



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCAS GONDIM COELHO

**LEGÍTIMA DEFESA E COMMODUS DISCESSUS: UM EXAME
DA FORMAÇÃO HISTÓRICA DA LEGÍTIMA DEFESA E DO
PRESSUPOSTO DA FUGA À LUZ DA DOUTRINA DE
LIMITAÇÕES ÉTICO-SOCIAIS.**

**RECIFE
2021**

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUCAS GONDIM COELHO

**LEGÍTIMA DEFESA E COMMODUS DISCESSUS: UM EXAME DA
FORMAÇÃO HISTÓRICA DA LEGÍTIMA DEFESA E DO PRESSUPOSTO
DA FUGA À LUZ DA DOCTRINA DE LIMITAÇÕES ÉTICO-SOCIAIS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito na Faculdade Damas.
Linha de pesquisa: História da ideias penais.

Orientador: **Prof. Dr. Ricardo de Brito
Albuquerque Pontes Freitas.**

**RECIFE
2021**

Resumo

A presente dissertação tem como escopo abordar a possibilidade da fuga ser pressuposto do instituto da legítima defesa, porém somente nos casos abarcados pela doutrina das limitações ético-sociais. Nesse sentido, a nova realidade da dogmática penal caminha no sentido da inserção da Política Criminal, imposta pelo funcionalismo operado por Roxin, nos institutos jurídicos. Nesse sentido, surge a doutrina de limitações ético-sociais da legítima defesa, onde aparecem situações especiais nas quais o fundamento supra-individual do instituto é reduzido, ou seja, o prevalecimento do direito perante injusto é menor, tendo em vista que o conceito é graduável e se amolda ao caso concreto. Assim, primeiramente, faz-se imprescindível uma investigação histórica do processo social que o instituto atravessou, analisando a sua aplicação dentro do contexto histórico, social e político. Após isso, realizou-se uma abordagem doutrinária a partir da divisão metodológica utilizada por parte da doutrina, que divide o instituto em: “ação de legítima defesa” e “situação de legítima defesa”. Nessa perspectiva, na “ação de legítima defesa” aborda-se as peculiaridades da agressão injusta atual e iminente. Já na “situação de legítima defesa” estuda-se o uso moderado dos meios necessários, a defesa necessária. Nesse espeque, todos os elementos do instituto devem ser analisados a partir de uma ideia de prevenção geral positiva e negativa, sendo condizente essa aplicação com o fundamento social do instituto e, nos casos abarcados pela doutrina das restrições ético-sociais, a situação fática não exige um prevalecimento do direito tão elevado como na legítima defesa comum. Ressalta-se que a doutrina ético-social é amplamente debatida pela jurisprudência e doutrina alemã, todavia a doutrina nacional ainda não se deteve profundamente sobre o tema.

Palavras-chave: Legítima defesa. Fundamento supra-individual. Doutrina de limitações ético-sociais.

Abstract

The present dissertation has as scope to approach the possibility of the flight as being presupposed of the institute of self-defense, however only in the cases covered by the doctrine of the ethical-social limitations. In this sense, the new reality of criminal dogmatics moves towards the insertion of Criminal Policy, imposed by the functionalism operated by Roxin, in the legal institutes. In this sense, there arises the doctrine of ethical and social limitations of self-defense, where special situations appear in which the supra-individual foundation of the institute is reduced, that is, the prevalence of the right in the face of unjust is less, considering that the concept is graduated and conforms to the specific case. Thus, first, a historical investigation of the social process that the institute went through is essential, analyzing its application within the historical, social and political context. After that, a doctrinal approach was carried out based on the methodological division used by the doctrine, which divides the institute into: "self-defense action" and "self-defense situation". From this perspective, the "self-defense action" addresses the peculiarities of the current and imminent unjust aggression. In the "situation of self-defense", however, the moderate usage of the necessary means is studied, the necessary defense. In this regard, all elements of the institute must be analyzed from an idea of general positive and negative prevention, consistent with this application with the social foundation of the institute and, in cases covered by the doctrine of ethical and social restrictions, the factual situation does not demand a prevalence of the law as high as in the common legitimate defense. It is noteworthy that the ethical-social doctrine is widely debated by German jurisprudence and doctrine, however the national doctrine has not yet focused deeply on the topic.

Keywords: *Self-defense. Supra-individual foundation. Doctrine of ethical and social limitations.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 - A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGÍTIMA DEFESA: DO DIREITO ROMANO AOS DIAS ATUAIS	18
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	18
1.2 A LEGÍTIMA DEFESA NO DIREITO ROMANO.....	20
1.3 A LEGÍTIMA DEFESA NO DIREITO CANÔNICO.....	23
1.4 A LEGÍTIMA DEFESA NA IDADE CONTEMPORÂNEA ATÉ OS DIAS ATUAIS.....	26
CAPÍTULO 2 - A SITUAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA	40
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	40
2.2 A ANTIJURIDICIDADE DA AGRESSÃO.....	40
2.3 A AGRESSÃO COMO CONDUTA HUMANA DOLOSA.....	43
2.4 A ATUALIDADE DA AGRESSÃO.....	53
CAPÍTULO 3 - A AÇÃO EM LEGÍTIMA DEFESA	57
3.1 A DEFESA NECESSÁRIA.....	57
3.2 O USO MODERADO DO MEIO NECESSÁRIO.....	62
3.3 DO ELEMENTO SUBJETIVO, O CONHECIMENTO DA SITUAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA.....	68
CAPÍTULO 4 - ANÁLISE DA FUGA (<i>COMMODUS DISCESSUS</i>) NA LEGÍTIMA DEFESA A PARTIR DA DOUTRINA DE LIMITAÇÕES ÉTICO-SOCIAIS	72
4.1 O FUNDAMENTO DOUTRINÁRIO DE LIMITAÇÕES ÉTICO-SOCIAIS EM FACE AO PRESSUPOSTO DA FUGA, AJUDA DE AUTORIDADE POLICIAL OU DE TERCEIROS.....	72
4.2 REQUISITOS E CASOS ABARCADOS PELA DOUTRINA DE LIMITAÇÕES ÉTICO SOCIAIS.....	80
4.2.1 O AGRESSOR INculpáVEL OU COM CulpABILIDADE DIMINUÍDA.....	80
4.2.2 DA AGRESSÃO PROVOCADA ANTIJURIDICAMENTE PELO AGREDIDO.....	82
4.2.3 DAS AGRESSÕES IRRELEVANTES.....	87
4.2.4 DA RELAÇÃO DE GARANTIA ENTRE AGRESSOR E AGREDIDO	89
4.3.5 DA AGRESSÃO MEDIANTE A UMA AMEAÇA CONSTITUÍDA DE CHANTAGEM.....	93
CONCLUSÕES	95
REFERÊNCIAS	100

INTRODUÇÃO

Esta dissertação terá como escopo analisar a possibilidade da fuga como pressuposto da ação em legítima defesa em face da doutrina de limitações ético-sociais, adotando-se, sobretudo, o pensamento de Claus Roxin. Nessa perspectiva, examinar-se-á o funcionalismo operado por Roxin, em que a legítima defesa tem uma função social da afirmação do direito perante o injusto. Desse modo, a doutrina funcionalista, com base nessa fundamentação, afirma a desnecessidade de fuga como critério imprescindível a ser analisado na ação em legítima defesa. Todavia, por outro lado, dentro de um Estado Democrático de Direito, o agressor não deixa de ser um sujeito de direitos por ter realizado uma agressão injusta, ilícita. Nesse ponto, surge a doutrina de limitações ético-sociais da legítima defesa, que busca equilibrar, dentro de um determinado grupo de casos, essa difícil relação entre o direito a uma defesa eficaz e o agressor como portador de direitos.

Destarte, analisar-se-á a possibilidade do agredido utilizar-se do *commodus discessus*, ou seja, empregar uma fuga cômoda diante de uma agressão injusta, só sendo aceita a utilização desse pressuposto em determinadas situações especiais, como, por exemplo, a agressão de um inimputável. Assim, nos casos elencados pela doutrina de restrições ético-sociais, no caso concreto, o fundamento social da afirmação do direito perante o injusto é menor e, portanto o agredido poderá optar por fugir de forma cômoda

ao invés de repelir a agressão ilícita. Pois, do contrário, de forma supérflua causaria dano ao agressor¹.

Ressalta-se que a própria legislação prevê no art.25 do Código Penal pátrio expressamente o uso moderado dos meios, analisando-se cada caso concreto; portanto, o legislador visou a preservação de todos os bens jurídicos sujeitos à violação, até mesmo do indivíduo que começou com a agressão injusta. Dessa maneira, estuda-se a possibilidade do pressuposto da fuga cômoda como critério a ser analisado na legítima defesa pátria, todavia só nos casos determinados na doutrina de limitações ético-sociais.

A legítima defesa surgiu no direito romano na Lei XII Tábuas, ocorre que ao longo da história passou por diversas modificações, suprimindo ou criando novos elementos, adequando-se ao contexto sócio-político da época. Na sociedade contemporânea, surgem novos problemas que devem ser resolvidos a partir de soluções políticas criminais. Sendo assim, frente às exigências dos atuais Estados Democráticos de Direito, surge a legítima defesa limitada em razão das questões ético-sociais, tendo o instituto que se adequar à nova realidade da dogmática penal, da política criminal e do jurídico constitucional.

A legítima defesa como é posta atualmente pela doutrina brasileira, passa por um período longo de estagnação, ignorando as mudanças sociais, políticas e jurídicas ocorridas nas últimas décadas. Nessa toada, é preciso uma análise como será feita nesta dissertação, a partir do contexto histórico e cultural que o instituto atravessou; dessa

¹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. A legítima defesa da honra e o 'commodus discessus': um enfoque axiológico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 39, n. 156, p. 33-40, out./dez., 2002, p.38)

forma, exercendo uma influência considerável sobre as teorias contemporâneas, visando a sua legitimação constitucional face às exigências do Estado Democrático de Direito.

Nosso estudo do instituto toma como ponto de partida um enfoque teleológico, ou seja, analisando as finalidades do Direito Penal, neste caso da legítima defesa. Nesse espeque, há duas finalidades que são a defesa dos bens jurídicos e a função social, ou seja, a finalidade de proteger bens jurídicos individuais e de afirmação do direito perante o injusto. Assim, o indivíduo que sofre a agressão, poderá ir até aonde for preciso para fazer cessa-la. Sendo assim, tendo a função de servir de advertência aos futuros agressores, no caso de uma agressão ilícita, conseqüentemente, cumprindo com a função de prevenção geral negativa.

Nesse sentido, o direito de exercer a legítima defesa, não protege apenas o bem jurídico individual (como a vida, a integridade física e a propriedade), outrossim, guarda a validade da ordem jurídica. Desse modo, a doutrinária majoritária entende que se a proteção à legítima defesa abrange apenas o bem jurídico individual, ela não poderia ser legitimada. Assim sendo, a legítima defesa só tem validade quando é considerada a proteção à ordem jurídica, posto que esta que legitima o princípio de que o direito não deve ceder perante o injusto. Caso contrário, o agredido não poderia exercer o direito à legítima defesa, sendo obrigado a proteger seus bens mediante o emprego da fuga².

Portanto, a legítima defesa tem dois fundamentos. O fundamento individual é a proteção de bens jurídicos, quer dizer, o agente só poderá atuar licitamente se a reação empreendida tutelar bem jurídico próprio ou de terceiro. Nesse ponto, coerentemente com

2 FRISCH, Wolfgang. Sobre a problemática e sobre a necessidade de uma refundação da dogmática da legítima defesa. **Revista de Estudos Criminais**, Santa Catarina, abril/junho., 2020, p.12.

esse fundamento, todos os bens jurídicos, sem exceção, são tutelados pelo direito à legítima defesa.

Todavia, falar unicamente desse pressuposto individual não aclara a diferença entre a legítima defesa e o estado de necessidade, uma vez que os dois institutos têm em comum a proteção individual de bens jurídicos. Por esse motivo, é importante ressaltar o fundamento social dessa causa de justificação, isto é, a afirmação do Direito perante o injusto. Então, a ordem jurídica tem o interesse na defesa contra agressões antijurídicas e atuais, pois, quem se defende, protege também a ordem jurídica, afirmando-a e deixando claro que não há como contrariá-la sem riscos³, respeitando-se assim, os fins de prevenção geral e especial, ou seja, havendo um restabelecimento da ordem jurídica e ao mesmo tempo uma intimidação do agressor frente ao direito rígido da legítima defesa.

Nesse sentido, exigir a fuga como pressuposto indeclinável da legítima defesa não guardaria, a priori, sentido com o fundamento social do instituto, tendo em vista que o direito não deve ceder ao injusto. Por esse motivo, não se exige, como no estado de necessidade, que não possui o mesmo fundamento social da legítima defesa, a inevitabilidade da reação ou mesmo a proporcionalidade da defesa. Assim, a legítima defesa pode ir tão longe quanto for necessário para a defesa do bem jurídico agredido, mesmo que o agente atue de forma desproporcional, desde que o perigo ou agressão ao bem jurídico não tenha cessado.

Todavia, há casos, abarcados pela teoria das limitações ético-sociais da legítima defesa, em que a afirmação do direito perante o injusto é consideravelmente

³ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madri : Civitas, 1997, p.608-609.

menor e algumas limitações precisam ser impostas. Pensemos nos casos do agressor inculpável, por exemplo. É bem verdade que quando o indivíduo está protegido por uma causa de exclusão de culpabilidade, o Direito abdica de aplicar a pena, mas, mesmo assim, pode-se ainda continuar defendendo o direito perante o injusto – de uma maneira reduzida –, protegendo o agredido de uma agressão de um inimputável a bens jurídicos seus⁴. Porém, a ação de legítima defesa deve seguir alguns requisitos que limitam a sua atuação.

Por oportuno, destaca-se que a legítima defesa cumprirá a função da prevenção geral negativa e positiva, levando a um estudo da famigerada teoria da pena. A prevenção geral positiva reforça o sentimento de valores comunitários, através do restabelecimento da ordem jurídica, ou seja, reforça valores sociais através do restabelecimento da norma. Já prevenção geral negativa é a intimidação do cidadão com a função de desestimular a prática de crimes ou agressões ilícitas e, portanto, é a intimidação do futuro criminoso que ocorre através da própria cominação da pena⁵; pode-se dizer que esta ocorre em dois momentos: 1) na previsão abstrata nos tipos penais; 2) na aplicação da pena privativa de liberdade. Assim sendo, cumprirá com as finalidade teleológicas da legítima defesa, consequentemente dissuadindo os indivíduos que vivem em sociedade da prática de novos crimes.

Vale a pena ressaltar que a teoria da intimidação do cidadão, recebeu o nome de “teoria psicológica da coação”, e foi desenvolvida por Paul Johann Anselm v. Feuerbach. Segundo o autor, todas as infrações têm origem psicológica, havendo um impulso nos

4 ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madri : Civitas, 1997, p.638.

5 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba : Lúmen Júris, 2008, p.454-455.

sentidos que leva o indivíduo a cometer o crime, todavia este pode ser suprimido com toda a seguridade quando indivíduo tem a ciência que o seu feito será seguido de um mal inevitável, o que levará a um prejuízo, surgindo o impulso no indivíduo de não cometer o crime⁶.

Antes de adentrarmos no instituto da legítima defesa, ademais, é preciso frisar o conceito de antijuridicidade, que é um dos elementos da teoria do crime. O primeiro a abordar a antijuridicidade, como um dos elementos do crime, foi Von Liszt, que afirmava: “Como injusto, o crime, do mesmo modo que o delito civil, é ilegal, ou por outros termos é a transgressão de uma norma do Estado, de um preceito proibitivo ou imperativo da ordem jurídica”⁷. Do conceito estabelecido por Liszt, pode-se dizer que a antijuridicidade manifesta a ideia de contrariedade, de negação do direito⁸, sendo assim, é uma contrariedade de um indivíduo com uma norma do direito.

Segundo Bettiol, antijuridicidade é um juízo de valor feito a uma relação fática que lesa ou põe em risco um bem jurídico, tendo natureza objetiva⁹, ou seja, todas as características subjetivas não pertencem à ilicitude. Já Cláudio Brandão, ressalta que “alguns aspectos da antijuridicidade são subjetivos”¹⁰, e, devido a esse fato, a

6 ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madri : Civitas, 1997, p. 89-90.

7 LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Campinas : Russell, 2003, p.236.

8 LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura jurídica do crime**. São Paulo : Saraiva, 1993, p.39.

9 BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1966, p. 323.

10 BRANDÃO, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro : Forense, 2002,p. 101.

antijuridicidade do fato não se esgota na desaprovação do resultado, surgindo o desvalor da ação, ou seja, na sua forma de produção¹¹.

Nessa pesquisa, o estudo doutrinário da legítima defesa será abordado como metodologicamente Taipa de Carvalho dividiu o instituto: a “situação de legítima defesa” e a “ação de legítima defesa”. Nessa toada, na “situação em legítima defesa” estuda-se o requisito da agressão injusta atual ou iminente. Já na “ação de legítima defesa” estuda-se o requisito do uso dos meios necessários para repelir a agressão. Assim, essa diferenciação é essencial para o desenvolvimento doutrinário do instituto; percebe-se que os autores que causaram uma confusão entre essa distinção tornaram a sua obra de difícil compreensão.

Para caracterização da legítima defesa, é necessário o preenchimento de requisitos essenciais, seja da situação ou da ação. Dessa forma, para um ato de defesa é necessário primeiro uma agressão, já que sem ela o fato é indiferente ao direito, pois sem ela, não temos bens jurídicos em perigo¹². Além da exigência de uma agressão, é preciso que ela seja injusta, ou seja, que ameace ou ofenda bens jurídicos protegidos¹³.

Nessa toada, é preciso conceituar perigo, porque é a noção de perigo que fundamenta o estudo da agressão injusta. Devemos, antes de tudo, diferenciar dano de perigo: este, é uma probabilidade de um dano; aquele, é a perda de um bem ou sacrifício

11 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo : Saraiva, 2003, p.245.

12 VENZON, Altayr. **Excessos na legítima defesa**. Porto Alegre : Fabris, 1989, p.45.

13 PEREIRA TEIXEIRA, Diana. A agressão a ensejar legítima defesa: uma proposta de releitura dogmática. **Direito e democracia**. Canoas, v. 3, n. 2, p. 385-411, ago./dez., 2002, p.400.

do interesse, tendo uma modificação no mundo exterior¹⁴. Sendo assim, para termos uma agressão injusta, primeiro, tem que existir um perigo efetivo ou potencial, não sendo qualquer perigo, “mas, antes, a possibilidade de um dano qualificado por uma apreciável intensidade, provável violação de um interesse”¹⁵.

Todavia, é necessária além de uma agressão injusta, que ela seja atual ou iminente: esta, é a que está prestes a acontecer; aquela, é a agressão que está acontecendo¹⁶.

Discorrido sobre o que vem a ser uma agressão injusta atual ou iminente, passamos a analisar a reação, mais precisamente a necessidade e a proporcionalidade. Nesse sentido, toda reação, em regra, assume a forma de ação, devendo ser necessária e proporcional para repelir a agressão injusta. Já por meio necessário, deve-se entender “a exigência da utilização do meio de defesa menos gravoso ao agressor”¹⁷. Dessa maneira, caso o agredido tenha ao seu alcance vários meios necessários, deverá empregar o menos gravoso ao agressor, todavia, se ele só tiver um meio, este será o necessário. Vale ressaltar que não podemos confundir moderação com meio necessário, posto que pode ser até o meio necessário, mas o seu uso pode ser imoderado¹⁸.

14 LA MEDICA, Vincenzo. **O direito de defesa**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas : Bookseller, 1996, p.98.

15 LINHARES, Marcelo Jardim. **Legítima defesa**. São Paulo : Saraiva, 1975, p.203.

16 SILVA, M. Nelson. **Legítima defesa**. Passo Fundo : Edições Dispel, 1964, p.67.

17 CARVALHO, Américo A. Taipa de. **A legítima defesa**. Coimbra : Coimbra Editora, 1995, p.319.

18 BUSSADA, Wilson. **Legítima defesa interpretada pelos tribunais**. 2. ed. Porto Alegre : Síntese, 1978, p. 106.

Destarte, quanto à proporção, é requisito o uso moderado dos meios necessários, levando-se a um estudo da proporcionalidade. De acordo com Teixeira¹⁹, a proporcionalidade tem que ser analisada a partir da agressão e da consequência da reação, de forma relativa, adequando-se a cada caso concreto, ou seja, sendo analisada a intensidade e a gravidade da agressão que varia de caso a caso. Além disso, é necessário analisar o elemento subjetivo da moderação daquele que se encontra em uma situação de perigo, já que o indivíduo que se encontra nessa situação, não pode avaliar de modo preciso se a sua defesa foi estritamente proporcional²⁰, pois há o fator surpresa que é imprescindível na análise da causa de justificação.

Ademais, segundo a doutrina dominante, quem se defende deve ter a vontade de defesa; sendo assim, é preciso como um requisito implícito da legítima defesa, o *animus defendendi*. Nesse sentido, é o entendimento de Cláudio Brandão²¹, além dos requisitos objetivos da legítima defesa, é necessário ocorra um requisito subjetivo, simultaneamente, que é a vontade de se defender, isto é, a vontade defender os bens jurídicos atacados. Assim, caso a agressão já tenha cessado, não é possível a caracterização desse requisito, posto que só existe vontade de se defender caso exista ataque, ou seja, se este já houver cessado, não podemos falar em defesa, e sim, em vingança.

19 TEIXEIRA, Antonio Leopoldo. **Da legítima defesa**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996, p.68.

20 ALVES, Roque de Brito. **A moderação na legítima defesa**. Recife : União Gráfica, 1957,p 54-55.

21 BRANDÃO, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro : Forense, 2008, p.194-195.

Não obstante, vem crescendo uma corrente que recusa o *animus defendendi* como elemento subjetivo, porém ainda é parte minoritária na doutrina. Um destes é Taipa de Carvalho, que defende o “conhecimento da situação de legítima defesa” como o único elemento subjetivo inerente ao instituto.

Sendo assim, a presente pesquisa tem como escopo abordar a aplicabilidade no campo prático do pressuposto da fuga no instituto da legítima defesa, apenas nos casos da doutrina de limitações ético-sociais. Em virtude dessa importância de analisar casos práticos, a pesquisa é direcionada aos aplicadores do direito, principalmente, aos magistrados, já que estes têm a missão de julgar o caso concreto.

Desse modo, far-se-á uma abordagem utilizando-se como fonte de pesquisa a doutrina e a jurisprudência, com relação ao pressuposto da fuga em face da legítima defesa, explanando sobre os principais conceitos abordados por grandes doutrinadores especialistas no assunto. Destarte, esta consiste em pesquisas bibliográficas, artigos jurídicos, livros especializados para a coleta de dados e para a análise dos mesmos. Contudo, ter-se-á de levar em consideração o momento histórico de cada posição doutrinária e a previsão no Código Penal em conjunto com a Constituição Federal de 1988.

Todavia, quando se analisa a temática, observa-se que a doutrina pátria abandonou o objeto ora pesquisado, não havendo abordagem posterior à Carta Magna de 88, por isso, faz-se necessária uma nova pesquisa sobre o assunto. Por isso, a pesquisa utiliza como base a doutrina estrangeira, embora tenha como escopo analisar a possibilidade do pressuposto da fuga na nossa realidade brasileira, desde que estejamos diante das hipóteses abarcadas pela doutrina alemã de limitações ético-sociais.

O método utilizado nessa dissertação foi o hipotético-dedutivo. De acordo com Karl Popper, que desenvolveu esse método, este consiste em uma consequência lógica a partir de uma falsabilidade. Nesse sentido, sua aplicação torna-se viável quando se tem uma lacuna no direito, podendo-se falsear as respostas, lançando-as e refutando-as, ou seja, no funcionalismo operado por Roxin, a priori, há o prevalecimento do direito perante o injusto, porém nas situações abarcadas pela doutrina de restrições ético-sociais este é menor.

Nesse espeque, o método científico de Popper, consiste em testar possíveis soluções para determinados problemas, e a partir daí surgem novas investigações e novas soluções. Assim, novas soluções são propostas e criticadas, contudo se uma solução proposta não está aberta à crítica, ela é excluída e não se torna científica, embora talvez temporariamente, inclusive, se for considerada científica. Haja vista que o futuro faz com que novas soluções apareçam, podendo virar objeto de refutação, caso contrário, tornar-se-ia empiricamente irrefutável. Destarte, nenhuma ciência está isenta de ser refutada, ou seja, toda teoria pode ser atacada, sendo o instrumento principal a crítica e a contradição lógica, isto é, a objetividade da ciência é o método crítico²².

Desse modo, é realizado um teste em que, se temos premissas de uma dedução verdadeiras, conseqüentemente, chegamos à veracidade da conclusão, mas, se a conclusão for falsa, pelo menos uma das premissas não é verdadeira. Sendo esse método utilizado como forma de solucionar um problema científico, nessa perspectiva, pode haver conclusões inaceitáveis e as premissas serem contestadas e recusadas. Portanto, buscamos novas soluções para os problemas a partir da percepção de nossa ignorância,

22 POPPER, Karl. **A lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro : Universidade de Brasília, 1978, p.16.

sempre aprimorando uma nova premissa até que ela seja considerada pronta a contrariar²³.

A dissertação foi dividida em quatro capítulos. O primeiro capítulo analisará a evolução histórica da legítima defesa, estudando-a desde quando surgiu o instituto no Direito Romano até os dias atuais, assim, com o escopo de analisar cada característica específica desde sua criação até como é aceita atualmente. Abordaremos autores como Francesco Carrara, Enrico Ferri no positivismo jurídico e Franz von Liszt que discorreram sobre o instituto no começo da Idade Contemporânea; quando trouxermos os conceitos de Liszt concomitantemente exporemos as peculiaridades trazidas pela doutrina pátria, assim como a aplicabilidade histórica das decisões dos Tribunais brasileiros.

No segundo e terceiro capítulos a divisão foi realizada de acordo com a metodologia de Taipa de Carvalho, dividindo-se na situação e na ação de legítima defesa. Assim sendo, no segundo capítulo, adentramos nos pressupostos da legítima defesa, mais especificamente, na “situação da legítima defesa”, estudando a agressão capaz de ensejar o direito ao instituto. Destarte, antes de tudo, abordar-se-á o conceito de agressão injusta, fazendo-se imprescindível esse análise no primeiro momento, pois caso a agressão seja lícita não se pode falar em direito à legítima defesa, por isso, os doutrinadores definem a antijuridicidade da agressão como a base da estrutura dos pressupostos do instituto; além disso, verificaremos que dentro do conceito aceito atualmente pela doutrina o desvalor da ação sempre se faz presente no ilícito, sendo o *conditio sine qua non* do juízo da ilicitude, diferentemente do desvalor do resultado que não se faz presente por exemplo na tentativa inidônea.

23 POPPER, Karl. **A lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro : Universidade de Brasília, 1978, p.26-27.

Ainda no segundo capítulo, abordaremos de forma pormenorizada sobre as peculiaridades da agressão humana, faz-se imprescindível um enfoque nesse sentido para diferenciarmos a legítima defesa do estado de necessidade. Assim, ficará claro porque só quando estivermos diante de uma conduta humana é que poderemos falar em legítima defesa, já que ataques de animais e fatos decorrentes da natureza não cumprem com a função de prevenção geral, seja ela positiva ou negativa, haja vista que a necessidade de prevailecimento do direito perante o injusto nos moldes aceitos pela legítima defesa, ou seja, sem proporcionalidade dos bens, só se faz presente nas agressões humanas, inclusive, sendo graduável esse fundamento supra-individual de acordo com a intenção lesiva. Posteriormente, ainda analisar-se-ão os critérios do momento em que ocorre a agressão ilícita, devendo esta ser atual ou iminente.

Já no terceiro capítulo, tratará da “ação em legítima defesa”, esse pilar divide-se no uso moderado do meio necessário e na defesa necessária, além disso, estuda-se o único elemento subjetivo: o conhecimento da situação de legítima defesa. Nesse sentido, nesse momento, é que visualizamos a preocupação da doutrina e do legislador com todos os bens jurídicos envolvidos na situação fática, inclusive do agressor, posto que não é porque este está realizando uma agressão que ele deixa de ser um sujeito de direitos dentro de um Estado Democrático de Direito e, por isso, delimitaremos o momento exato da defesa eficaz que tem que ser a mais benigna caso tenhamos mais de um meio necessário para repelir a agressão injusta; assim, se discutirá a posição da doutrina nacional e estrangeira sobre a proporcionalidade dos bens e ainda a figura do excesso na legítima defesa. Frisa-se que nessa parte da dissertação ficará clara a distinção metodológica entre a “ação da legítima defesa” e a “situação em legítima defesa”.

Ainda quando estivermos abordando a “ação de legítima defesa”, trataremos de acordo com Taipa de Carvalho do único elemento subjetivo do instituto: o conhecimento da situação de legítima defesa. Na visão do doutrinador por uma questão lógica e metodológica, o primeiro elemento a ser estudado na “ação de legítima defesa” deveria ser o conhecimento da situação da legítima defesa, já que antes de realizar a repulsa defensiva é necessário que o indivíduo tenha o conhecimento de todos os elementos objetivos com escopo de escolher a defesa necessária e eficaz. Todavia, a doutrina majoritária nacional e estrangeira entende que o único elemento subjetivo da legítima defesa é o *animus defendendi* e, só abordam este, após debater sobre a defesa necessária e o uso moderado do meio necessários, por isso, só aboremos o conhecimento da situação da legítima defesa por último, já que é quando a doutrina majoritária aborda o *animus defendendi*.

No último capítulo, será abordado o funcionalismo operado por Roxin que marca a inserção da Política Criminal na dogmática jurídica penal, conseqüentemente, na teoria do delito, devedo esta ser aplicada a partir desses novos conceitos trazidos pela Política Criminal em conjunto com os estabelecidos pelo Direito Penal. Desse modo, com base nos fins teleológicos do instituto, principalmente o fundamento supra-individual, estudar-se-á a aplicação do casos abarcados pela doutrina de restrições ético-sociais, nessas situações especiais, o fundamento do prevalecimento do direito perante o injusto é considerado substancialmente menor, em razão de ser graduável e, por isso, havendo uma redução desse fundamento social passando a fuga a ser considerável. Sendo assim, vamos analisar cada caso previsto pela doutrina de limitações ético-sociais e, se nessas

hipóteses, antes do agredido optar por uma repulsa defensiva, este deve utilizar ou não do *commodus discessus*.

CONCLUSÃO

Com o escopo de alcançar uma melhor compreensão da legítima defesa, verificou-se nessa pesquisa que se faz imprescindível uma análise da evolução histórica do instituto. Dessa forma, só analisando-a desde primórdio e observando-a em todo seu desenvolvimento histórico é que melhor aplicamos o instituto de acordo com o contexto sócio-político da época. Por isso, abordou-se desde sua aplicação pelo direito romano até o século XIX, quando houve uma estagnação com Liszt, mantendo-se como é aceita atualmente com poucas mudanças; além dessa, nova problemática do instituto relacionada à doutrina de limitações ético-sociais que impõe uma legítima defesa limitada em situações especiais, passando a fuga a ser considerável; esta discussão surgiu no funcionalismo em que se defende a inserção da política criminal na dogmática jurídica penal. Entretanto, desde Liszt já se discutia a possibilidade de uma fuga vergonhosa, inclusive este era a favor, caso fosse possível, exercê-la sem perigo.

Sem sombra de dúvidas, uma abordagem, nesse sentido, faz-se necessária em razão do processo social em que se encontra o direito à legítima defesa, tendo este que acompanhar as mudanças históricas, sociais e políticas dentro da sociedade para alcançar decisões mais flexíveis e corretas, ao caso concreto, de acordo com as exigências de um Estado Democrático de Direito. Todavia, esse processo social deve respeitar os princípios e fundamentos estabelecidos pela dogmática jurídica penal, pois seu desenvolvimento se deu de forma progressiva durante séculos, em razão disso possui suas raízes bem definidas, apesar dessa inserção da política criminal como uma novidade, os conceitos e as definições do instituto se encontram sólidos desde Liszt no final do século XIX, sendo aceitos pela doutrina nacional como abordado no primeiro capítulo.

Assim, na sociedade contemporânea podemos apontar como marco desse processo social a inserção da política criminal na ciência jurídica dogmática penal, devendo haver uma verdadeira refundação na teoria do delito. Essa recente incorporação dessa ciência em conjunto com a dogmática, é facilmente visualizada quando estamos diante da agressão de um inimputável, nesse caso, a agressão não deixa de ser antijurídica, e por razão de prevenção geral, deve-se haver o prevalecimento do direito perante o injusto. Todavia, esse prevalecimento é substancialmente diminuído, por isso, podendo com base em fins teleológicos, primeiro, o agredido tentar se esquivar ou fugir antes de realizar a repulsa defensiva por razões ético-sociais, desde que seja possível o *commodus discessus*, haja vista que a função social do instituto é graduável, mas em nenhum momento ela é totalmente desconsiderada por razões de prevenção geral positiva e negativa.

Com o propósito de visualizarmos a aplicação da teoria com a prática, observemos, um exemplo: um deficiente portador de síndrome de Down, que no exame de insanidade mental foi diagnosticado como um inimputável, além disso, é sedentário, entra na academia de musculação há pouco tempo e sempre está com o cuidador por perto, em um momento de discussão deste, o inimputável, decide praticar uma agressão contra Mérvio, este praticante de musculação e com um porte físico avantajado. Nesse caso, diante da agressão de pouca intensidade, o agredido pode pedir ajuda a outros alunos ou se esquivar dos golpes, só na iminência de o agressor o atacar com um peso é que o agredido poderia atuar em legítima defesa, mas, mesmo assim, esta seria limitada, só podendo o agredido “revidar na mesma moeda”.

Ressalta-se o esquecimento do instituto por parte da doutrina nacional e ainda simplesmente nunca abordando-o sob um aspecto da política criminal, conseqüentemente, a doutrina de limitações ético-sociais não é objeto de pesquisa, e, por isso, criticamo-la, veementemente. À vista disso, a doutrina de restrições ético-sociais passa como inexistente pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, nunca se abordando o caráter subsidiário da legítima defesa encarado nas situações excepcionais elencadas pela doutrina, isto é, a possibilidade do agredido poder escolher, primeiro, pela fuga segura, nunca foi encarado pelos nossos tribunais. Contudo, como visto, os tribunais brasileiros já enfrentaram um caso específico abordado pela doutrina de limitações ético-sociais, o que tem a figura do provocador, e reconheceram que nesses casos não há injusta agressão, conseqüentemente, não podendo o provocador atuar em legítima defesa; todavia, não abordaram em nenhum momento, o caso concreto, buscando-se soluções na política criminal, até mesmo porque a doutrina e a jurisprudência nacional não abordam a doutrina de restrições ético-sociais, o que foi um grande erro como já supracitado. Em razão desse abandono, abordou-se a doutrina estrangeira, sobretudo, quando se tratou da doutrina de limitações ético-sociais.

É de suma importância destacar que a doutrina majoritária alemã defende que a legítima defesa não é regida pela proporcionalidade, assim podendo para se defender de agressões irrelevantes, o agredido, com sua repulsa ocasionar a morte do agressor. Diante disso, na Alemanha, pode-se afirmar que a doutrina de limitações ético-sociais é imprescindível na prática, pois chega como barreira para impedir que reações desproporcionais ocorram, frisa-se que dentro da doutrina de restrições ético-sociais estão inseridos o princípio da proporcionalidade e o princípio da ponderação dos bens; por isso,

o agredido que utiliza uma arma de fogo para atirar em um ladrão de galinha, mesmo este sendo único meio necessário e eficaz, a sua ação não estará justificada. Esse exemplo enquadra-se na hipótese de agressões irrelevantes abordada pela doutrina de limitações ético-sociais, nesse caso, o agredido deverá suportar a agressão e se contentar em fazer uma queixa à polícia.

Defendemos, veementemente, que o direito à defesa, no caso acima citado, seja limitado, pois por razões de prevenção geral positiva e negativa, a afirmação do direito não se faz presente em grau que justifique a repulsa necessária, ou seja, o reestabelecimento da ordem jurídica não é medida que se manifesta, no caso concreto, pois não houve uma violação considerável à norma jurídica que se faça necessário para uma repulsa que coloque em risco ou lesione bens jurídicos de valores imensuráveis, como, por exemplo: a vida. Assim como nesses casos, não se justifica a natureza ameaçadora e rígida características do instituto, ou seja, não se faz presente o caráter intimidatório através da repulsa.

Destarte, abordou-se a doutrina estrangeira, sobretudo, a doutrina alemã, pois é o berço da teoria das limitações ético-sociais. Restou-se demonstrado que nos casos determinados pela doutrina de limitações ético-sociais, o prevalecimento do direito é substancialmente menor, diante da situação fática. Nesses casos, o indivíduo deve procurar primeiro a fuga segura, se possível, ou pedir ajuda à autoridade policial ou a terceiros, preservando-se assim todos os bens jurídicos envolvidos no conflito, já que não é porque o indivíduo está realizando uma agressão que ele deixa de ser um sujeito portador de direitos; e nos casos abarcados pela doutrina de restrições ético-sociais a reprovação do direito em razão das circunstâncias de fato é menor. Por isso, conquanto

exista a regra que o direito não deve ceder perante o injusto, essa afirmativa não pode ter caráter absoluto, pois nos casos abordados por essa doutrina o prevalecimento do direito é menor, ou seja, o fundamento supra-individual é graduável. Assim, na legítima defesa comum este é demasiadamente elevado, diante disso, a fuga é prescindível, diferentemente de quando nos deparamos com a aplicação do instituto nos casos da doutrina ora abordada, pois nesses casos, o fundamento supra-individual em razão de sua natureza vai diminuindo de acordo com o caso concreto passando a ser considerável a fuga.

Conclui-se que se faz necessária uma refundação na dogmática nacional, conseqüentemente, no conceito tripartido do crime que é adotado pelo Direito Penal pátrio. Assim, permitindo na antijuridicidade, momento em que se analisa a contradição de um tipo, que os operadores do direito, especialmente os juízes, apliquem a doutrina de limitações ético-sociais, em razão do Estado não poder conceder a qualquer cidadão que exerça de violência em um caso em que as circunstâncias de fato possibilitam o agredido empregar uma fuga segura ou realizar uma denúncia à autoridade policial e, portanto, preocupando-se com o agressor que não deixa de ser um sujeito de direitos dentro de um Estado Democrático de Direito.

Só assim, a aplicação do Direito Penal realizada pelo judiciário nacional cumprirá com os preceitos dos princípios ordenadores sociais, especificamente na legítima defesa, que são: o da autoproteção e o do prevalecimento do direito. Haja vista que nos casos abarcados pela doutrina de restrições ético-sociais esse prevalecimento do direito é substancialmente menor e, por isso, o direito à legítima defesa limitado está de acordo com os princípios do instituto. Sendo assim, nos casos abarcados pela doutrina de

limitações ético-sociais, o agredido deverá exercer uma fuga segura ou pedir ajuda à autoridade policial, essas opções são indicadas teleologicamente cumprindo com os fins de prevenção geral positiva e negativa e, portanto, adequando-se de forma simétrica às regras impostas pelo instituto da legítima defesa frente às exigências de um Estado Democrático de Direito. Em virtude disso, defendemos a fuga como pressuposto da legítima defesa apenas nos casos abarcados pela doutrina de limitações ético-sociais, desde que seja possível o *commodus discessus*.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

ALMADA, Célio de Melo. **Legítima defesa**. São Paulo : José Bushatsky, 1958.

ALVES, Roque de Brito. **A moderação na legítima defesa**. Recife : União Gráfica, 1957.

BALDO LAVILLA, Francisco. **Estado de necesidad y legítima defensa**. Barcelona : Bosch, 1994.

BARRAGÁN MATAMOROS, Luis. **La legítima defensa actual**. Barcelona : Bosch, 1987.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1966.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo : Saraiva, 2003.

BRANDÃO, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

BRANDÃO, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro : Forense, 2008.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral, tomo I, introdução, norma penal, fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUSSADA, Wilson. **Legítima defesa interpretada pelos tribunais**. 2. ed. Porto Alegre : Síntese, 1978.

CARRARA, Francesco. **Programa de direito criminal**. São Paulo : Saraiva, 1956. v. 1.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**: parte general. Bogotá: Temis, 1996. v. 1.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. **A legítima defesa**. Coimbra : Coimbra Editora, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madri : Trotta, 2004.

FERRI, Henrique. **Princípios de direito criminal**. São paulo : Saraiva & C.^a, 1931.

FIORETTI, Julio. **Legítima defesa**: estudo de criminologia. Belo Horizonte : Líder, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. A legítima defesa da honra e o 'commodus discessus': um enfoque axiológico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 39, n. 156, p. 33-40, out./dez., 2002.

FRISCH, Wolfgang. Sobre a problemática e sobre a necessidade de uma refundação da dogmática da legítima defesa. **Revista de Estudos Criminais**, Santa Catarina, abril/junho., 2020.

GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. **Direito eclesiástico**. Porto Alegre : Síntese, 1999.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Granada : Comares, 2002.

JIMÉNEZ ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires : Losada, 1952. v. 4.

JIMÉNEZ ASÚA, Luis. **La ley y el delito**. Caracas : Andrés Bello, 1945.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporânea**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian , 2002.

LA MEDICA, Vincenzo. **O direito de defesa**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas : Bookseller, 1996.

LIMA, Maurício César de. **Introdução à história do direito canônico**. São Paulo : Loyola, 1999.

LINHARES, Marcelo Jardim. **Legítima defesa**. São Paulo : Saraiva, 1975.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Campinas : Russell, 2003.

LISZT, Franz Von. **Tratado de derecho penal**. Rio de Janeiro : F.Briguiet & C., 1899, v. 2.

LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura jurídica do crime**. São Paulo : Saraiva, 1993.

LUZÓN PEÑA, Diego M. **Aspectos esenciales de la legitima defensa**. Buenos Aires : Bdef, 2002.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Barcelona : Ariel, 1962.

MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Madri : La España Moderna, 1898.

PEREIRA TEIXEIRA, Diana. A agressão a ensejar legítima defesa: uma proposta de releitura dogmática. **Direito e democracia**. Canoas, v. 3, n. 2, p. 385-411, ago./dez., 2002.

POPPER, Karl. **A lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro : Universidade de Brasília, 1978.

REQUEJO CONDE, Carmen. **La legítima defensa**. Valência : Tirant lo Blanch, 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madri : Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires : Hammurabi, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba : Lúmen Júris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba : Lúmen Júris, 2005b.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**. Curitiba : Lúmen Júris, 2005b.

SILVA, M. Nelson. **Legítima defesa**. Passo Fundo : Edições Dispel, 1964.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro** : (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n.847, de 11 de outubro de 1980, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Brasília : Conselho Editorial, 2003.

SIQUEIRA, Leonardo. Gênesis da legítima defesa como ponto de união entre o direito romano e o direito canônico. **Atlas**, São Paulo, 2012, p.541-552.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte : Del Rey, 2003.

TEIXEIRA, Antonio Leopoldo. **Da legítima defesa**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.

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

WELZEL, Hans. **Estúdios de derecho penal**. Buenos Aires : BdeF, 2003b.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Santiago : jurídica do Chile, 1997.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina da la acción finalista. Buenos Aires : BdeF, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte geral. Buenos Aires : Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires : EDIAR, 1981, T.III.