ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA

THE ANTICIPATED SELF DEFENSE

Francisco das Chagas de Santana Júnior*
Francisco das Chagas Gadelha Júnior*

RESUMO: Trata-se de trabalho em que se procura investigar a possibilidade da legítima defesa antecipada. No primeiro momento, abordaremos a antijuridicidade e as causas de exclusão da ilicitude, adentrando na legítima defesa real. Logo em seguida, analisaremos a legítima defesa antecipada com suas peculiaridades.
Palavras-chave: Antijuridicidade. Legítima Defesa. Legítima Defesa Antecipada.

ABSTRACT: This work investigates the possibility of anticipated self-defense. At first, we discuss the causes of anti-legality and cases of excluding the wrongfulness, entering the real self-defense. Soon after, we analyze the anticipated self-defense with its peculiarities.
Keywords: Anti-legality. Legitimate Defense. Anticipated Self-Defense.

* Acadêmicos do 7º período do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN.

1 INTRODUÇÃO

A antinomia que existe entre a realidade social e o ordenamento jurídico conduz a situações excepcionais, ocasionando uma busca incessante, pelo operador do direito, da harmonia entre os fatos sociais e a norma legal. Nesse compasso várias teses foram criadas para solucionar essa divergência.

Desse modo, a legítima defesa antecipada é a solução mais razoável e justa, para o cidadão de bem que é injustamente ameaçado, e, concomitantemente, está órfão da proteção estatal.

Deveras, o Estado não é onipresente, muitas vezes deixa os indivíduos desprotegidos, o que atribui ao agente o direito dele lutar pela sua própria vida, sua existência, ou seja, o direito dele estar vivo, mesmo que seja necessário ceifar a vida de outrem que injustamente o ameaça.

Assim, o presente trabalho objetiva afastar qualquer espécie de preconceito ou interpretação errônea com relação à legítima defesa preventiva. Para isso, rebateremos as idéias equivocadas daqueles utópicos que defendem que em situações como analisadas a seguir o indivíduo deveria permanecer inerte esperando seu agressor para só ai reagir.

2 ANTIJURIDICIDADE OU ILICITUDE

O crime é fenômeno social, um desvalor da vida proibido pelo ordenamento jurídico. Para configuração do delito é imprescindível que haja uma conduta positiva (ação) ou negativa (omissão). É necessário, ainda, que esse comportamento seja típico, ou seja, previsto como infração penal. Ademais, só haverá crime se a conduta for antijurídica, contrário ao Direito por não estar acobertada por uma causa que exclua sua ilicitude.

Destarte, são características do delito a tipicidade e a antijuridicidade, sendo a culpabilidade o pressuposto da pena.

Fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra), previsto na lei penal como infração.

Além de típico, é indispensável que o comportamento seja também antijurídico.

Objetivamente, consiste a antijuridicidade na divergência entre uma conduta do agente e o ordenamento jurídico. Subsistem, na sociedade, regras de condutas a serem respeitadas por todos aqueles que a integram, de modo que o agir positivo e/ou negativo que se mostrar dissonante daquelas será considerado antijurídico.

Conforme preleciona Francisco de Assis Toledo[1] *a ilicitude é a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de modo a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado.*

3 EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE

O Direito prevê causas que excluem a antijuridicidade do fato típico. Essas eximentes funcionam como uma proteção para o agente que em situações excepcionais não encontra amparo estatal. Diante de tais circunstâncias o indivíduo pratica um fato tipificado na lei penal, mas que devido à posição peculiar em que se encontra, o fato será considerado como lícito, pois se amolda a uma das chamadas causas de exclusão da ilicitude, tendo havido fato típico lícito, justificado.

O Código Penal Brasileiro, em seu art. 23, prevê expressamente quatro causas excludentes da ilicitude de um fato típico perpetrado pelo agente, fazendo, assim, com que a conduta por ele cometida seja considerada lícita, são elas: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito.

Ressalte-se, por conveniente, que na parte especial e em outros diplomas legais estão inseridas outras eximentes.

Não fossem suficientes estas, tem-se sustentado que, além das causas excludentes de ilicitude consignadas na lei, há outras não corporificadas através de um texto normativo, não explícitas, mas que, assim como as demais, atendem perfeitamente à função daquelas elencadas pela norma. São as denominadas causas supralegais.

Como o Direito objetiva a harmonia social e a antijuridicidade não

1 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: saraiva, 2001. p. 191.

passa de uma lesão a certos interesses vitais aferidos perante as normas culturais aceitas pelo Estado, assevera-se que não se deve avaliar o ilícito tão somente diante do Direito legislado, mas também diante dessas normas culturais, ou causas supralegais que legitima a ação defensiva do agente.

Nessa trilha esta o posicionamento de José Adriano Marrey Neto, citado por Mirante,

"O intérprete pode e deve, em certos casos, ir além da só e mecanicista aplicação do texto legal, buscando solução razoável, conforme ao Direito, na sua acepção mais ampla e que seja também a mais justa para o caso concreto"[2].

Válido salientar que, para se entender que o agente atuou juridicamente sob o aparato de tais excludentes, deve, além de estarem presentes os elementos objetivos das discriminantes, preencher também o elemento subjetivo, isto é, o querer atuar juridicamente.

Como em todas as causas de justificativas, é imprescindível o elemento subjetivo, ou seja, a consciência e a vontade de atuar conforme o Direito.

Assim, só é justa a lesão da vida de outrem quando seu lesionador se tiver comportado com a consciência de que realiza o fim da norma jurídica e com vontade de proteger, rebatendo a agressão a outro bem jurídico.

No campo dessas figuras jurídicas, a legítima defesa, em especial, desperta maiores e mais veementes discussões, quiçá, pelo fato de ser a mais invocada pelos advogados de defesa no dia-a-dia da seara criminal.

4 LEGÍTIMA DEFESA

Com o afã de assegurar um maior esclarecimento sobre o tema, insta tecer, por necessário, breves considerações acerca da legítima defesa na forma prevista expressamente pelo nosso Código Penal.

Em quase todas as legislações pretéritas há referência à legítima defesa, sendo o instituto paulatinamente aperfeiçoado no transcorrer do tempo.

A legítima defesa é um direito primário do homem defender-se, ou seja, é um direito do indivíduo, por ele mesmo, por seus próprios meios e

2 MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v 1. p. 176.

por sua própria força, proteger o bem jurídico da agressão injusta. A propósito, merecem ser transcritas as palavras de Ney Moura Tales:

> A Legítima Defesa é um direito do indivíduo por duas razões: primeiro porque é a realização da vontade do direito, a proteção do bem jurídico, e, ao mesmo tempo, porque, na ausência do Estado para cumprir seu dever de tutelar o interesse injustamente agredido, deve devolver ao indivíduo esse poder de proteger o bem atacado. É, portanto, direito de todo homem, diante de uma agressão, poder realizar, por sua conta, a fim do direito.[3]

Nosso Código criminal de 1830 foi o primeiro na América Latina a inserir a legítima defesa num texto normativo, servindo de base às demais legislações.

Hodiernamente, o instituto está previsto no art. 23, inciso II, regulado pelo art. 25 do Código Penal.

O legislador pátrio, no art. 25 do Código Penal Pátrio, estabelece o seguinte conceito à legítima defesa, *in verbis*, "*entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente os meios necessários*".

Da dicção do dispositivo acima transcrito, extraem-se como requisitos, que consideramos gerais, da legítima defesa: a) agressão injusta; b) agressão atual ou iminente; c) defesa de direito próprio ou alheio; d) moderação no emprego dos meios necessários à repulsa; e e) elemento subjetivo.

Cumpre-nos analisar sucintamente cada um dos requisitos, fixando de forma objetiva e clara as características imanentes a cada um.

4.1 AGRESSÃO INJUSTA

Objetivamente, pode-se afirmar que a agressão é comportamento humano direcionado a lesionar ou pôr em perigo um bem jurídico. É a conduta humana que ataca um interesse juridicamente protegido.

3 TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2004, v 1. p. 258.

Para efeitos de utilização da legítima defesa, a agressão deve ser injusta, assim considerando-a como aquela contrária ao ordenamento jurídico, ou seja, proibida pelo Direito, não devendo ser necessariamente um ilícito penal.

4.2 AGRESSÃO ATUAL OU IMINENTE

A agressão injusta deve ser atual ou iminente. Costuma-se dizer que *atual* é a agressão que está se desencadeando, iniciando-se, ou que ainda está se desenrolando porque não se concluiu.

Não há legítima defesa contra agressões pretéritas, visto que já não há necessidade de proteger o bem jurídico, que já foi lesionado. Nesse sentido: *"Agressão passada ou ofensa já consumada não justifica a repulsa, sem embargo de o agente encontrar-se, a princípio, ao abrigo da legítima defesa como excludente"*[4].

Agressão iminente é a que está prestes a acontecer, a que vai ocorrer. Mas quando?

É a resposta desta questão o epicentro das vozes que refutam equivocadamente a tese da legítima defesa antecipada, conforme veremos a seguir.

4.3 DEFESA DE UM DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO

Qualquer direito próprio ou alheio pode ser defendido através da legítima defesa, desde que, é claro, o bem esteja sofrendo ou na iminência de sofrer um ataque e que seja protegido pelo ordenamento jurídico.

Polêmica é a possibilidade da legítima defesa da honra, a qual não cabe tercemos maiores comentários.

4.4 USO MODERADO DOS MEIOS NECESSÁRIOS

Na reação, o agente deve utilizar moderadamente dos meios necessários para fazer cessar, ou impedir que ocorra a agressão atual ou iminente.

Consideram-se meios necessários todos aqueles eficazes e suficientes a repelir a agressão que está ocorrendo ou prestes a ocorrer. Consoante os en-

4 *In.* Ap. Crim., rel. Juiz Emeric Levai, TACRIM-SP, JUTACRIM 96/191.

sinamentos de MIRABETE[5], que o *" meio necessário é aquele de que o agente dispõe no momento em que rechaça a agressão, podendo ser ate mesmo desproporcional com utilizado no ataque, desde que seja o único a sua disposição".*

É indispensável, ainda, que os meios necessários escolhidos sejam empregados com moderação, ou seja, dentro do limite razoável para inibir a agressão injusta.

Na lição de Heleno Cláudio Franco,

> Empregar moderadamente os meios necessários significa usar os meios disponíveis, na medida em que são necessários para repelir a agressão. Deverão aqui considerar-se as circunstâncias em que a agressão se fez, tendo-se em vista a sua gravidade e os meios de que o agente podia dispor.[6]

Quando formos analisar especificamente a legítima defesa antecipada abordaremos de forma mais pormenorizada tal requisito.

4.5 ELEMENTO SUBJETIVO

Os requisitos até o momento analisados são considerados como elementos de natureza objetiva. Entrementes, é preciso que, além deles, o agente tenha a consciência e vontade de agir de acordo com o ordenamento jurídico. É imprescindível, assim, que o agente tenha conhecimento de uma agressão contra si e que está agindo conforme o direito.

Consoante Rogério Greco[7], *"necessário se faz a caracterização da legítima defesa o chamado* animus defendendi*, traduzido no propósito, na finalidade de defender a si ou a terceira pessoa".*

Portanto, estando presentes simultaneamente os requisitos supracitados, se estará diante da clássica legítima defesa.

Tecidas tais considerações, cumpre discorrer sobre o tema precípuo do trabalho, qual seja: a legítima defesa antecipada (prévia, preventiva ou preordenada).

5 MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal. Parte geral**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v 1. p.185 .
6 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 215.
7 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 389.

5 LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA

5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Conforme registrado em linhas pretéritas, a legítima defesa tem aplicação na proteção de qualquer bem juridicamente amparado pela lei. Assim, a vida, a integridade corporal, a liberdade, enfim, todos os direitos, todos os bens jurídicos que possam ser objeto de agressão, podem ser tutelados, dependendo das circunstâncias, através de tal instituto jurídico.

Entretanto, a aplicação da tese em foco tem em mira, principalmente, a proteção do bem supremo de todo indivíduo, o direito à vida, à sobrevivência, à existência.

A proteção à vida é o objetivo precípuo do direito. Não tem sentido defendermos o direito à liberdade, à igualdade, à educação, entre outros, se o bem supremo de todo ser humano não for defendido em primeiro lugar.

A vida, consoante o brilhante ensinamento de José Afonso da Silva,

> É um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante, contraria a vida.[8]

Destarte, é por esse prisma que defendemos a legítima defesa preventiva, ou seja, defendendo a vida do cidadão de bem, que foi injustamente ameaçado e não encontra tutela estatal imediata e eficaz, sendo legítima sua defesa preventiva.

A contrario sensu, se o individuo não defender sua própria existência ele estaria fadado a uma morte certa. É nesse sentido que afirmamos que a refutação da tese só dá ensejo a dois caminhos: ou o agente defende sua vida praticando uma lesão contra seu ameaçador, submetendo-se, desse modo, a um julgamento pela prática de um suposto delito; ou simplesmente fica inerte esperando o ameaçador concretizar seu intento.

8 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 196.

O direito, como sabemos, não tem existência em si próprio. Ele existe na sociedade. Esta, ao mesmo tempo, é fonte criadora e área de ação do Direito de Existência em função da sociedade, de modo que o direito deve ser estabelecido à sua imagem, de acordo com as suas particularidades, refletindo os fatos sociais. Entretanto, os fatos caminham normalmente à frente do direito, tornando difícil a harmonia entre as normas legais e os fatos da vida real.

O cotidiano nos apresenta um dinamismo tão grande dos fatos sociais, que, combinado com as adversidades humanas, acabam criando situações excepcionais, ocasionando antinomia entre a realidade e as normas legais.

Diante de tal contexto, está o operador do direito, buscando, incessantemente, harmonizar as relações sociais intersubjetivas e o ordenamento jurídico.

Nessa constante busca pela composição do litígio entre a vida e a evolução e criação das bases legais, preciosa é a lição de MONTESQUIEU[9], " *nas leis, é preciso raciocinar da realidade para a realidade, e não da realidade para a abstração, ou da abstração para a realidade".*

Diante dessa realidade, os profissionais da área jurídica podem e devem, em determinados casos, ir além da só e mecanicista aplicação do texto legal, buscando solução razoável, conforme o direito, no seu sentido mais amplo e que seja também a mais justa para o caso concreto.

Dentro dessa mutação da realidade, há situações que já não são tão extraordinárias.

O eminente Juiz Federal William Douglas cita alguns casos concretos, conforme podemos observar abaixo:

> 1. Um traficante, em morro por ele dominado, promete a morador que se este não entregar sua filha ou esposa para a prática de relações sexuais, toda a sua família será executada. O morador sabe que isso já ocorreu com outro pai de família e que não pode contar com a proteção do Estado, de modo que aproveitando uma rara oportunidade, mata o autor do constrangimento;
> 2. O dono do Cortiço promete matar um morador com quem discutiu, dizendo que irá concretizar a ameaça à noite. O ame-

9 MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 92.

> açado aproveita-se do fato do primeiro estar dormindo, à tarde, e se antecipa, ceifando a vida do anunciado agressor;
> 3. Um pai é ameaçado por sua ex-companheira no sentido de que, se não reatar o relacionamento, esta matará sua esposa e filha, sendo certo que essas ameaças são sérias e o ameaçado sabe que a ex-companheira (que já tentara contra sua vida) é capaz de cumprir sua promessa. Em determinado dia, ao chegar em casa, encontra sinais de luta e sua mulher e filha feridas. Informado de que fora a ex-companheira a responsável pelos fatos, além de ter prometido retornar, imediatamente a procura e nela descarrega toda munição de seu revólver.[10]

Os três exemplos fornecidos acima são fatos tirados da vida real e que foram levados a julgamento no Tribunal do Júri. Os casos são modelos verídicos que explicam a contento a tese da *legítima defesa antecipada,* denominada também de *prévia, preventiva ou preordenada.*

Todavia, se formos perquirir mais casos como os expostos, encontraremos vários exemplos semelhantes, principalmente no caos em que passa a segurança pública do país.

Entrementes, a doutrina, em casos como os supracitados, vem defendendo a tese da inexigibilidade de conduta diversa para os agentes. Nesse sentido, assevera Rogério Greco que, em casos como os acima expostos:

> Por se tratar de agressões futuras, não poderá ser argüida a legítima defesa. Os casos não serão resolvidos com a exclusão da ilicitude, mas sim com o afastamento da culpabilidade, devido ao fato de que aos agentes não cabia outra conduta que não aquela por eles escolhidas.[11]

Data venia, acreditamos que, em hipótese como as acima citadas, a tese correta ainda será a da legítima defesa antecipada, visto que não há agressão futura e incerta, como entende equivocadamente a doutrina.

As agressões nos casos são futuras, mas certas, situação que cabe perfeitamente na expressão agressão iminente, legitimando, assim, a defesa preventiva.

10 DOUGLAS, William. Legítima defesa Antecipada**. Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 715. p. 348.
11 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 392.

Eis a lição de William Douglas,

> Com quase simplismo, rejeita-se a justificante em tela como amparo às pessoas acima por não existir agressão atual e iminente, mas futura. Os réus perdem assim tese absolutória preciosa, máxime diante da ainda, por incrível que pareça, rejeição de alguns juízes em quesitar a inexigibilidade. E tais réus são, aqui, quase-vítimas duas vezes: porque quase foram mortos e porque, ao se defenderem como podiam, adquiriram tão indesejável status processual.

Não há, definitivamente, agressão futura. Utilizando analogia com a condição e o termo, do direito civil, na agressão futura há condição, ou seja, evento futuro e incerto. No campo da legítima defesa, o evento (aqui, agressão) será incerto ou por não se ter dele suficiente convicção ou pela possibilidade de ser buscado auxílio da autoridade pública com razoável possibilidade de sucesso no atendimento. Na agressão, condição para a legítima defesa preventiva, o evento é futuro e certo. A certeza decorre das circunstâncias particulares de cada caso, a serem analisadas de acordo com os ensinamentos da Teoria da Prova. Temos como termo inicial a ameaça (suficientemente idônea, ou seja, mais atrevido aviso que ameaça), como termo final o início da agressão (quando os meios de defesa do agredido, por sua inferioridade, não poderão alcançar êxito) e um prazo onde a agressão já deve ser tida como iminente (ao menos psicologicamente) e o exercício da defesa antecipada um meio absolutamente necessário[12].

Destarte, doutrina e jurisprudência hodierna devem fazer uma reflexão mais pormenorizada dos fatos que ocorrem na constante mutação social. Ambas devem ceder às novas concepções sociais que, inevitavelmente, abonaram a tese em testilha.

5.2 CONCEITO

A definição de legítima defesa preventiva não é absolutamente diversa da legítima defesa clássica. Poder-se-ia dizer que legítima defesa an-

12 DOUGLAS, v. 715. p. 348.

tecipada seria a repulsão a uma agressão injusta, futura e certa (termos que cabem na expressão agressão iminente), a direito próprio ou alheio, usando proporcionalmente os meios necessários.

Como se percebe facilmente, a legítima defesa antecipada é um desdobramento (ou uma interpretação) da legítima defesa clássica.

Vale salientar que tal figura só deve ser utilizada em casos excepcionais, quando ocorrer a ausência do Estado no cumprimento de seu dever de tutelar o cidadão, o que não raro acontece.

A lição de Roxin, colhida em Álvaro Mayrink Costa, é clara:

> Em tais casos haverá que se pedir ajuda à autoridade, esquivar-se da agressão, suportar certos riscos e só proceder preventivamente em casos extremos e dentro do marco da proporcionalidade.[13]

Deste ensinamento tiramos os requisitos específicos da legítima defesa preventiva, a serem delineados a seguir.

5.3 REQUISITOS

Além dos requisitos que consideramos gerais, a saber: (a) agressão injusta; (b) agressão iminente; (c) defesa de direito próprio ou alheio; (d) moderação no emprego dos meios necessários à repulsa, e, (e) elemento subjetivo, ambos já analisados; reputamos que, para uma aplicação mais segura do instituto, é imprescindível que haja outros requisitos, os quais achamos por bem chamá-los de requisitos específicos.

Alguns destes, no entanto, entrelaçam-se com os gerais. São os seguintes: a) certeza da agressão (futura e certa); b) ausência de proteção estatal; c) impossibilidade de fugir da agressão; d) impossibilidade de suportar certos riscos; e) proceder preventivamente em casos extremos; e f) proporcionalidade no emprego dos meios necessários à reação.

Portanto, estando preenchidos, concomitantemente, os requisitos gerais e específicos, legítima é a defesa preventiva.

13 COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2. p. 145.

Passaremos a analisar cada um dos requisitos específicos.

5.3.1 Certeza da agressão (futura e certa)

Como visto, a agressão deve ser futura e certa, termos compreendidos perfeitamente na expressão iminente. Assim, é necessário que haja verossimilhança na ameaça, configurando a excludente.

Corroborando com tal posicionamento, assegura William Douglas,

> Como requisito para a acatação da tese, e conseqüente absolvição, teremos sempre a demonstração do conjunto de circunstâncias que justifiquem a conduta do réu, por exemplo, quanto à certeza da agressão (futura e certa). Sempre terá que haver suficiente e robusta prova de que o agente seria atacado, que tinha motivos bastantes para proceder em legítima e antecipada defesa. Sendo alegação do réu, as circunstâncias referidas teriam que ser demonstradas e provadas pela defesa (art. 156, CPP). Tudo ainda sujeito à livre convicção judicial (art. 157, CPP) ou ao crédito a ser dado pelos pares, no Júri, onde o princípio da convicção íntima revigora a admissão da tese.[14]

5.3.2 Ausência de Proteção Estatal

Nada obstante tenha o Estado, com o transcorrer dos tempos, o monopólio da jurisdição, o seu aparato não é onipresente, isto é, o Estado não tem condições de tutelar os cidadãos em todos os lugares e momentos, principalmente nos tempos atuais, de completa ineficiência estatal na manutenção da segurança pública.

Desse modo, se o indivíduo tem a certeza do ataque anunciado, não é razoável que fique a esperar, com risco de grave dano, a proteção do Estado, que, muitas vezes chamado, resta inerte ou ineficaz.

Portanto, é óbvio que várias ações humanas são praticadas sem tutela do aparato estatal, o que gera uma margem de ações, inicialmente criminosas e posteriormente aceitas e legitimadas.

14 DOUGLAs, v. 715. p. 348-349.

5.3.3 Impossibilidade de fugir da agressão

Em determinadas situações, o agente pode se esquivar da agressão. No entanto, na legítima defesa antecipada, assim como na clássica, o agredido não está obrigado a fugir. A propósito, merece transcrição o seguinte trecho de um julgado:

Não estaria o réu realmente obrigado a fugir, para evitar ato legítimo de defesa, que poupasse ao agressor violento o incômodo conseqüente. Lembra Nelson Hungria ser 'de todo indiferente à legítima defesa a possibilidade de fuga do agredido. A lei não pode exigir que se leia pela cartilha dos covardes e pusilânimes. Nem mesmo há ressalvar o chamado commodus discessus, isto é, o agastamento discreto, fácil, não indecoroso. Ainda quando tal conduta traduza generosidade para com o agressor ou simples prudência do agredido, há abdicação em face da injustiça e contribuição para maior audácia ou prepotência do agressor. Embora não seja um dever jurídico, a legítima defesa é um dever moral ou político que, pelo direito positivo"(V. Comentários ao Código Penal, 5º ed., Forense, vol. 1). Outrossim, acentuou o mesmo mestre penalista, é inexigível a vexatória ou infamante renúncia à defesa de um direito.[15]

Não obstante, colocarmos como um requisito, realmente não se obriga o indivíduo a ser covarde, devendo evitar o confronto se, sem afetar sua honra, puder evitar a agressão a ele direcionada, ou, então, essa inércia não sirva apenas para postergar a agressão futura prometida, mas certa.

5.3.4 Impossibilidade de suportar certos riscos

Ora, o ameaçado pode muito bem, como qualquer cidadão, suportar alguns riscos, desde que não sejam capazes de oferecer nenhuma nocividade a sua integridade física.

Todavia, se o risco de agressão injusta à sua vida se apresenta com probabilidade grande, legítima é a sua defesa.

15 In. Rec. Crim., rel. Des. Adriano Marrey, TJSP, RJTJSP 31/328.

5.3.5 Proceder preventivamente em casos extremos

Como dissemos, a legítima defesa preventiva só cabe em casos excepcionais, quando o indivíduo não encontra outra saída a não ser lesionar o agressor.

Destarte, no instinto de conservação inerente ao ser humano, que, diante da certeza de uma agressão, teria o direito de defender-se do ataque, negá-lo seria negar a própria necessidade de conservação da espécie.

5.3.6 Proporcionalidade no emprego dos meios necessários à reação

Este requisito é igual ao da legítima defesa clássica. Entrementes, deve ser analisado com certa proporcionalidade. Consoante afirma William Douglas,

> O meio necessário às vezes pode ser a antecipação suficiente da resposta defensiva. Se o agressor dispõe de superioridade de forças, esperar o embate significa abdicar de qualquer chance de vitória. O Estado de Israel sobreviveu a inúmeras guerras exatamente por- tendo seguras informações de ataque árabe- ter se antecipado, como fez em 1967. As offendicula et offensacula são tidas como espécie de legítima defesa para uns, e, por outros, exercício de direito. Nelas não se sabe se vai ocorrer uma agressão, nem quando. Na tese ora discutida, ao contrário, não só se sabe que a agressão vai ocorrer, como também que ela será com forças tão superiores que a possibilidade de sobrevivência é irrisória. Assim, quem aceita a primeira tese, por mais razão aceitará a segunda.[16]

Veja o que dizem alguns tribunais a respeito do requisito em análise:

> Não se pode pretender aja o agente da legítima defesa com matemática proporcionalidade. Defesa própria é um ato instintivo, reflexo. Ante a temibilidade do agressor e o inopinado da agressão, não pode o agredido ter reflexão precisa para dispor sua defesa em equipotência com o ataque.[17]

16 DOUGLAS, v. 715. p. 349.
17 *In.* HC, rel. Des. Rissio Barbosa, TJSP, RT 998/333.

5.4 APLICAÇÃO HODIERNA DA TESE (OS OFENDÍCULOS)

No mundo moderno, por força do aumento dos índices de violência urbana e da ineficiência do Estado, os cidadãos passaram a utilizar cada vez mais defesas mecânicas predispostas, denominadas de *ofendículos.*

Os ofendículos são aparelhos predispostos (caco de vidro sobre os muros, cercas elétricas, lanças pontiagudas, etc) para defesa da propriedade, da vida, da integridade física, etc, daqueles que os utilizam como artefatos de defesa.

Apesar de alguns doutrinadores considerar os ofendículos como exercício regular do direito, na doutrina, entretanto, é comum assertiva de que se trata de legítima defesa preventiva ou preordenada.

Nelson Hungria, citado por Álvaro Maynink da Costa[18], sustenta que há uma situação de legítima defesa preordenada. Preconiza que "*pouco importa que a instalação do aparelho insidioso preceda ao momento da agressão, desde que só entre em funcionamento na ocasião em que ocorre o perigo.*"

Por conseguinte, o ofendículo é uma verdadeira legítima defesa preventiva. Ademais, os ofendículos são aceitos pelo nosso ordenamento jurídico.

6 CONCLUSÃO

O operador do direito pode e deve, nos casos em que o indivíduo tiver a certeza da concretização da ameaça, ir além da mecanicista aplicação do texto normativo, buscando uma solução sensata que se ajusta ao caso concreto.

Os aplicadores do direito não devem, simplesmente, querer descobrir um crime, mas conhecer a verdade que há por trás dos fatos, as circunstâncias peculiares que fazem com que um indivíduo tire a vida de outro. Aliás, a sociedade não deve admitir com precipitação a acusação de uma crueldade sem motivos, pois o homem apenas é cruel por interesse, por ódio ou por medo. O coração humano não é capaz de sentimento inútil;todos os seus sentimentos são o resultado das impressões que os objetos provocam sobre os sentidos. A legítima defesa antecipada é justamente fruto de um sentimento advindo do medo, do medo de morrer, pois até mesmo o mais corajoso dos

18 COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal:** Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2. p. 148.

homens, por mais que alarde que não tem medo de morrer, no fundo do seu ego ele trás intrínseco o instinto natural de sobrevivência. Constitui, portanto, uma desgraça da condição humana o fato de querer impor leis que vão de encontro aos próprios sentimentos naturais, visto que não haveria um único homem que não preferisse um julgamento a uma morte certa.

A tese da legítima defesa preventiva não deve ser utilizada com talante por réus que não têm um álibi convincente para se defender, e querem se amparar na tese que melhor lhe aprouver. Para tanto, deve o aplicador do direito inibir a aplicação desarrazoada da excludente de ilicitude, pois admitir seu emprego por qualquer pessoa fere a constituição, além de abrir um perigoso precedente.

Com fundamento no direito à vida, bem como da própria existência, pode-se asseverar que a legítima defesa preventiva desempenha um papel importante de proteção da vida do cidadão de bem, que, impossibilitado da tutela estatal eficiente, e que esteja ameaçado injustamente, não encontra outro caminho para conservar sua existência a não ser defender-se.

Por fim, vale sublinhar que a doutrina, em casos como os supra citados, defende que aos agentes não cabe praticar outra conduta que não aquela por eles escolhida, sendo, portanto, descabida a refutação da tese baseado exclusivamente nesse ponto.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** Parte geral. 8. ed.Rio de Janeiro: Saraiva, 2005. v.1.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2.

DOUGLAS, William. Legítima defesa Antecipada. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 715.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal.** Parte geral. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v 1.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal:** Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2004. v 1.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.