente, que ocorreu apenas na mente do empresário, não se verificando no mundo real.

Contudo, o fato configura legítima putativa ou imaginária que se enquadra nas chamadas discriminantes putativas, previstas no § 1º do art. 20 do Código Penal.

Assim sendo, fica nítida a importância da legítima defesa putativa no meio em que se vive, pois nada mais justo que isentar de pena o acuado empresário, haja vista que a realidade social incutira em seu intelecto significativo estado de perturbação capaz de lhe retirar o discernimento para a prática de um ato não desejado.

Outrossim, o ordenamento jurídico pátrio não admite a responsabilidade penal objetiva, sendo, pois, imprescindível a presença do elemento subjetivo na modalidade de dolo ou de culpa, o que não ocorre quando, diante de uma viciada análise do fato presente se comete um fato tido como "típico".

Abaixo, estão algumas hipóteses de ocorrência da legítima defesa putativa, julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

LEGÍTIMA DEFESA - Putativa - Caracterização - Efetuado um único disparo, com intenção de repelir agressão injusta e iminente - Semelhança entre as vestes da vítima e do agressor - Local de pouca visibilidade - Absolvição mantida - Recurso não provido. (Recurso em Sentido Estrito n. 154 804-3 - Aparecida - Relator: JARBAS MAZZONI - CCRIM 1 - V.U. - 10.04.95)

LEGÍTIMA DEFESA - Putativa - Ocorrência - Hipótese em que, à noite, policiais dirigiram-se à porta da residência do réu, chamando-no, sem se identificarem - Recorrido que disparou várias vezes para o alto - Excludente reconhecida - Recurso não provido. (Relator: Egydio de Carvalho - Recurso em Sentido Estrito n. 139 447-3 - Campinas - 30.05.94)

LEGÍTIMA DEFESA - Putativa - Reconhecimento - Réu que após haver desentendido com a vítima viu que esta se aproximou armada, e acreditando que o fosse agredir, sacou de sua arma e realizou disparos -

Absolvição mantida. (Relator: Alberto Marino - Recurso em Sentido Estrito n. 133.225-3 - Jaboticabal - 02.05.94)

Estas jurisprudências contém o traço comum da falsa percepção da realidade que caracteriza a legítima defesa putativa. Em todos os casos, o agente supondo estar prestes a ser agredido repeliu a suposta agressão, estando a sua conduta justificada pelo instituto em análise.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia procurou demonstrar a importância e aplicação da Legítima Defesa Putativa. Buscando a evolução histórica do instituto, analisou-se a sua evolução e desenvolvimento desde os primórdios da existência humana até os dias atuais.

Em seguida, foram analisadas as teorias que visam dar embasamento científico ao instituto, onde ficou demonstrado que a teoria da ausência de antijuricidade é a adotada pelo direito positivo brasileiro, e é corrente majorante entre os doutrinadores pátrios.

Passando para a conceituação da legítima defesa putativa, demonstrou-se que o agente diante de uma situação fática pode cair em erro julgando-se diante de uma realidade que só existe na sua mente. Acuado pela realidade que cria em sua mente, age na defesa de uma agressão ilusória. Além dessa fantasia criada pelo agente, é necessário que a suposta agressão seja atual ou iminente, ameaçando um direito, e que sua repulsa seja através dos meios necessários sem que haja excesso.

Apresentou-se a discussão doutrinária acerca da natureza jurídica do instituto, onde alguns doutrinadores entendem se tratar de erro de tipo permissivo e outros de erro de proibição. Concluiu-se que trata-se de um erro *sui generis*, que possui características de erro de tipo, como também de erro de proibição.

Destacou-se a importância do reconhecimento da legítima defesa no violento meio social brasileiro, com ênfase a sua importância diante da impossibilidade de reconhecimento da legítima defesa real.

À primeira vista, o entendimento do instituto parece bem simples, mas sua justificação vem se demonstrando tema bastante polêmico. A dúvida entre o cabimento do erro de tipo ou do erro de proibição se demonstra bastante viva entre os pensadores brasileiros.

Apesar do instituto ser tão antigo quanto à existência do ser humano, seu completo entendimento ainda não foi atingido. Aqui, lida-se com a mente humana, seus instintos mais primitivos, onde a razão não impera e o meio pode fantasiar uma realidade inexistente. Portanto, árdua é a missão de procurar estudar, entender, racionalizar o que não é movido pela razão e sim pelo instinto.

## REFERÊNCIAS

1. ALVES, Roque de Brito. *Ciência criminal*. Rio de Janeiro. Forense, 1995.
2. BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
3. CNBB. *Bíblia Sagrada*. 5ª ed. São Paulo. Canção Nova, 2007
4. CÓDIGO PENAL, 7 ed. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2005
5. DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991
6. HOFFBAUER, Nelson Hungria. *Legítima Defesa Putativa* 1ª Ed.. Rio de Janeiro: Ed. Livraria Jacintho, 1936.
7. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985.
8. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 8ª Ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2007
9. INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. *Da Exclusão de Ilicitude*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
10. JESUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Geral*. 24ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.
11. LINHARES, Marcello Jardim. *Legítima Defesa*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1974.
12. MIRABETE, Julio Fabrini. *Código Penal Interpretado*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2001.
13. SILVA, de Plácido e. *Vocabulo Jurídico*. 5ª ED. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1978.