

# A AÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA NO DIREITO PENAL

## THE SELF-DEFENSE ACTION IN CRIMINAL LAW

*Leonardo Siqueira<sup>1</sup>*

### Resumo

O presente trabalho visa examinar as peculiaridades surgidas do estudo da ação de legítima defesa, principalmente, as denominadas situações limites, analisando-as a partir das finalidades do próprio instituto. Com isso, passou-se a desenvolver o requisito da necessidade de defesa, dando proeminência ao princípio da menor lesividade. Depois, analisou-se o requisito do uso moderado dos meios necessários, partindo da difícil questão da proporcionalidade de bens, desembocando nas principais questões derivadas desse requisito. Por fim, passou-se a examinar as situações limites, isto é, os casos que, devido a certas condições especiais, foi necessário dar um tratamento diferenciado, onde temos uma relativização do que se defendeu nos tópicos anteriores, o que não significa contradição dogmática, e sim, uma adequação especial a casos notadamente diferentes.

Palavras-chave: legítima defesa; ação em legítima defesa; situações limites.

### Abstract

*This study aims to examine the peculiarities arising from the study of the action of self-defense, so called limit situations, analyzing them from of the purposes of the institute itself. With that, we started to develop the requirement of necessity defense, giving prominence to the principle of minimum lesion. Then, we analyzed the requirement of the use of moderate means necessary, leaving the difficult issue of proportionality of goods, examining the main issues arising from this requirement. Finally, we started to examine the limit situations, cases where, because of special conditions, it was necessary to take a different approach, where we have a relativization of what is advocated in previous topics, which does not mean dogmatic contradiction, but rather, a adequacy cases markedly different.*

*Keywords: self-defense, action in self-defense; limits situations.*

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A legítima defesa – bem como todas as causas de justificação – é um dos institutos mais sensíveis a modificações culturais e axiológicas de uma comunidade, e esse fator acaba influenciando diretamente nos seus pressupostos mais ele-

<sup>1</sup> Pesquisador do CIHJur. Professor da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Doutor pela UFPE.

mentares. Costuma-se afirmar que o século XX foi marcado pelas tentativas de se limitar à reação empreendida pelo agredido a partir da criação de novas doutrinas, que serão posteriormente examinadas.

Quando se fala sobre “a ação de legítima defesa”, deve-se, primeiramente, ter bem claro a sua diferença em relação à “situação de legítima defesa”. “A situação de legítima defesa”, que diz respeito ao requisito da agressão injusta (antijurídica), atual e iminente, é o pressuposto necessário para a existência do próprio instituto e não se confunde com a reação empregada pelo agredido. Qualquer tentativa de afirmar, por exemplo, que a defesa necessária é um dos elementos da “ação de legítima defesa” e, concomitantemente, condicionante da “situação de legítima defesa”, incorre numa incoerência lógico-normativa (CARVALHO, 1995, p. 314 – 315). Por conseguinte, é de se rejeitar qualquer tentativa de condicionar a “ação de legítima defesa” com a “situação de legítima defesa”, como, por exemplo, as propostas doutrinárias que

só consideram a “ação de legítima defesa” necessária, caso seja proporcional à agressão.

Cumprir fazer uma escolha metodológica, ou seja, analisar a “ação de legítima defesa” sob um prisma objetivo ou subjetivo. Os doutrinadores que defendem a subjetividade da defesa o fazem sob o argumento que “a necessidade deve ser procurada no agente, no complexo do ser organismo físico e moral, - no seu psiquismo” (VERGARA, 1990, p. 160). Com isso, toda reação vai estar subordinada ao subjetivismo de cada indivíduo, o que leva a perda de um parâmetro mais ou menos definido de conduta a ser seguida, com graves prejuízos para o indivíduo.

Já os teóricos que defendem o exame a partir de critérios objetivos, afirmam que a reação deve ser analisada objetivamente e de forma relativa, ou seja, tomando como ponto de referência o caso em concreto, o agredido, o agressor, a gravidade e a intensidade do perigo. Aqui, podem-se criar regras relativamente definidas de conduta e isso, conseqüentemente, traz uma previsibili-

dade para o indivíduo quanto ao seu agir. Esse é o caminho tomado no estudo desse pressuposto.

Por fim, esse artigo foi dividido didaticamente em três subitens: a defesa necessária; o uso moderado dos meios; e as situações limites. Os dois primeiros subitens foram desenvolvidos como uma regra geral, aplicada a maioria dos cidadãos. O último ponto foi especialmente criado para regular alguns casos especiais, que em face do princípio constitucional da igualdade e da afirmação do direito perante o injusto, necessitavam de regras próprias.

## **2. A DEFESA NECESSÁRIA**

Antes de adentrarmos nas principais questões desse elemento, é necessário fazermos uma advertência inicial. O nosso Código Penal, no seu artigo 25, ao discorrer sobre a “ação de legítima defesa”, afirma que a defesa tem que ser necessária e moderada, fazendo uma distinção inexistente, por exemplo, no código alemão, que só fala em defesa

necessária. Conseqüentemente, em virtude da lei, iremos trabalhar com essa separação, apesar, na nossa opinião, da sua desnecessidade.

A reação só pode se apresentar como lícita quando for a estritamente necessária para repelir uma agressão injusta, atual ou iminente, não podendo deixar de levar em consideração a gravidade e a intensidade da lesão, as possibilidades de defesa a disposição, a espécie do bem jurídico em questão e as relações existentes entre as partes. O meio utilizado tem que, obrigatoriamente, ser o menos danoso ao agressor entre os igualmente idôneos, pois, nesse caso, rege o princípio da menor lesividade.

Meio idôneo é aquele apto as suas finalidades, para fazer cessar uma agressão. Numa “ação de legítima defesa” vários meios podem ser idôneos para a consecução dos objetivos, mas, isso não quer dizer que todos eles serão considerados, para efeito de legítima defesa, necessário. Deve-se excluir, de logo, os meios que possam por em perigo bens jurídicos de tercei-

ros alheios(LAVILLA, 1994, p. 306). Caso não seja possível, no caso em concreto, a utilização de um meio que só atue na esfera de interesse do agressor, como, por exemplo, na hipótese de Mévio ter que atirar no pneu do carro utilizado pelo criminoso, apesar dele saber que esse automóvel pertencer a Tício e não ao outro, para evitar que esse fuja com um objeto seu, não estamos mais na seara da legítima defesa, e sim, no estado de necessidade. A mesma solução é aplicada quando bens de terceiros são utilizados como meio de defesa, por exemplo, no caso do agredido valer-se de um objeto alheio para praticar a sua defesa, destruindo-o.

Mesmo depois de se restringir à defesa aos meios que não interfiram na esfera de terceiros estranhos, é ainda necessário fazer algumas limitações, ou seja, os meios que não diminuam ou evitem o perigo de lesão não podem ser considerados idôneos. Da mesma forma, só serão idôneos aqueles que sejam eficazes, que não tragam risco para bens essenciais do indiví-

duo(CARVALHO, 1995, p. 319), uma vez que, o agredido não está obrigado a recorrer a meios defensivos mais benignos, porém, de eficácia duvidosa. O conceito de eficácia do meio não tem um caráter absoluto, que assegure a total eliminação da agressão, mas é relativo, que traga, de acordo com a experiência de um homem prudente(médio), grandes possibilidades de êxito.

É plausível a advertência feita por Roxin, já que, esse doutrinador afirma que se, no caso em concreto, era possível primeiramente se valer de meios de eficácia duvidosa, como, por exemplo, um tiro de advertência, esse deve ser utilizado – caso seja possível, posteriormente, utilizar-se do outro meio mais lesivo –, sob a pena do meio não ser considerado o necessário(1997, p. 629). Essa consideração feita é uma forma de relativizar o acima dito, que o agredido não deve se valer dos meios de eficácia duvidosa, pois, desde que seja possível se utilizar meios duvidosos, observando as advertências feitas – sem risco pessoal –, o agredido assim deve agir.

Se mesmo depois desse “filtro” existirem meios igualmente idôneos, o indivíduo deve se utilizar os meios menos incisivos(MAURACH, 1962, p. 384), de acordo com o princípio da menor lesividade. Esse princípio afirma a obrigatoriedade de escolha do meio menos lesivo necessário para eliminar ou atenuar os efeitos do ataque, sendo, dessa feita, o limite superior de toda defesa(MATHIEU, 2003, p. 44 – 45). Agora, caso só exista numa situação fática um meio à disposição do indivíduo, esse será considerado o necessário.

Entretanto, o requisito da necessidade da reação empreendida não se esgota nesses aspectos, já que, é necessário averiguar as questões que não merecem a devida atenção por grande parte da doutrina brasileira, relativa à obrigatoriedade ou não da fuga, da subsidiariedade da ação de legítima defesa face ao auxílio das autoridades públicas, a necessidade do auxílio de terceiros e dos dispositivos de auto proteção.

A problemática da fuga ou *commodus discessus* sempre foi objeto de análise por parte dos doutrinadores. A

fuga, como critério imprescindível no exame da reação, foi uma criação do direito canônico – todavia essa obrigatoriedade não se estendia aos militares e aos nobres, pois, esses não podiam escolher a desonra de uma fuga. Posteriormente, o *commodus discessus* deixou de ser um requisito obrigatório, situação que permanece até os dias atuais.

A doutrina brasileira, na sua grande maioria, rejeita a fuga como um pressuposto da legítima defesa, todavia, acreditamos que esses teóricos não dão à devida importância ao tema. A principal argumentação desses autores se resume a negar a fuga com base em critérios axiológicos, ou seja, o direito não pode exigir que o homem seja covarde, empregando uma fuga desonrosa(LINHARES, 1975, p. 232).

É simplesmente impensável sustentar essa concepção, visto que, o bem jurídico honra não está no mesmo patamar de outros bens jurídicos fundamentais, como, por exemplo, a vida e a liberdade, e, por essa razão, não se pode permitir, numa ação de legítima defesa, que o agredido venha a

causar um prejuízo a bens fundamentais do agressor em defesa de sua honra, quando era possível, no caso em concreto, empregar a fuga segura. Ademais, essa tomada de posição baseada em uma moral extremamente conservadora, contribui para frear o avanço ético necessário (FREITAS, 2002, p. 35), de suma importância dentro de um Estado democrático de direito.

Contudo, essa não é a única concepção contrária à obrigatoriedade da fuga e, também, não é a mais importante. Atualmente, o argumento mais usado – pela doutrina estrangeira – e o mais bem fundamentado é o da prevalência do direito perante o injusto<sup>2</sup>. Roxin, por exemplo,

com base nesse argumento defende a idéia que fuga não pode ser considerada um requisito, uma vez que, se assim o fosse, os criminosos poderiam expulsar todos os cidadãos pacíficos para poderem exercer os seus domínios, o que contrariaria o fundamento específico da legítima defesa (1997, p. 633).

Apesar de concordarmos com Roxin quanto à fundamentação específica da legítima defesa, não concordamos,

---

<sup>2</sup> Discorrer sobre a legítima defesa é fazê-la a partir da análise de sua fundamentação, da sua *ratio* específica. Diante disso, não poderia ser diferente o exame da necessidade da reação, ou seja, tomando como pressuposto o princípio da afirmação do direito perante o injusto, podemos desenvolver esse elemento dessa causa de justificação. A afirmação do direito perante o injusto é o fundamento social da legítima defesa. Por esse princípio, pode-se dizer que 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 riscos. Como consequência desse princípio, temos presente a finalidade preventiva geral (positiva e negativa) da legítima defesa, o que nos encaminha ao estudo da teoria da pena. Quando se fala em prevenção geral negativa – a chamada forma tradicional de intimidação –, quer se destacar a função de desestimular os indivíduos, no nosso caso, por meio da reação de legítima defesa, a cometerem crimes ou agressões antijurídicas. Já em relação à prevenção geral positiva, essa tem a função de preservar a confiança na ordem jurídica, reforçando esse sentimento no seio social (SANTOS, 2005, p. 09 – 10).

na íntegra, com a conseqüente posição tomada por esse autor. Acreditamos que a problemática do *commodus discessus* não pode prescindir de uma análise do caso em concreto, dos meios disponíveis ao agredido no momento da agressão.

É importante ressaltar que todos os elementos da legítima defesa estão subordinados a sua fundamentação – tanto a individual (proteção de bens jurídicos) quanto a social (afirmação do direito perante o injusto) –, mas, isso não leva a “*priori*”, como já foi dito, a recusa da fuga como pressuposto da legítima defesa. Quando se afirma que o direito não pode ceder ao injusto, não podemos dar a esse princípio um caráter absoluto, mas, devemos examinar cada caso em concreto, levando em consideração as pessoas envolvidas, os meios à disposição, o seu caráter mais ou menos lesivo (princípio da menor lesividade), dentre outros fatores. O próprio Roxin, paradoxalmente, afirma que nos casos da agressão ser praticada por um inimputável a afirmação do direito perante o

injusto é menor do que no caso de um imputável – o que é exato – e, em decorrência desse fator, o agredido tem a obrigação de, primeiramente, procurar a fuga. Todavia, ele nega a necessidade de empregar fuga quando os indivíduos forem imputáveis, mesmo que os meios a sua disposição forem desproporcionais em relação ao *commodus discessus*. Fica evidente que quando o *commodus discessus* for o meio menos lesivo e o outro meio for muito mais lesivo a afirmação do direito perante o injusto é menor, originando a necessidade de utilizar a fuga.

Como já falamos anteriormente, a ação de legítima defesa está subordinada ao princípio da menor lesividade, que afirma a obrigatoriedade do agredido se utilizar, desde que idôneo e sem risco pessoal para ele próprio, do meio menos danoso possível. Por conseguinte, se, no caso concreto, tiverem a disposição do indivíduo, por exemplo, dois meios idôneos, sendo um deles a fuga, devem-se observar o potencial lesivo de cada meio. Se esses meios não forem desproporcionalmente

lesivos, o agredido não está adstrito à escolha da fuga, entretanto, se existir uma desproporção entre esses meios, nesse caso, o indivíduo tem que se valer da fuga— pois, nessa hipótese, a afirmação do direito perante o injusto é menor —, sob pena do meio ser considerado desnecessário.

Superada essa divergência, surge a questão da necessidade ou não do agredido recorrer à intervenção estatal quando essa for possível. Isso nos leva ao estudo sob o caráter subsidiário da legítima defesa. É sabido que desde a revolução liberal francesa o Estado é o titular do *jus puniendi*, ou seja, é ele que deve aplicar a sanção penal aos infratores. Dessa forma, a legítima defesa tem um caráter subsidiário, isto é, ela só pode ser admitida nos casos em que a defesa pública é, naquele momento, ineficaz para proteger interesses dos cidadãos (CARRARA, 1956, p. 212). Todavia, isso não quer dizer que o indivíduo, quando atua em legítima defesa, passa a ser o titular do direito de punir, o que seria um enorme retrocesso, pois, se assim o

fosse, estar-se-ia legitimando a já extinta vingança privada. Na verdade, quando o Estado, através da ordem jurídica, permite a legítima defesa, ele não está abrindo mão do direito de punir, mas está apenas reconhecendo o direito de autotutela do cidadão de preservar direito seu ou de outrem diante de agressões injustas, atuais ou iminentes, e, dessa maneira, defender simultaneamente a ordem jurídica e os interesses gerais.

Então, poder-se-ia concluir, de forma um tanto apressada, que o particular deve sempre recorrer à autoridade pública quando não existir um risco pessoal. Ledo engano. Existem situações concretas que mesmo sendo possível, sem risco pessoal, recorrer à autoridade pública, esse meio não deve ser utilizado por ser desnecessário.

É imprescindível que a intervenção estatal seja o meio mais eficiente e menos lesivo para repelir a agressão, uma vez que, se a atuação da autoridade pública for mais lesiva que um outro meio igualmente idôneo, esse não poderá ser utilizado. É importante afir-

mar que a defesa praticada por terceiros, submete-se, também, as mesmas limitações como se fosse o próprio agredido que atuasse. Tomemos como exemplo o caso da autoridade policial; se essa atua em legítima defesa de terceiros, ela fica subordinada aos princípios dessa causa justificante, e não ao princípio da proporcionalidade dos interesses, norteador da atuação policial (CARVALHO, 1995, p. 326).

Agora, se a atuação da autoridade pública tiver o mesmo grau de lesividade da atuação do particular, o agredido deve se valer dessa intervenção de terceiro, pois, por exemplo, é função da polícia evitar o cometimento de crimes que venham a lesar bens jurídicos dos indivíduos ou da coletividade, sendo preferível que esse atue, sempre que possível, nessas hipóteses.

Definido os questionamentos relativos ao auxílio da autoridade pública, surge a questão relacionada à obrigatoriedade de recorrer à atuação de terceiros que não sejam a autoridade pública. Dependendo da posição tomada,

podemos ter, numa mesma situação fática, uma defesa necessária ou não, sendo imprescindível estudar, dentro do requisito da necessidade, essa problemática.

Primeiramente, em decorrência do princípio da menor lesividade, que tem caráter puramente objetivo, é indiferente, em termos da ação de legítima defesa, a pessoa que rechaça a agressão, desde que o faça da forma menos lesiva possível (MATHIEU, 2003, p. 64). Diante disso, o agredido deve se utilizar o auxílio do terceiro particular quando essa ajuda se traduzir em uma reação menos danosa; caso o agredido assim não proceda, ele responderá pelo excesso. Agora, é necessário que o agredido tenha o conhecimento que o auxílio do terceiro particular é mais eficaz, menos lesivo e não traga perigo pessoal, para ser possível puni-lo pelo excesso.

As dificuldades se apresentam em saber se é lícita a defesa de terceiros quando o agredido não aceita o auxílio do terceiro – quer dizer, se a oposição do agredido é relevante ou não – e consente

com uma lesão ao bem jurídico próprio.

Para resolver esse problema, é necessário um exame do bem jurídico posto em perigo. Se o interesse juridicamente tutelado for disponível e o agredido consente na sua lesão – opondo-se a defesa –, não é possível a legítima defesa de terceiros, pois, a agressão, nessa hipótese, é lícita e o terceiro responderia pelos danos causados ao indivíduo.

Todavia, se a lesão é em face de bens jurídicos indisponíveis e mesmo que o agredido consinta com a lesão, opondo-se a defesa, é possível que o terceiro particular atue em legítima defesa. Não adotar essa posição é permitir que o indivíduo possa dispor até da própria vida – com graves repercussões político-sociais e políticos-criminais – sem consequências penais (aplicação da pena) àquele que perpetrou o ato (CARVALHO, 1995, p. 329). É bom deixar claro que independentemente da hipótese apresentada – por exemplo, o filho está sendo agredido pelo pai e decide não reagir ou não deixar que um terceiro

estranho cause um dano ao seu pai; ou, da mesma maneira, no caso do agredido, movido por sentimentos de honra, opõe-se à intervenção do terceiro para que ele mesmo se defenda – o terceiro particular pode atuar legitimamente.

Com isso, podemos afirmar que os danos causados pela ação – desde que o meio seja o necessário e o seu uso moderado – do terceiro que, mesmo com a oposição do agredido, age em defesa do titular do bem jurídico indisponível são considerados lícitos, conforme o direito.

Por fim, temos as questões relativas ao uso de mecanismos de defesa automatizados, como, por exemplo, a cerca elétrica. É mister asseverar, em consonância ao já dito anteriormente, que não iremos tratar, por ser metodologicamente incorreto, pois, confunde a “situação de legítima defesa” com a “ação de legítima defesa”, dos pontos referentes à problemática da atualidade da agressão, quer dizer, se esses mecanismos não se configurariam uma legítima defesa preventiva.

Diante disso, iremos nos preocupar apenas com a necessidade de defesa nessas hipóteses. A maior parte da doutrina – tanto a pátria quanto a estrangeira – respondem positivamente, isto é, que esses mecanismos podem ser meios necessários para repelir uma agressão, não colocando obstáculos a sua admissão (LAVILLA, 1994, p. 316). Essa corrente defende a idéia que se deve analisar o caso em concreto para definir se esses mecanismos foram ou não necessário para repelir a agressão.

Sem dúvida essa é a posição a ser seguida, visto que, deixa a solução em aberto, ou seja, apenas no exame do caso em concreto pode-se definir se um mecanismo de auto proteção foi o meio necessário ou não. Não obstante essa afirmação, é importante atentar para a advertência feita por Roxin. Esse autor afirma que os mecanismos perigosos para a vida do ser humano quase nunca são meios necessários para repelir a agressão, citando, por exemplo, as cercas elétricas de alta voltagem (1997, p. 634 – 635).

### **3. O USO MODERADO DOS MEIOS NECESSÁRIOS**

O primeiro questionamento que surge no desenvolvimento desse requisito é a dúvida sobre a necessidade ou não de uma proporcionalidade de bens, ou seja, se o agredido, em defesa de um bem jurídico próprio, pode provocar ou não um dano desproporcional aos interesses do agressor. Vale chamar a atenção para o fato de que após a segunda metade do século XX, tomou força à idéia que a legítima defesa deveria ser restringida por motivos éticos e sociais, tendo vários autores aderido a essa nova concepção. Todavia, em vistas da metodologia assumida, nós vamos fazer uma distinção entre a regra geral – a grande parte da comunidade – e as situações limites – indivíduos que, devido a certas condições especiais, merecem um tratamento diferenciado –, pois, dependendo da hipótese, vamos tomar posições diferenciadas, consoante as regras

do princípio constitucional da igualdade – já desenvolvido anteriormente.

Começaremos a expor a problemática da proporcionalidade – se esse é um elemento obrigatório da legítima defesa –, ou seja, se entre o bem defendido e o bem sacrificado deve existir uma proporção. Vale ressaltar que esse princípio é requisito obrigatório de uma outra causa de exclusão da antijuridicidade, o estado de necessidade.

Para uma parte ainda minoritária da doutrina, a legítima defesa esta subordinada, independentemente de certas condições especiais dos envolvidos, ao princípio da proporcionalidade. Com isso, a ação de legítima defesa estaria condicionada, além das limitações impostas pela necessidade e pela moderação, a observância do dano causado e o impedido. Esses autores admitem que o agressor deve suportar as conseqüências do seu ato antijurídico, contudo, isso não autoriza uma defesa desconectada com os interesses em jogo, uma vez que, uma concepção individualista, sem a preocupação com a

pessoa do agressor, não é apropriada a um Estado social democrático de direito. Um exemplo bastante utilizado por esses doutrinadores para explicar a irracionalidade da corrente que não aceita a proporcionalidade de bens, é a da defesa da caixa de fósforos(bem patrimonial) as custas da vida do agressor. Conseqüentemente, deve-se restringir a defesa do agredido para que não aconteçam situações semelhantes.

Um dos principais problemas que surge com a adoção da proporcionalidade como requisito da legítima defesa é a sua confusão com o estado de necessidade. Esses doutrinadores afirmam que no estado de necessidade deve-se observar uma proporcionalidade estrita entre os bens jurídicos postos em conflitos, já à proporcionalidade proposta para a legítima defesa é axiológica, ou seja, o que se exige é uma certa racionalidade entre a agressão e a defesa empreendida, entre o mal evitado e o mal causado(MATHIEU, 2003, p. 86).

Por outro lado, a grande parte da doutrina recusa a

proporcionalidade como um requisito obrigatório da legítima defesa. O principal argumento<sup>3</sup> desses autores reside na prevalência do direito perante o injusto, na fundamentação social dessa causa de justificação. A ação de legítima defesa não está subordinada a proporcionalidade entre o dano causado e o impedido, uma vez que, essa defesa, além de resguardar bens pessoais, protege o direito na luta contra o injusto, trazendo duas conseqüências positivas: a primeira é o sentimento de confiança e a estabilização da ordem jurídica; a segunda é a desestimular os indivíduos a cometerem agressões a bens jurídicos alheios, mostrando que existem riscos nessa ação ilícita (ROXIN, 1997, p. 632).

Apesar de concordamos com a conclusão dada pela

doutrina dominante, encontramos nela algumas contradições que devem ser levantadas, com o intuito de dar legitimidade à recusa da proporcionalidade. Para tanto, far-se-á um breve comentário sobre a caracterização da “situação de legítima defesa”, quer dizer, sobre a natureza da agressão a partir da ótica dessa doutrina majoritária, com o escopo de demonstrar as suas incongruências.

Quando falamos da natureza da agressão, estávamos nos referindo ao seu aspecto subjetivo, ao dolo e a culpa. Para a maior parte dos doutrinadores, a agressão a ensejar a legítima defesa não necessita ser unicamente dolosa, podendo, também, ser culposa. Para outros autores, a agressão não precisa ser sequer culposa, ou seja, essa é analisada unicamente sob o ponto de vista objetivo. Apesar dessa divergência, o importante reside no fato de ambos rejeitarem a necessidade da agressão ser exclusivamente dolosa, o que os leva afirmar que uma agressão culposa configuraria uma “situação de legítima defesa”.

---

<sup>3</sup> Sem prejuízo a esse argumento, temos a questão já tratada anteriormente, isto é, que o princípio da proporcionalidade é um requisito necessário do estado de necessidade e não da legítima defesa. Qualquer tentativa de inserir esse princípio no rol dos requisitos da legítima defesa é errônea, pois, causaria uma confusão nesses institutos.

Então, segundo Taipa de Carvalho, essas teorias que “desprezam a decisiva circunstância da culpa dolosa do agressor, carecem de legitimação ético-jurídica para afirmarem a não exigência da proporcionalidade dos bens...”(1995, p. 433), mesmo no caso da defesa ser necessária, visto que, quando o agente age sem o dolo(vontade e consciência) o fim pretendido por ele é lícito, e não seria justo tratarmos da mesma maneira, o que levaria a quebra do princípio da isonomia, situações jurídicas diversas, quer dizer, não exigir a proporcionalidade de bens para todas as agressões, tanto as dolosas quanto as culposas ou até aquelas hipóteses que o agente age sem culpa.

Conseqüentemente, e isso nos leva a uma distinção de suma importância, no caso das agressões não dolosas, não fica caracterizado a legítima defesa, mas, unicamente, o estado de necessidade, regido pelo princípio da proporcionalidade. Já nas hipóteses de agressão dolosa, onde o autor tem a vontade e a consciência livre de realizar os elementos

descritos no tipo penal, não seria eticamente e juridicamente correto exigir que o agredido estivesse limitado na sua defesa pelo princípio da proporcionalidade, o que nos leva a concluir pela não obrigatoriedade desse princípio.

Superada a questão da proporcionalidade, podemos nos ater aos outros aspectos da moderação. Quando o nosso Código Penal fala em uso moderado dos meios necessários quer instituir um limite à defesa do agredido, pois, se esse continuar a utilizar o meio necessário mesmo depois de já ter repellido o perigo, o seu uso será considerado imoderado, e o agredido responderá por excesso doloso ou culposos.

Para que fique caracterizada a moderação, é necessário observar uma devida proporção no uso do meio – é importante atentar para a diferença entre a proporcionalidade já discorrida e a utilizada agora –, ou seja, a moderação não leva em consideração se o bem defendido tem valor menor do que o bem afetado, mas a forma como o indivíduo utilizou o meio necessário, o

seu uso (LINHARES, 1975, p. 238 – 239).

As grandes dúvidas geradas da interpretação desse elemento são relacionadas aos critérios para definir se o uso foi moderado ou não. Como já foi dito, adotamos o critério objetivo em detrimento do subjetivo, visto que, adotar o critério subjetivo leva, por exemplo, a uma demasiada ampliação dos limites da legítima defesa.

Ao adotar o critério objetivo, deve-se estar atento a certos fatores importantes para que possamos definir se, no caso em concreto, houve ou não uma defesa moderada. Para tanto, é necessário observar a gravidade da agressão, o bem jurídico posto em perigo, as pessoas envolvidas na situação de legítima defesa, ou seja, o exame deve ser de forma relativa, de acordo com cada caso em concreto.

É mister afiançar que na apreciação do requisito da moderação, não se pode exigir uma perfeita adequação entre o ataque e a defesa, uma vez que, quem se encontra nessa situação, tendo que atuar, em certos casos, de improviso,

geralmente tem dificuldade de valorar claramente a medida moderada de repulsa. Costuma-se afirmar que não podemos concluir se o uso foi imoderado simplesmente pensando, como numa balança, a agressão e a reação, sem levar em consideração os outros fatores envolvidos.

Um exemplo bastante significativo e amplamente divulgado pela doutrina brasileira é a hipótese de um boxeador profissional – sem qualquer arma – agredir fisicamente uma pessoa de fraca compleição física, e essa, dispondo apenas de uma arma e sem possibilidade de fugir ou recorrer à autoridade pública ou a terceiros, dispara duas vezes contra o agressor causando a sua morte. Nesse caso em específico, se nós não levarmos em consideração todo o complexo de fatores envolvidos, poder-se-ia chegar à conclusão que o agredido agiu de forma imoderada.

Contudo, quando se examinam todos os fatores envolvidos nesse caso – o vigor físico do agressor, o escasso tempo para reagir, ter apenas a disposição um único

meio –, percebe-se que o agredido não usou de forma imoderada o meio necessário, mesmo se depois ficar comprovado que apenas um tiro seria suficiente para ter repellido a agressão. Agora, isso não quer dizer que o agredido, mesmo nessa hipótese, poderia utilizar-se do meio necessário de qualquer forma e intensidade.

Por fim, podemos dizer que a moderação requer do agredido o emprego do meio necessário de forma menos lesiva **possível**, de maneira a repelir a injusta agressão (BRANDÃO, 2002a, p. 121).

#### 4. SITUAÇÕES LÍMITES

Como foi dito anteriormente, tratamos dos requisitos da necessidade e da moderação tomando como ponto de referência a maior parte dos indivíduos. Nesse momento, passaremos a tratar das questões relativas a certas classes de pessoas, que devido a certas condições especiais necessita de regras diferentes.

É imprescindível deixar claro que nesses casos o agres-

sor age com dolo, já que, como foi visto, se ele agiu com culpa – imprudência, imperícia ou negligência – não subsiste a legítima defesa, mas o estado de necessidade. Mesmo agindo com dolo, é necessário impor certas restrições à atuação do agredido.

Para tanto, foi criada a doutrina de limitações ético-sociais da legítima defesa, com o escopo de limitar a defesa do agredido. Essa teoria, desde a sua criação, sofre críticas no tocante a sua legalidade, pois, em princípio, a lei nada diz sobre limitações a legítima defesa nesses casos em específico. Uma outra crítica que surge relaciona-se com uma suposta insegurança que essa doutrina traria para o direito de legítima defesa.

Não obstante as críticas sofridas por essa concepção, acreditamos que certas situações merecem um tratamento diferenciado, em nome do princípio da igualdade. É certo que o Código Penal brasileiro, no seu art. 25, não previu tais hipóteses, mas, isso não leva a afastarmos peremptoriamente tais situações limites, visto que, as normas constitucionais

são de hierarquia superior em relação às demais normas, ou seja, as leis penais devem ser interpretadas em consonância com a Constituição.

Além disso, uma interpretação partindo da fundamentação social da legítima defesa – afirmação do direito perante o injusto – permite que nesses casos específicos, onde a afirmação do direito é consideravelmente baixa, limite-se à ação de legítima defesa. Em relação à segunda crítica aduzida, pode-se afirmar que essas limitações são dirigidas a grupos específicos, a saber: quando o agressor é inculpável ou tem a culpabilidade diminuída; quando entre o agressor e o agredido existe relação de garantia; quando a agressão é irrelevante; quando existe, por parte do agredido, uma inicial provocação antijurídica.

#### **4.1. Agressor inculpável ou com a culpabilidade diminuída**

Primeiramente, cumpre fazer uma diferenciação em relação a uma posição peculiar adotada por uma parte da doutrina. Para tais autores, a

culpabilidade do agente, quando se fala de legítima defesa, deve ser observada quando da análise da injustiça da agressão, ou seja, se o agente age sem culpabilidade não podemos falar de legítima defesa, mas, unicamente, de estado de necessidade. O principal argumento defendido por essa corrente é que só as agressões culpáveis dão ensejo à afirmação do direito perante o injusto, fato que não acontece com os agressores inculpáveis (BENÍTEZ, 2004, p. 25).

Aqui, apesar de acreditarmos que a afirmação do direito é bem menor do que nos casos normais, estamos ainda na órbita da legítima defesa apesar das limitações impostas ao direito de defesa do agredido. 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 a bens jurídicos seus (ROXIN, 1997, p.

638). Mas, a ação de legítima defesa deve seguir alguns requisitos que limitam a sua atuação.

Então, frente a agressões de doentes mentais, de crianças, de ébrios sem sentido, de indivíduos que atuem em erro invencível ou de qualquer outra situação que exclua ou diminua a culpabilidade do homem, o agredido deve observar três medidas básicas e obrigatórias.

A primeira medida, que é a menos lesiva possível, impõe que o agredido procure evitar o ataque empregando a fuga. Se não for possível a fuga, o indivíduo deve procurar o auxílio de uma autoridade pública ou de terceiros, caso tais medidas forem menos lesivas que a própria atuação do agredido.

A segunda medida, que só deve ser tomada caso a primeira não for possível, afirma que o agredido deve se limitar a aparar os golpes do agressor, visando causar o menor dano possível.

Por fim, caso não seja possível, sem graves riscos pessoais para o indivíduo, utilizar-se das duas medidas

anteriores, o agredido pode aplicar, ao se defender, meios de forma a atacar o agressor. Todavia, ele deve começar utilizando os meios menos lesivos, mesmo que traga algum perigo para ele ou não se tenha certeza sobre a sua eficácia, para, gradualmente, ir usando meios mais lesivos.

Como foi dito, nessas hipóteses o agredido tem que suportar um certo grau de perigo, entretanto, caso tenhamos um perigo de morte ou de lesões corporais de natureza grave, o agredido não tem a obrigação legal de suportá-las, podendo utilizar-se de meios mais eficazes.

O exemplo dado pela doutrina esclarece e fixa melhor essas medidas: Um estrangeiro é ofendido com insultos racistas por menores de idade, e, devido a esse insulto, e sem qualquer ameaça prévia ou tentativa de se afastar do local, dá uma forte tapa em uma das crianças. Deixando de lado qualquer dúvida que possa surgir no tocante à atualidade dos insultos, podemos afirmar que essa reação foi excessiva, o que não aconteceria se o agressor fosse culpá-

vel. É importante notar que o agredido nesse caso deveria, primeiramente, ter procurado se afastar do local ou pedir ajuda de terceiros – os pais dos meninos, por exemplo –, se não fosse possível, deveria ter ameaçado os meninos afirmando que se eles não parassem de insultá-lo iriam receber uma tapa. Caso nenhuma dessas medidas fossem suficientes, o agredido poderia dar uma leve tapa nas crianças. É importante notar que nessa hipótese citada, uma forte tapa sempre seria excessiva, uma vez que, a agressão, apesar de ser antijurídica, não traz perigo algum a vida ou a integridade física do agredido, não sendo necessário, por conseguinte, uma lesão de maior intensidade.

#### **4.2. Agressões marcadas por relações de garantia**

Nas relações de garantia, que são regidas pelas regras da omissão imprópria, que fundamentam a posição de garante – por exemplo, o dever de assistência entre pai e filho ou entre os cônjuges –, a afirmação do direito perante o injus-

to também é de menor importância.

As mesmas disposições, referentes às limitações da defesa do agredido, desenvolvidas nos casos do agressor ser inculpável ou ter a culpabilidade diminuída, aplicam-se nesse caso específico.

Essas limitações se justificam devido à necessidade, de ambas as partes, de evitar danos para o outro, e, mesmo sendo possível à legítima defesa, essa deve ser usada de forma limitada, devido o dever de solidariedade recíproco (ROXIN, 1997, p. 651).

Então, se o marido agride a sua esposa praticando lesões corporais leves, essa não pode se defender, por exemplo, por meio de uma faca ou de um revólver, mas, deve se valer das disposições referidas, ou seja, deve procurar ajuda da autoridade pública – delegacia da mulher – ou de terceiros, para que possa, posteriormente, utilizar-se de meios ofensivos.

É interessante ressaltar a ressalva feita por Roxin, pois, como afirma esse autor, essas restrições só valem caso a natureza da agressão não anule

o dever de solidariedade do agredido, como, por exemplo, no caso do marido, por meio de uma agressão, por em perigo a vida ou a integridade física – de forma grave – da sua esposa. Nessa hipótese, a mulher não está obrigada a suportar tais perigos, podendo se utilizar, caso o meio seja necessário, de uma arma de fogo que, eventualmente, possa causar a morte do homem(1997, p. 652).

Da mesma forma, não existe mais o dever de solidariedade quando, por exemplo, o homem agride, mesmo de forma leve, a sua esposa diariamente e por motivos insignificantes, visto que, ninguém tem o dever de suportar maus tratos contínuos(ROXIN, 1997, p. 652). O mesmo se aplica no caso dos cônjuges já terem se separado de fato, não sendo relevante o fato deles ainda estarem juridicamente casados.

Taipa de Carvalho, ao discorrer sobre a hipótese de legítima defesa nos casos onde existe um dever de garantia ou quando subsiste uma provocação por parte do indivíduo, acaba por negar ao agredido o

direito de uma defesa legítima, já que, só subsistiria o estado de necessidade.

Ele basicamente desenvolve três argumentos para afirmar esse posicionamento. O primeiro refere-se à função preventiva da legítima defesa – decorrência direta da fundamentação social desse instituto –, isto é, no caso onde existe uma intensa e duradoura relação de coabitação entre cônjuges ou pai e filho – o doutrinador limita-se a tais hipóteses – não se verifica na sua plenitude a prevenção geral(positiva e negativa) e a especial, pois, as condições pressupostas para que essa função se materialize(a recusa da proporcionalidade e a possibilidade de se lesar bens do agressor muito mais importantes que os defendido) não é aceitável ética e juridicamente nesses casos(CARVALHO, 1995, p. 448). Para justificar tal posição, o doutrinador traz vários exemplos mostrando a diferença entre um fato ocorrido apenas no seio familiar e o mesmo fato com terceiros envolvidos, como, por exemplo: “As pequenas e esporádicas ofensas entre cônjuges ou

mesmo entre pais e filhos não revestem a mesma dignidade penal que as “mesmas” pequenas ofensas quando praticadas contra um terceiro”(CARVALHO, 1995, p. 450).

Esse é, segundo o próprio autor, o seu argumento principal, o que não deixa de existirem outros. O doutrinador afirma ainda que fica patente uma tensão entre o princípio da solidariedade(existente nas hipóteses de intensa e duradoura coabitação, bem como no caso de provocação) e o direito de legítima defesa que nega o princípio da proporcionalidade de bens(CARVALHO, 1995, p. 451). Em relação ao terceiro argumento, vamos nos furtar no momento de apresentá-lo, visto que, ele é específico para os casos de provocação por parte do agredido. Ao tratarmos dessa questão levantaremos o argumento omissivo.

Apesar de todas as considerações feitas por Taipa de Carvalho, a sua tese não pode prosperar. É certo que nos casos citados pelo doutrinador é necessário uma regulação especial, contudo, não pode-

mos aceitar a sua conclusão que, nesses casos, só ficaria caracterizado o estado de necessidade – regido pelo princípio da proporcionalidade –, mas nunca a legítima defesa. Esse autor afirma que nessas hipóteses não subsistiria uma função preventiva da legítima defesa – tanto a geral quanto a especial – e haveria um conflito entre o princípio da solidariedade e essa causa de justificação. Em relação ao princípio da solidariedade, remetemos as considerações feitas por Roxin, ou seja, que, dependendo da intensidade da agressão, não existiria mais um dever de assistência mútua.

No tocante a inexistência da função preventiva – principal argumento do autor –, ele pode ser elidido. Abstraindo a dificuldade de se afirmar que uma lei, por exemplo, vai intimidar de uma maneira mais eficaz a sociedade ou um indivíduo, acreditamos que mesmo nos casos citados por Taipa de Carvalho, subsiste a função preventiva da legítima defesa, principalmente em relação às agressões que tragam risco de vida para o agredido, vez que, nessas ocasiões

é viável a intimidação de toda a comunidade, para que ela perceba que existem riscos, mesmo dentro do seio familiar, em perpetrar tais ações antijurídicas.

### **4.3. Agressões irrelevantes**

Convém fazer uma distinção entre as agressões irrelevantes tratadas aqui e princípio da insignificância. Quando estudamos o tipo penal, nós o fazemos em três planos distintos: o valorativo, o da linguagem e o da realidade. No plano valorativo examina-se se a conduta humana violou o bem jurídico tutelado, pois, se isso não acontecer exclui-se a tipicidade em virtude do princípio da insignificância (BRANDÃO, 2002a, p. 58).

Por outro lado, as agressões tratadas nesse tópico são aquelas que dão origem aos delitos privados, as contravenções penais, aos furtos de objetos de pouco valor. Percebe-se que nesses casos a afirmação do direito ainda subsiste, apesar de ser substancialmente menor, o que fundamenta a necessidade da legítima defesa.

Da mesma forma, as agressões a bens jurídicos que não sejam penalmente tutelados são consideradas irrelevantes.

Como afirma Roxin, em relação às agressões irrelevantes, a afirmação do direito perante o injusto não retrocede tanto como nas hipóteses anteriores, que resulta na desnecessidade de procurar, por exemplo, ajuda policial – o que nos casos do agressor inculpável é um requisito obrigatório, mesmo que traga alguns riscos pessoais ao agredido –, podendo ele próprio empregar a defesa necessária e de forma moderada (1997, p. 646).

Não obstante essa constatação, a ação de legítima defesa tem limites, pois, o agredido não pode com a sua defesa, por exemplo, trazer risco de vida ou de lesões corporais graves ao agressor. Tomemos um exemplo bastante difundido na doutrina: Um paraplégico, que apenas dispõe de uma escopeta no momento, vê um adulto pegando uma única maçã do seu pomar e atira uma só vez no indivíduo, causando a sua morte. Normalmente, a doutrina utiliza esse

caso para justificar, de forma errônea, a necessidade da proporcionalidade de bens, pois, diante do caso em concreto, o meio foi o necessário para repelir a agressão injusta e a seu uso foi moderado, o que levaria, em tese, a ficar estabelecida à legítima defesa. Apesar dessa doutrina chegar à correta conclusão, vez que, nessa hipótese, não fica configurado a causa justificante, o fundamento não pode ser a proporcionalidade, como já foi dito.

O fundamento para justificar o excesso da legítima defesa é a menor necessidade de afirmação do direito, nos moldes já referidos. No caso exemplificado, se o paraplégico só dispunha daquele meio para defender a propriedade, mas, se esse traz, inexoravelmente, um perigo à vida e à integridade física (de forma grave), a única solução é deixar o indivíduo cometer aquele pequeno furto e depois comunicar tal crime às autoridades competentes.

#### **4.4. Provocação antijurídica por parte do agredido**

Como já foi dito e repetido nos tópicos anteriores, a provocação antijurídica por parte do agredido, como todas as situações limites, apesar de ainda suscitar um direito de legítima defesa, leva a uma limitação no direito de ação por parte do indivíduo. Mas, antes de adentrarmos nos pontos específicos dessa questão, é imperioso frisar a diferença existente entre a provocação tratada no bojo desse trabalho e a provocação intencional.

A provocação intencional é aquela na qual um indivíduo, com o fim de perpetrar, por exemplo, um homicídio, provoca um inimigo seu para que esse realize uma agressão e ele possa reagir sob o manto da legítima defesa, e, conseqüentemente, não seja punido pela ação.

Um exemplo elucidado bem a questão: Tício planeja há muito tempo matar Mévio, um antigo desafeto seu. Para não ser punido, ele sabe que tem que provocar Mévio para

que o mesmo venha a agredi-lo e ele possa matar o seu inimigo “em legítima defesa”. Para tanto, Tício, na frente dos familiares de Mévio, desfere contra ele palavras de baixo calão e imputa a Mévio o roubo de um banco. Diante de tal situação, Mévio parte para agredir fisicamente Tício, e esse, munido previamente de um revólver, mata-o sob o pretexto de ter agido protegido pelo direito de legítima defesa.

Quando se analisa a legítima defesa como um todo, além dos requisitos objetivos, tem-se que observar o seu requisito subjetivo, ou seja, o *animus defendendi*. Somente age em legítima defesa quem tem a vontade lícita de defender os seus bens jurídicos. No caso citado, fica claro que Tício agiu com a vontade livre e consciente de praticar um homicídio e não uma defesa jurídica dos seus bens, não ficando caracterizado a legítima defesa, o que não aconteceria se o exame fosse unicamente objetivo. Por esse motivo, Tício seria punido, caso não houvesse nenhuma causa de exclusão de culpabilidade,

por homicídio doloso consumado.

Já a provocação que se pretende desenvolver é aquela na qual o agredido, não obstante a sua provocação antijurídica, não busca suscitar uma agressão apesar dessa vir a ocorrer. Dando um exemplo diferente: Tício, sem a intenção de provocar uma agressão por parte de Mévio, injuria-o, fazendo com que Mévio venha a agredi-lo. Nesse caso específico, Tício pode se defender legitimamente, em virtude do ataque antijurídico de Mévio, mas, a sua defesa é limitada, pois, foi ele que provocou, mesmo sem intenção, a agressão.

Feita essa distinção, fica a dúvida se a provocação que restringe a defesa do agredido necessita ser antijurídica ou pode ser também as desaprovadas ético-socialmente. Acreditamos que unicamente as provocações antijurídicas podem ensejar uma restrição à ação de legítima defesa, visto que, só elas são capazes de ferir bens jurídicos alheios.

Roxin, ao discorrer sobre o assunto, toma a mesma posição, pois, o que não

está proibido é algo que juridicamente as pessoas devem tolerar ou “pagar na mesma moeda”(1997, p. 644). No caso da provocação que não seja antijurídica o agredido pode se defender de uma agressão derivada dessa afronta sem nenhuma restrição, uma vez que, nessa hipótese, ele estará afirmando o direito perante o injusto em toda a sua plenitude.

Por fim, para que a provocação antijurídica venha a restringir a defesa do agredido, é necessário observar o lapso temporal entre a provocação e a agressão por parte do provocado, ou seja, se aquele que foi provocado vem a praticar a agressão meses após o fato, não se pode restringir a defesa do agredido sob o pretexto de uma provocação anterior (ROXIN, 1997, p. 644).

Como já foi referido anteriormente, Taipa de Carvalho afirma a inexistência da legítima defesa nos casos onde entre o agressor e o agredido existe uma intensa e duradoura relação de coabitação e nas hipóteses de provocação da agressão por parte do agredido. Ao discorrermos sobre os

casos onde existe uma relação de garantia, levantaram-se os dois argumentos – que são gerais, isto é, para as duas hipóteses – defendidos pelo doutrinador em favor da exclusão do direito de legítima defesa. Agora, é imperioso trazer a tona o terceiro argumento, específico para essa situação.

Tal teórico afirma que, além dos outros dois argumentos, nos casos de provocação deve-se ainda levar em consideração o princípio vitimológico, que conduz a redução do ilícito e da culpa do agressor, e, destarte, surja o princípio de solidariedade mínima que impõe a observância do princípio da proporcionalidade, incompatível com o direito de legítima defesa (CARVALHO, 1995, p. 452 – 453).

Não negamos que nas hipóteses de provocação por parte do agredido a sua defesa deve ser limitada, todavia, isso não leva a crer que só subsista o estado de necessidade. Já afirmamos, outrora, que se a agressão trazer perigo à vida ou a integridade física (de forma grave) desaparece qualquer princípio da solidariedade

existente. Por conseguinte, rejeitamos o posicionamento defendido pelo doutrinador e reafirmamos o direito de legítima defesa – com as suas limitações – por parte do agredido

## CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo precípuo examinar a ação de legítima defesa em todas as suas peculiaridades, tentando dar uma solução aos problemas suscitados e preencher as lacunas, referente aos casos limites, existentes na doutrina pátria.

Na seara da ação de legítima defesa, estudamos, primeiramente, a necessidade de defesa. Concluímos que a reação só pode ser considerada necessária se essa for idônea, eficaz e de menor potencial lesivo possível, consoante o princípio da menor lesividade. Da mesma maneira, defendemos a hipótese que a fuga é sempre obrigatória nos casos onde ela é, em comparação com os outros meios disponíveis, muitos menos danosa para o agressor.

Igualmente, tomamos a posição que afirma a necessidade, desde que seja a menos lesiva possível e não traga perigo ao agredido, de se buscar ajuda de terceiros particulares. Em relação ao auxílio da autoridade pública, vimos o caráter subsidiário da legítima defesa que afirma ser obrigatória a busca por auxílio da autoridade, desde que preencha as condições descritas acima, isto é, menor lesividade e sem perigo pessoal. A última questão tratada nesse tópico foi a dos aparelhos de auto proteção, tomando uma posição intermediária, visto que, é necessário examinar o caso em concreto para chegar a uma conclusão.

Diante o requisito do uso moderado dos meios necessários tratamos logo da problemática da proporcionalidade. Apesar de alguns doutrinadores afirmarem que deve existir uma proporcionalidade entre o dano causado e o bem defendido, acreditamos que em virtude do princípio da igualdade e da fundamentação social da legítima defesa, a afirmação do direito perante o injusto, é de se recusar à pro-

porcionalidade como requisito da legítima defesa.

Posteriormente, desenvolvemos os outros pontos desse requisito, as questões mais relacionadas estritamente com a moderação, quer dizer, como definir se a reação foi moderada. Tomamos a posição daqueles que afirmam que a moderação deve ser analisada a partir do caso em concreto e de forma relativa, levando em consideração as pessoas envolvidas, a natureza da agressão e o bem posto em perigo.

Com isso, chegamos ao ponto culminante do trabalho, o exame das situações limites, que nunca tiveram, pela maior parte da doutrina brasileira, a atenção devida. Diante essa constatação, passamos a apreciar cada caso em específico, mostrando sempre o porquê dessas situações limites terem um tratamento diferenciado, desde o princípio da igualdade até a menor necessidade da afirmação do direito perante o injusto.

## REFERÊNCIAS

- ASÚA, Luis Jiménez. *Tratado de derecho penal*, vol. 4, Buenos Aires, Editorial Losada, 1952.
- ASÚA, Luis Jiménez. *La ley y el delito*, Caracas, Editorial Andrés Bello, 1945.
- BENÍTEZ, Ângela de la Torre. *Una aproximación a los límites de la legítima defensa*, Bogotá, Universidad externado de Colômbia, 2004.
- BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*, Rio de Janeiro, Forense, 2002a.
- BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*. Rio de Janeiro, Forense, 2002b.
- CARRARA, Francesco. *Programa de direito criminal*, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1956.
- CARVALHO, Américo A. Taipa de. *A legítima defesa*, Coimbra, Coimbra editora, 1995.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. “A legítima defesa da honra e o ‘commodus discensus’: um enfoque axiológico”, *Revista de informação Legislativa*, ano 39, n. 156, Brasília, Senado Federal, out.-dez., 2002.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à*

*filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

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

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*, vol.2, Madri, Editorial Réus, 1927.

MATHIEU, Bautista. *La necesidad racional del medio empleado en la legítima defensa*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 2003.

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

RÍO, Miguel Angel Iglesias. *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*, Burgos, Universidad de Burgos, 1999.

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

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena*, Curitiba, Lumen Juris, 2005.

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