

DA LEGÍTIMA DEFESA ENÉRGICA E “INDIVIDUALISTA” AO *TOPOS* DAS RESTRIÇÕES ÉTICO-SOCIAIS AO DIREITO DE LEGÍTIMA DEFESA: UMA REVISÃO DA LITERATURA

FROM ENERGETIC AND “INDIVIDUALIST” SELF DEFENSE TO THE TOPOS OF ETHICAL-SOCIAL RESTRICTIONS TO THE RIGHT OF SELF-DEFENSE: A REVIEW OF THE LITERATURE

Eduardo Granzotto Mello¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O objetivo deste trabalho é fazer uma análise da teoria das restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa. Para tanto, será realizada uma exploração não exaustiva dos aportes da dogmática jurídico-penal sobre as restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa e a reconstrução de seu lugar no plano da fundamentação e da estruturação conceitual da legítima defesa. O percurso começa por uma apresentação das teorias da fundamentação da legítima defesa, situando o modelo dualista como terreno da afirmação da problemática das restrições ético-sociais. Na sequência, é apresentada a estrutura conceitual da legítima defesa, que é seguida por uma análise do percurso do tratamento das restrições ético-sociais à legítima defesa na dogmática penal alemã. Por fim, é analisada a recepção da teoria das restrições ético-sociais à legítima defesa pela dogmática jurídico-penal brasileira, com a problematização dos caminhos metodológicos de fundamentação dessa construção teórica no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Teoria do Delito. Legítima Defesa. Restrições Ético-sociais ao Direito de Legítima Defesa

Abstract: The objective of this work is to analyze the theory of ethical-social restrictions on the right to self-defense. To this end, a non-exhaustive exploration of the contributions of legal-criminal dogmatics on the ethical-social restrictions to the right of self-defense and the reconstruction of its place in the plane of the foundations and conceptual structuring of self-defense will be carried out. The journey begins with a presentation of the fundamental theories of self-defense, placing the dualist model as a ground for affirming the problem of ethical-social restrictions. Next, the conceptual structure of self-defense is presented, which is followed by an analysis of the course of treatment of ethical-social restrictions on self-defense in German criminal dogmatics. Finally, the reception of the theory of ethical-social restrictions on self-defense by Brazilian legal-criminal dogmatics is analyzed, with the

¹ Doutorando em Direito Penal pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - PPGD-UERJ. Bolsista da CAPES-PROEX. Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Contato: eduardogm1985@gmail.com

problematization of the methodological paths of substantiation of this theoretical construction in the Brazilian legal system.

Keywords: Crime theory. Self defense. Ethical-social restrictions on the right to self-defense

1. INTRODUÇÃO

Verifica-se desde a segunda metade do século XX na dogmática jurídico-penal a tendência à limitação do direito de legítima defesa em situações complexas. No âmbito da doutrina penal brasileira mais recente, acompanhando essa tendência, ganham espaço as discussões sobre a ponderação de bens jurídicos ou ainda sobre a proporcionalidade entre agressão e ação defensiva². É nesse contexto que se coloca o tema do presente trabalho - a teoria das restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa.

Colocado o tema, uma série de questões definem a problemática a ser enfrentada. Qual o conteúdo das restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa? Qual a relação entre essas restrições e os fundamentos do direito de legítima defesa? Quais são os contornos dessas restrições na dogmática jurídico-penal alemã, contexto original de sua formulação? De que modo a dogmática penal brasileira vem recepcionando a teoria das restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa? Por fim, as restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa tem um ponto de apoio na lei penal brasileira ou trata-se de um problema político-criminal de *lege ferenda*?

Para investigar as direções de resposta a essa problemática o presente artigo realizará uma exploração não exaustiva dos aportes da dogmática jurídico-penal sobre as restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa e a reconstrução de seu lugar no plano da fundamentação e da estruturação conceitual da legítima defesa. O percurso começará por uma apresentação das teorias da fundamentação da legítima defesa, situando o modelo dualista como terreno da afirmação da problemática das restrições ético-sociais. Passado para o plano da construção dogmática, será apresentada a estrutura conceitual da legítima defesa e uma análise do percurso do tratamento das restrições ético-sociais à legítima defesa na dogmática penal alemã, problematizando tanto o conteúdo dessas restrições como o debate metodológico envolvido em

² Uma pesquisa exaustiva sobre esses tópicos com foco na questão da validade da proporcionalidade entre bens jurídicos na legítima defesa pode ser encontrada em artigo de José Danilo Tavares Lobato (LOBATO, 2022). A análise aqui desenvolvida limita-se à teoria das restrições ético-sociais e não tem pretensão de esgotar toda a problemática da legítima defesa.

sua afirmação. Por fim, será realizada a análise da recepção da teoria das restrições ético-sociais à legítima defesa pela dogmática jurídico-penal brasileira, com a problematização dos caminhos metodológicos de fundamentação dessa construção teórica no ordenamento jurídico brasileiro.

2. SITUANDO AS RESTRIÇÕES ÉTICO-SOCIAIS NO DEBATE SOBRE OS FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA DEFESA

O objetivo deste tópico é localizar a problemática das restrições ético-sociais do direito de legítima defesa em relação ao fundamento da legítima defesa. Neste momento, opta-se pela exposição das grandes linhas da discussão sobre fundamentos³, deixando a estrutura conceitual e as especificidades doutrinárias do tratamento do tema para os tópicos seguintes.

“O Direito não precisa ceder ante o injusto”: a conhecida fórmula do jurista hegeliano Albert Friedrich Berner é um dos *topoi*⁴ mais frequentes na discussão sobre os fundamentos da legítima defesa, remetendo às diferentes teorias fundamentadoras (*individualista, supraindividual e dualista*)⁵ ou ainda ao *caráter subsidiário* da ação de legítima defesa em relação à proteção estatal.

O sentido imediato da fórmula de Berner, porém, remete *historicamente* ao que é tratado na doutrina como fundamento *supraindividual/objetivista* da legítima defesa, que é sintetizado no *Princípio da Prevalência do Direito*. Segundo o *Princípio da Prevalência do Direito*, a legítima defesa seria fundada pela exigência de afirmação do ordenamento jurídico contra a violação do direito e não uma simples autodefesa contra a agressão a seus bens jurídicos (vf. ROXIN, 1997, p. 608-609). A legitimidade da defesa residiria em sua função de proteção da ordem jurídica e a ação defensiva seria, assim, uma defesa do próprio direito objetivo

³ Para um enfrentamento detalhado das diferentes teorias que são abrangidas por pelas três grandes linhas de fundamentação aqui resumidas (individualista/subjetivista, social/supraindividual/objetivista e dualista) indica-se a consulta às teses de doutorado do jurista argentino Omar Palermo (PALERMO, 2007) e do jurista brasileiro Jacson Zilio (ZILIO, 2019).

⁴ Assume-se aqui o conceito de *topoi* ou *loci* não como lugar comum no sentido vulgar, mas no sentido retórico aristotélico recuperado por Theodor Vieweg na obra *Tópica e Jurisprudência*: “Topoi, são, portanto, para Aristóteles, pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade” (VIEWEG, 1979, p. 26-27). Sobre a introdução da tópica como método científico no campo do Direito Penal seguem atuais as reflexões de Roxin sobre o pensamento problemático ou pensamento-problema (ROXIN, 1997, p. 215-216).

⁵ A ambiguidade da fórmula de Berner é destacada pelo jusfilósofo argentino Carlos Santiago Nino (NINO, 2007, p. 26) e admitida pelo jurista alemão Gunther Stratenwerth (STRATENWERTH, 2005, p. 194). Para exemplificar, nas duas teses de doutorado acima indicadas (n. 2) ela é situada em campos diferentes: Omar Palermo situa Berner como seguidor de Hegel e defensor de uma teoria supraindividualista da legítima defesa (PALERMO, 2007, p. 95-96), enquanto Jacson Zílio coloca a teoria de Berner no campo do individualismo, mesma posição de autores como Jescheck, Maurach e Stratenwerth (ZILIO, 2019, p. 66-69).

(ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 59). Essa tendência supraindividualista/objetivista, ao acentuar a ênfase da defesa do ordenamento jurídico, teria como consequências a parificação entre legítima defesa e pena e uma exigência de equivalência entre dano causado e dano evitado que terminaria por minimizar a importância da ilicitude da agressão (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 61).

O fundamento *individualista/subjetivista*⁶, por sua vez, é sintetizado no *Princípio da Proteção Individual*. Segundo o *Princípio da Proteção Individual*, a legítima defesa seria fundada no direito de autodefesa do indivíduo contra agressões injustas aos seus bens jurídicos (vf. ROXIN, 1997, p.608-609). A legitimidade da defesa residiria na preservação do bem jurídico e a ação defensiva seria, assim, um exercício de um direito subjetivo de proteger o bem jurídico repelindo a agressão (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p.59). A tendência *individualista/subjetivista*, ao acentuar o individualismo próprio de suas origens contratualistas, vai sustentar que na situação de legítima defesa, quando o Estado não pode proteger efetivamente os direitos naturais, cessaria qualquer dever de obediência do súdito. Fora do contrato, a ação defensiva não se sujeitaria a nenhuma exigência de equivalência entre o dano evitado e o dano causado, tendo como limite apenas a própria necessidade (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 61).

As dificuldades geradas pelas tentativas monistas de fundamentar a legítima defesa apenas no fundamento individualista ou no supraindividual criou o terreno que favoreceu a construção dos modelos ecléticos contemporâneos, que se baseiam na premissa de que é possível a combinação do Princípio do Prevalhecimento do Direito com o Princípio da Proteção Individual. A teoria do duplo fundamento da legítima defesa ou simplesmente teoria dualista da legítima defesa tornou-se o modelo fundamentador dominante da doutrina penal de países como Alemanha e Espanha⁷ no período após a Segunda Guerra Mundial (1945), absorvendo em boa medida o clima ideológico conciliador que permeou a formação do Estado Social de

⁶ Sobre a fórmula de Berner, lida em chave individualista, Jacson Zilio observa que “a expressão teve êxito por sua facilidade de compreensão: o direito à legítima defesa como retrato de um bem jurídico pessoal ou concreto direito subjetivo do particular, não necessita ceder frente à agressão antijurídica (o injusto). O direito é o bem particular, é o direito subjetivo do particular que se impõe diante do injusto. O injusto, por sua vez, é a ação que viola o direito individual, o bem, o direito subjetivo. Trata-se, portanto, outra vez de uma relação individual entre particulares: o direito individual do defensor quebranta o injusto do agressor” (ZILIO, 2019, p. 67, tradução nossa).

⁷ Remetemos aqui para o levantamento exaustivo sobre a predominância do modelo de fundamentação dualista na doutrina penal da Alemanha e da Espanha que é apresentado pelo jurista argentino Omar Palermo (PALERMO, 2007, p.156-157, notas 1 e 2).

Direito. Seguindo essa tendência, a defesa do fundamento dualista tornou-se também dominante na doutrina penal brasileira nas últimas décadas (vf. SOUZA; JAPIASSÚ, 2023, p. 288; BITENCOURT, 2023, p. 412; PRADO, 2023, p. 255; QUEIROZ, 2008, p. 267).

Como exemplar desse modelo eclético é possível apresentar a formulação do influente jurista alemão Hans-Heinrich Jescheck. Para Jescheck, o duplo fundamento da legítima defesa toma como ponto de partida também o princípio hegeliano segundo o qual “o Direito não tem por que retroceder ante o injusto” (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 360, tradução nossa). Esse fundamento, tomado por Jescheck no sentido individualista, porém, é reformulado com a introdução da perspectiva jurídico-social, isto é, identificada por ele com o princípio da prevalência da ordem jurídica.

Para Jescheck, essa reformulação é a resposta para as contradições geradas pela necessidade de conciliar a faculdade de autodefesa do agredido e o monopólio do exercício da força legítima pelo Estado (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 361). Como resultado, a legítima defesa passa a se fundamentar tanto na faculdade de autodefesa do agredido (entendida como perspectiva jurídico-individual). quanto na ideia de prevalectimento do Direito (entendida como perspectiva jurídico-social). A autodefesa individual nas situações de legítima defesa, em que falta a proteção efetiva do Estado, não implica em contradição com a ideia de afirmação da ordem jurídica. Constrói-se, assim, para Jescheck, uma fundamentação supraindividual e individualista ao mesmo tempo: “a autodefesa do agredido mostra-se simultaneamente como a salvaguarda da ordem pacífica geral quando não está presente a ajuda oficial: *deficiente magistratu populus est magistratus*” (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p; 361, tradução nossa).

3. O LUGAR DAS RESTRIÇÕES ÉTICO SOCIAIS NA CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DA ESTRUTURA DA LEGÍTIMA DEFESA

3.1 A ESTRUTURA CONCEITUAL DA LEGÍTIMA DEFESA

A estrutura básica do direito de legítima defesa é relativamente consensual nos sistemas jurídicos contemporâneos, tanto na matriz do direito continental europeu quanto na matriz do direito anglo-saxão. Em um esforço de síntese teórica das bases filosóficas comuns do Direito Penal nos diversos sistemas jurídicos, o jurista estadunidense George P. Fletcher identifica uma estrutura conceitual da legítima defesa caracterizada por quatro requisitos: **atualidade ou iminência da agressão; necessidade da ação defensiva; proporcionalidade da ação defensiva e intenção de repelir o ataque** (FLETCHER, 1998, p. 133, tradução nossa).

Como se verá a seguir, essa estrutura de fato traduz os pilares em que se baseia o instituto da legítima defesa. Contudo, o método escolhido por Fletcher segue o caminho inverso ao da dogmática jurídico-penal moderna: perceber essa unidade que subjaz aos diversos sistemas jurídicos exige “dar um passo atrás em relação aos detalhes e as variações linguísticas dos códigos penais. A unidade que emerge não está na superfície das regras legais e das decisões jurisprudenciais mas nos debates que são recorrentes de fato em cada cultura jurídica” (FLETCHER, 1998, p. 4, tradução nossa).

Colocado o objetivo de identificar o lugar das restrições ético-sociais à legítima defesa na construção dogmática jurídico-penal do instituto é preciso considerar as especificidades da própria dogmática jurídica como paradigma científico. Desde de sua fundação a partir da Escola Histórica (Savigny e Jhering), a identidade da dogmática jurídica como paradigma científico é caracteriza pela tomada das normas positivas de origem estatal como *objeto de estudo* e pela assunção da *tarefa de construção sistemática* que visa elaborar de modo rigoroso e coerente a experiência jurídica apreendida a partir das regras positivas (vf. ANDRADE, 2003b, p. 41-49).

Considerando que a matriz política do paradigma dogmático foi historicamente o Estado nacional moderno e que na tradição da dogmática jurídico-penal o ponto de partida da construção dogmática são as normas nacionais (sobretudo os Códigos Penais modernos), é praticamente inevitável enfrentar as particularidades nacionais nos níveis da direito positivo e da tradição doutrinária. Cabe, portanto, apresentar brevemente a estrutura conceitual da legítima defesa tal como elaborada pela doutrina *predominante* no país central na tradição dogmática à qual a doutrina brasileira tem se vinculado, para na sequência indicar o lugar das restrições ético-sociais na construção dogmática da legítima defesa.

Na doutrina penal alemã predomina uma estrutura conceitual da justificante da legítima defesa que, a partir da redação do art. 32 do Código Penal alemão⁸, apresenta como **requisitos objetivos**: a *situação de legítima defesa* caracterizada por: 1) uma **agressão injusta (antijurídica) atual** a um **direito/bem individual próprio ou alheio** (vf. HILGENDORF;

⁸ Código Penal alemão (StGB) de 1975:

“§ 32. Legítima defesa

- (1) Quem comete um fato imperativo para sua legítima defesa não atua antijuridicamente.
 (2) Legítima defesa é a defesa necessária para repelir uma agressão atual e antijurídica, contra si ou contra outrem”.

Optou-se aqui pela utilização da tradução para o português do dispositivo feita por Orlandino Gleizer, que consta da versão brasileira do manual de Eric Hilgendorf e Brian Valerius (HILGENDORF; VALERIUS, 2019, p. 127).

VALERIUS, 2019, 127-137; ROXIN, 1997, p. 611-654; WESSELS, 1976, p. 71-74; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 362-369; MAURACH; ZIPF, 1994 p. 440-460; STRATENWERTH, 2005, p. 195-198); e 2) a *ação defensiva* caracterizada pela **necessidade** (idoneidade da ação e emprego do meio relativamente menos grave), pela **imperatividade/permisibilidade**⁹ e pela direção **contra o agressor** (vf. HILGENDORF; VALERIUS, 2019, 127-137; ROXIN, 1997, p. 611-654; WESSELS, 1976, p. 71-74). Predomina ainda na doutrina penal alemã a exigência do requisito do **requisito subjetivo** da causa de justificação, caracterizado pelo **conhecimento da agressão** e pela **vontade de se defender**¹⁰ (vf. HILGENDORF; VALERIUS, 2019, 127-137; WESSELS, 1976, p. 72; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 368; MAURACH; ZIPF, 1994, p. 448; STRATENWERTH, 2005, p. 205).

Essa tendência é compartilhada pela doutrina penal brasileira, que, partindo da redação do art. 25 do Código Penal brasileiro¹¹, apresenta uma estrutura conceitual da justificante da legítima defesa com os seguintes **requisitos objetivos**: de um lado a *situação de legítima defesa* caracterizada por uma **agressão injusta (antijurídica) atual ou iminente** a um **direito próprio ou alheio**; e de outro a *ação defensiva* caracterizada pelo **uso moderado dos meios necessários**, dirigida **contra o agressor** (vf. SOUZA; JAPIASSÚ, 2023, p. 288-291; BITENCOURT, 2023, p. 411-416; MARTINELLI; BEM; 2023, 780-786; PRADO, 2023, p. 255-256; QUEIROZ, 2008, p. 268-273; BRANDÃO, 2015, p. 104-107). Integra ainda essa estrutura conceitual predominante na doutrina majoritária brasileira o **requisito subjetivo** da causa de justificação, caracterizado pelo **reconhecimento da agressão** e pela **intenção defensiva** (vf. SOUZA; JAPIASSÚ, 2023, p. 288-291; BITENCOURT, 2023, p. 411-416;

⁹ Registre-se aqui a resistência de importantes doutrinadores como Hans-Heinrich Jescheck (JESCHECK; WEIGEND, 2003, p. 370), Reinhart Maurach (MAURACH; ZIPF, 1994, p. 449-450) e Günther Stratenwerth (STRATENWERTH, 2005, p. 200-201) à adoção da imperatividade como requisito da legítima defesa, colocando como requisitos da ação defensiva apenas a necessidade da defesa e a direção contra o agressor. A relação entre o requisito da imperatividade e a problemática das restrições ético-sociais será aprofundada nos tópicos seguintes.

¹⁰ Cabe registrar aqui a posição de Claus Roxin que sustenta que o elemento subjetivo da justificadora da legítima defesa limita-se ao conhecimento da situação justificante, não abrangendo uma vontade de defesa. Para Roxin, a falta de consciência da situação de legítima defesa deve ser enquadrada como tentativa impossível (ROXIN, 1997, p. 667).

¹¹ Código Penal Brasileiro de 1940 (Parte Geral de 1984):

“Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no **caput** deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes” (BRASIL, 1940).

MARTINELLI; BEM; 2023, 780-786; PRADO, 2023, p. 255-256; QUEIROZ, 2008, p. 268-273; BRANDÃO, 2015, p. 107)¹².

4. PERCURSO DO TEMA DAS RESTRIÇÕES ÉTICO-SOCIAIS À LEGÍTIMA DEFESA NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL ALEMÃ

No seu *Tratado de Direito Penal Alemão* (1896)¹³, Franz von Liszt não aborda diretamente o tema da fundamentação, preferindo apresentar uma síntese da história do instituto e empreender a construção sistemática diretamente dos dispositivos do Código Penal alemão de 1871¹⁴. Esse modo de abordagem manifesta aqui a estrita separação de objetos e tarefas entre dogmática jurídico-penal e política criminal que marcou programa *lisztiano* de um *modelo integral de ciências criminais*¹⁵. O objeto da ciência jurídico-penal limita-se às normas positivas estatais e sua tarefa é construção sistemática a partir delas através do método técnico-jurídico: a política criminal não tem lugar em seu tratado (LISZT, 2006, p. 2-3).

O caráter individualista da posição de Liszt no tratamento da legítima defesa, porém, pode ser extraído do modo como constrói o tema da necessidade da ação defensiva. Ao abordar os requisitos da ação defensiva, Franz von LISZT vai afirmar que a defesa “não pode exceder os limites da repulsa absolutamente necessária. A medida da repulsa ou a ‘defesa necessária’ (*moderamen inculpatae tutelae*) é dada pela violência da agressão” (LISZT, 2006, p. 231). Daí a afirmação de que, não sendo possível repelir a agressão de outra forma, seria admissível que a defesa do bem jurídico mais insignificante resultasse na morte do agressor (LISZT, 2006, p. 231). Para Liszt, a legítima defesa não seria excluída com a possibilidade de uma fuga

¹² Mais recentemente, surgiram na doutrina brasileira questionamentos sobre o caráter eticizante/penitencial da exigência do requisito subjetivo nas causas de justificação e sua incompatibilidade com o Estado de Direito (vf. TAVARES, 2018, p. 367 e ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 42-48).

¹³ Será utilizada aqui a edição brasileira de 1899 (traduzida para o português por José Hygino Duarte Pereira), que se baseia na 7ª edição alemã do ano de 1896. A primeira edição dessa obra data do ano de 1881 e recebeu sucessivas atualizações até 1919, ano da morte do autor e da publicação da 22ª edição alemã.

¹⁴ Código Penal alemão (StGB) de 1871:

“§ 53. Legítima defesa

(1) Inexiste ação punível, quando a ação for exigida pela legítima defesa.

(2) A legítima defesa é a defesa necessária para afastar de si ou de outrem uma agressão antijurídica atual.”

Optou-se aqui pela utilização da tradução para o português do dispositivo feita por Luís Greco, que consta da versão brasileira da obra “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” de Claus Roxin (ROXIN, 2002, p. 62).

¹⁵ Para um tratamento do lugar da dogmática jurídica no modelo integral de ciências criminais *lisztiano*, indica-se a tese de doutorado de Vera Regina Pereira de Andrade (ANDRADE, 2003a, p. 112-123).

vergonhosa ou perigosa para o agredido; inversamente, caso exista a possibilidade de uma fuga honrosa e sem perigo, a ação defensiva deixaria de ser legal (LISZT, 2006, p. 231).

Temos, portanto, já no texto fundador da tradição dogmática da teoria do delito moderna todos os sinais do caráter *enérgico* e “*individualista*” da legítima defesa: 1) proporcionalidade entre agressão e defesa, com a gravidade da agressão sendo tomada como única medida da necessidade; 2) admissão da desproporcionalidade da ação defensiva quando for consequência do emprego do único meio disponível para repelir a agressão; 3) admissão da desproporcionalidade entre bem jurídico agredido e bem jurídico atingido pela ação de defesa, tratando a ponderação de bens como exclusiva do instituto do estado de necessidade; 4) tratamento unilateral da deslegitimação da defesa em função da possibilidade de fuga, considerando apenas à honra e a incolumidade do indivíduo agredido.

Enfim, não há na fundacional construção dogmática de Franz von Liszt nenhum traço de tentativa de harmonização entre os princípios da proteção individual e da prevalência da ordem jurídica e, portanto, nenhum espaço para a problemática das restrições ético-sociais à legítima defesa.

Deslocamentos importantes em relação a matriz do texto de Liszt podem ser identificados na construção de Hans Welzel em sua obra *Direito Penal Alemão - Parte Geral* (1969)¹⁶, que reflete já o contexto da Alemanha do pós-Segunda Guerra Mundial. No contexto da era Adenauer, marcado pela adesão de setores substanciais da doutrina penal alemã ao direito natural conservador (especialmente a retomada da teoria retributiva/expiatória da pena) (vf. VORMBAUM, 2018, p. 371), a obra Welzel assumiu um perfil ideológico-político próprio, difícil de decifrar quando se observa apenas abstrata disputa entre causalismo e finalismo¹⁷. O perfil conservador realista da ontologia eticizante de Welzel manifesta-se principalmente em sua concepção da missão do Direito Penal, na qual a proteção de bens jurídicos é apenas uma mediação para o fim maior de proteção dos valores ético-sociais elementares da vida em

¹⁶ Será utilizada aqui a edição chilena de 1976 (traduzida para o espanhol), que se baseia na 11ª edição alemã do ano de 1969. Trata-se da última versão da obra, que teve sua primeira edição no ano de 1946.

¹⁷ O apagamento político-ideológico que marcou a disputa entre causalismo e finalismo nas décadas de 1950 e 1960 vem sendo fortemente criticado desde a publicação da pesquisa de Muñoz Conde (MUÑOZ CONDE, 2005) sobre a trajetória de Edmund Mezger durante período do regime nazista. Mais recentemente também as relações Hans Welzel com o regime e com a doutrina penal nazista tornaram-se objeto de pesquisa e discussão, com a leitura mais generosa de Eugenio Raúl Zaffaroni (ZAFFARONI, 2019, p. 136, 227-232) sendo contraposta pelo alemão Kai Ambos (AMBOS, 2020, p. 231-240). Para além da trajetória biográfica do autor, a abstração da teoria finalista da ação em relação ao contexto social e político torna difícil decifrar seu caráter político-ideológico: os riscos autoritários da subjetivação do Direito Penal convivem com o potencial minimizador de sua teoria das estruturas lógico-objetivas.

comunidade (WELZEL, 1976, p. 10-21), e no seu desdobramento numa teoria da pena de prevenção geral positiva igualmente eticizante.

Em relação à fundamentação da legítima defesa, Welzel não desenvolve nem adota explicitamente nenhum dos modelos de fundamentação da legítima defesa, limitando-se à indicação da fórmula de Berner - “seu pensamento fundamental é que o Direito não tem por que ceder ante o injusto” (WELZEL, 1976, p. 122, tradução nossa). Sua posição, entretanto, pode ser extraída a partir de sua construção dogmática, na qual a problemática da limitação da legítima defesa começa a ser insinuada a partir do princípio da proibição do abuso de direito, sem a elaboração explícita de uma fundamentação dualista do instituto.

No nível da estrutura conceitual da legítima defesa, Welzel concentra sua discussão também no requisito da necessidade, seguindo inicialmente uma linha bastante próxima de Liszt. Para Hans Welzel: 1) a ação de defesa deve ser a necessária para a defesa, tomando como medida da necessidade a intensidade real da agressão e os meios à disposição do agredido (WELZEL, 1976, p. 124); 2) “O agredido tem de empregar o meio mais leve, que, por outro lado, pode chegar, dependendo do caso, até a morte do agressor, sempre que este seja o último meio de defesa.” (WELZEL, 1975, p. 125, tradução nossa); 3) A defesa necessária não depende da proporcionalidade entre o bem agredido e a lesão necessária para sua proteção, de modo que mesmo a defesa de bens materiais pode alcançar a morte do agressor, uma vez que seja necessária (WELZEL, 1976, p. 126).

Estabelecida essa configuração do requisito da necessidade, a construção de Welzel toma, então, um rumo diferente, colocando que “o direito de legítima defesa também está submetido ao princípio jurídico geral de que não é admissível seu exercício abusivo” (WELZEL, 1976, p. 126 tradução nossa). Pelo princípio da proibição do abuso do direito, “o agredido não precisa empreender a fuga em lugar de se defender, mas se isso não vai em detrimento de sua honra, *deve* evitar o enfrentamento (como por exemplo com um enfermo mental) ou aceitar a ajuda oferecida por um terceiro” (WELZEL, 1976, p. 126, tradução nossa, grifo nosso). No mesmo sentido, Welzel afirma ser “inadmissível a legítima defesa quando a gravidade da lesão não está em relação com a insignificância criminal da agressão (não simplesmente do bem jurídico ameaçado)”, dando como exemplos o caso de alguém que desejasse disparar contra crianças que estão furtando frutas, para forçá-las a descer árvore (mesmo que seja o único meio disponível) e o caso de alguém que desejasse matar um mendigo por furtar um pedaço de pão (WELZEL, 1976. p. 126, tradução nossa).

Não se encontra em Welzel, por outro lado, essa tendência limitadora quando enfrenta o tema da legítima defesa diante da agressão provocada. Welzel reconhece o direito à legítima defesa daquele que contribui para provocar a agressão (como no exemplo das piadas dirigidas ao agressor). No caso de provocação dolosa, quando a provocação é realizada com a intenção poder lesionar o agressor sob a aparência da legítima, Welzel sustenta que o provocador perde o direito à defesa legítima pois “neste caso não se está ante uma defesa do justo contra o injusto” (WELZEL, 1976, 127, tradução nossa). Já no caso da provocação culposa, Welzel defende um direito pleno de legítima defesa, recusando a limitação representada por um dever de fuga ou de busca da ajuda de terceiros do provocador: “demasiado excessiva é essa posição no caso de produção culposa da situação de legítima defesa, já que por consideração com o agressor ilegítimo conduz a uma apreciável limitação da liberdade de ação” (WELZEL, 1976, p. 128, tradução nossa).

Encontra-se na obra de Welzel, portanto, a afirmação de restrições que relativizam o caráter *enérgico* e “*individualista*” da legítima defesa em dois pontos: 1) a insignificância da agressão deslegitima a ação defensiva extrema, mesmo quando a desproporção seja resultado do emprego do único meio disponível; 2) a deslegitimação da ação defensiva em razão da possibilidade da fuga ou evitação do confronto considera não apenas a honra do agredido mas também a situação do agressor.

Com a introdução do princípio da proibição do abuso do direito, a construção dogmática de Welzel começa a se distinguir de uma legítima defesa baseada estritamente na necessidade fática e a introduzir a problemática das restrições ético-sociais. Essa introdução, contudo, acaba não resultando na formulação de um requisito próprio na estrutura conceitual da legítima defesa e seu tratamento das restrições ético-sociais fica aquém da tradicional promessa de sistematicidade. Ao recorrer diretamente ao princípio jurídico da proibição do abuso, sem extraí-lo da interpretação da norma positiva que estrutura a legítima defesa no Código Penal alemão de 1871, Welzel manifestou não apenas a peculiar concepção da conexão entre direito positivo e valores sociais que marca sua filosofia e metodologia jurídico-penal, mas também uma singular abertura para a realidade jurisprudencial da Alemanha ocidental das décadas de 1950 e 1960.

Conforme notou Roxin, o tratamento jurisprudencial da legítima defesa¹⁸ nesse período foi marcado por numerosos julgados sobre temas como agressões de crianças e doentes mentais, agressões de provocadores dolosos e culposos, agressões intrafamiliares, agressões insignificantes etc., que alteraram o quadro das soluções tradicionais com o recurso não só ao princípio da proibição do abuso de direito, mas também “ com considerações gerais de equidade, com a fórmula vazia da exigibilidade, ou dos conceitos da necessidade e da exigência” em sua tentativa de fundamentação (ROXIN, 2002, p. 62)¹⁹. Esse movimento tateante da jurisprudência, produzindo soluções novas e, por vezes, contraditórias, gerou em parte importante da doutrina penal a “impressão de um amolecimento da legítima defesa” (ROXIN, 2002, p. 62-63).

Um exemplo desse tipo de leitura pode ser encontrado na obra do jurista alemão Reinhart Maurach, que registrou a perda de clareza que o conceito de necessidade da defesa vinha sofrendo naquele momento. Assim, “na interpretação do conceito de necessidade, o princípio liberal e extremamente individualista que prediz que o direito jamais deve ceder ante o ilícito tem perdido terreno de forma considerável” (MAURACH; ZIPF, 1994, p. 449, tradução nossa). Daí a importância de reafirmar a “noção primária de legítima defesa, já que só dessa maneira é possível determinar os limites de uma reação aceitável” (MAURACH; ZIPF, 1994, p. 449, tradução nossa).

De acordo com Maurach, seria questionável a tendência da doutrina atual de considerar, junto ao requisito da necessidade no sentido do inciso 2º do § 32, a necessidade da defesa no sentido do inciso 1º do § 32, nomeada como *imperatividade* ou *permissibilidade* da defesa. Para esse autor seria “duvidoso que com o fim de efetuar as necessárias restrições ético-sociais a legítima defesa se deva atender à imperatividade antes que à necessidade” (MAURACH; ZIPF, 1994 p. 449-50, tradução nossa). Porém, Maurach termina admitindo que “o elemento *imperativo* poderia adquirir um significado autônomo na medida em que [...] se relacionasse o elemento *necessário* com a pergunta fática pela defesa da agressão, e o elemento *imperativo* com o exame normativo da defesa adequada” (MAURACH; ZIPF, 1994, p. 450, tradução nossa), remetendo à formulação de Roxin sobre as restrições ético-sociais (vf. ROXIN, 2004).

¹⁸ Remetemos aqui para o levantamento das decisões jurisprudenciais do período que é apresentado por Claus Roxin no artigo “As restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa” do ano de 1975 (ROXIN, 2004, p. 198, nota 2).

¹⁹ Essa virada jurisprudencial a partir da doutrina do abuso de direito foi registrada também pelo norte-americano George P. Fletcher (FLETCHER, 1998, p. 136-137).

Na mesma linha, o alemão Günther Stratenwerth registra a ocorrência de uma profunda transformação no campo da fundamentação e estruturação da legítima defesa nas últimas décadas: refletindo as mudanças na forma de determinar a relação entre os indivíduos e entre eles e a comunidade, “tem ganho um considerável terreno durante muito tempo a tendência limitar um direito ‘galante’ à legítima defesa, e isso com tal intensidade que se pode falar sem exagero de uma ‘erosão da dogmática da legítima defesa” (STRATENWERTH, 2005, p. 194).

Mais especificamente, Stratenwerth critica as modificações nos requisitos da legítima defesa produzidas pelas novas interpretações do §32 do Código Penal alemão de 1975, em especial daquelas que partiam da expressão contida no el §32, I que qualifica a ação defensiva como “exigida” ou “imperativa” (*Geboten*) e que fora introduzida no texto legal explicitamente para possibilitar as restrições ético-sociais à legítima defesa. Para Stratenwerth, “trata-se de uma mera fórmula vazia. É duvidoso que as diversas restrições respondam a um mesmo denominador comum; no fundo, a única coisa clara é que elas entram em consideração em constelações muito determinadas” (STRATENWERTH, 2005, p. 200-201).

Uma abertura aparentemente maior para o tema das restrições ético-sociais pode ser encontrada na obra do jurista Hans-Heinrich Jescheck, uma decorrência de seu próprio modelo de fundamentação dualista da legítima defesa, que concilia a perspectiva jurídico individual com a perspectiva jurídico-social. Assim, as restrições ético-sociais teriam lugar nas situações em que “decai o ponto de vista da afirmação do Ordenamento Jurídico, assim como também na hipótese de extrema desproporção dos bens implicados” (JESCHECK, 2002, p. 362, tradução nossa). Contudo, Jescheck vai também criticar o modo como a doutrina passou a interpretar a fórmula da “imperatividade” no §32, I introduzida pela reforma do Código Penal alemão de 1975: seria um equívoco apelo à essa cláusula porque “por um lado, contém simplesmente um princípio regulativo sem critérios mais detalhados, e, por outro, da evolução legislativa se infere que ‘necessidade’ e “imperatividade” significam o mesmo” (JESCHECK, 2002, p. 370, tradução nossa). Além disso, os apelos a cláusulas gerais como o princípio da proibição do abuso do Direito, o princípio da adequação, o princípio da proporcionalidade etc. apresentam o mesmo problema e “só colaboram para converter em mais insegura a delimitação do direito à legítima defesa” (JESCHECK, 2002, p. 370, tradução nossa).

Diante desses questionamentos inspirados na promessa de segurança jurídica e na metodologia sistemática que marcam a identidade da dogmática jurídico-penal moderna, tornava-se claro que as divergências sobre o desenvolvimento da construção dogmática das

restrições ético-sociais à legítima defesa envolviam não apenas a dimensão teórica mas também uma aguda dimensão metodológica.

A resposta mais consistente foi a construção do modelo de fundamentação e de estruturação conceitual da legítima defesa por Claus Roxin, cujo ponto de partida é o seu artigo “Política criminal e sistema jurídico-penal” do ano de 1970 (ROXIN, 2002). Nessa obra, Roxin formulou a linha fundamental de sua metodologia jurídico-penal e de seu programa de reformulação da dogmática penal, cujo fio condutor é a busca da superação da separação estrita entre dogmática jurídico-penal e política criminal que marcou a metodologia jurídico-penal alemã desde a matriz fundacional de Franz von Liszt. Trata-se para Roxin de uma unidade sistemática que deve ser realizada no interior da própria construção da teoria do delito e que, para superar as formulações parciais e unilaterais, deve considerar “as três exigências principais com as quais se pode construir um sistema frutífero - ordem e clareza conceitual, proximidade à realidade e orientação por fins político-criminais” (ROXIN, 2002, p. 28). A premissa da qual parte essa reconstrução da dogmática jurídico-penal é a ideia de que “cada categoria do delito - tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade - deve ser observada sob o ângulo de sua função político-criminal” (ROXIN, 2002, p. 29). Nessa linha, a categoria da antijuridicidade deve ser formulada a partir de sua função de solução social de conflitos.

Considerando que o substrato político criminal da antijuridicidade é a regulação socialmente correta de situações de conflito de mediante a ponderação de interesses individuais e necessidades sociais globais, Roxin afirma que é “através das causas de justificação que a dinâmica das modificações sociais adentra na teoria do delito” (ROXIN, 2002, p.48-49). As causas de justificação seriam, assim, direitos de intervenção que se originam de todos os setores da ordem jurídica e que tem por função a harmonização do interesse individual com a necessidade social.

Para levar a cabo a sistematização da antijuridicidade a partir dessa função político-criminal, Roxin propõe uma metodologia de inspiração *tópica* para a construção dogmática das causas de justificação. No enfrentamento do problema da solução social de conflitos, o legislador coloca em jogo um certo número de princípios sócio-reguladores, que determinam o conteúdo de cada causa de justificação. Trata-se de analisar a forma como interagem nos casos concretos esses princípios ordenadores materiais para, a seguir, fixar e estruturar o juízo sobre a antijuridicidade dos comportamentos.

Considerando que, diferentemente dos tipos penais, as causas de justificação não descrevem condutas precisas e que seu papel é regular espécies de intervenção permitida aplicáveis para um universo indeterminado de situações conflitivas, o papel do direito escrito aqui seria o de desenvolver os princípios jurídicos entendidos como “medidas reitoras abstratas de comportamento [...] que precisam ser concretizadas na matéria jurídica” (ROXIN, 2002, p. 60). O caminho para desenvolver esses princípios jurídicos é o do desenho, para cada excludente de ilicitude, de “uma fenomenologia das relações fáticas típicas (que na legítima defesa seriam, aproximadamente, agressões de crianças, jovens, inimputáveis, semi-imputáveis, provocação intencional, dolosa ou negligente, conflitos intrafamiliares [...])” (ROXIN 2002, p. 61). O resultado desse trabalho seria desta maneira “um quadro estruturado das manifestações da vida” (ROXIN, 2002, p.61) - que passará ser designado com o termo *grupo de casos* - que permitiria então organizar e estruturar a interação entre os distintos setores da realidade empírica e os princípios ordenadores próprios de cada causa de justificação.

No campo da legítima defesa, isso significa avançar para a análise da interação entre os dois princípios que entram em jogo em sua fundamentação e em sua estruturação conceitual: o *princípio da proteção individual* e o *princípio do prevalecimento do Direito*. Cabe notar que a formulação do modelo de fundamentação dualista da legítima defesa por Claus Roxin é mais densa e sofisticada do que ideia de uma simples conciliação entre uma perspectiva jurídico-individual (dada pelo princípio da proteção individual) e ou jurídico-social (assumida como princípio da prevalência da ordem jurídica), tal como no modelo de Jescheck (vf. ROXIN, 2004, p. 202-203).

Roxin questiona a ideia de que uma legítima defesa ilimitada seja decorrência de uma suposta prioridade do princípio da proteção individual (“individualismo”). Ao contrário, a legítima defesa ilimitada - “que não exige proporcionalidade de valores entre o dano que se pretende afastar e aquele que se provoca, autorizando também a produção de um dano não proporcional no agressor sempre que seja ‘necessário’ para a defesa” (ROXIN, 2004, p. 200) - estaria baseada na vigência simultânea do princípio da proteção individual e do princípio da prevalência do direito²⁰. Para Roxin, a equiparação feita por Jescheck da perspectiva jurídico-

²⁰ Sobre o peso do princípio da prevalência da ordem jurídica no caráter ilimitado da legítima defesa, Roxin afirma: “Garante-se uma proteção privada tão ampla quanto possível. Mas com isto sobrepõe-se, também, a não lesão do ordenamento jurídico ao puro valor dos bens, quer dizer, admite-se que pode sacrificar-se um bem muito valioso para a conservação de um outro menor valor, se com isto se afastar, ao mesmo tempo, uma agressão contra o ordenamento jurídico. O legislador considera em alto grau o valor que a defesa ou a

social com a prevalência da ordem jurídica é errônea: quando se trata de afirmar as restrições ético-sociais ao exercício da legítima defesa não se está fazendo prevalecer a perspectiva jurídico-social contra a perspectiva jurídico-individual da autodefesa do agredido. Como se verá a seguir, nos grupos de casos em que se afirmam as restrições ético-sociais o que é ocorre é justamente o contrário: é sempre um recuo do princípio da prevalência de Direito que faz surgir tais limitações. (ROXIN, 2004, p. 202-203).

Ainda sobre o modelo de fundamentação dualista de Roxin, o traço decisivo que o inscreve dentro do programa de funcionalização em termos político-criminais da dogmática jurídico-penal é a interpretação desses princípios em termos de interesses preventivos. De um lado, “o princípio de proteção serve a prevenção geral no sentido de que mediante defesa por parte dos agredidos, deve impedir-se que um determinado agressor realize uma ação ilícita” (ROXIN, 2004, p. 203). E de outro, “o princípio da defesa do direito serve igualmente a prevenção geral, pois o facto de repelir-se a agressão mostra a potenciais violadores do direito que não se pode agredir alguém sem correr um risco” (ROXIN, 2004, p. 203). Tem-se, desta forma, um quadro no qual a legítima defesa funciona político-criminalmente tanto em termos de prevenção especial (impedir a agressão antijurídica atual ou iminente) quanto de prevenção geral (intimidação de potenciais agressores).

Com a construção teórica desse complexo modelo de fundamentação e do refinamento de sua metodologia jurídico-penal de inspiração *tópica*, Claus Roxin vai realizar o trabalho de sistematização das restrições ético-sociais, delineando um quadro composto por cinco *grupos de casos*²¹: agressões não culpáveis, agressões provocadas antijuridicamente pelo agredido, agressões irrelevantes, agressões no contexto de relações de garantia e agressões mediante ameaças constitutivas de chantagem.

O primeiro grupo de casos tratado por Roxin é constituído pela legítima defesa contra *agressões provocadas por sujeitos não culpáveis ou com culpabilidade diminuída*. Trata-se dos casos de agressões de crianças, doentes mentais, embriagados e pessoas que agem em erro invencível, em estado de necessidade exculpante, em excesso exculpante em legítima defesa ou

supremacia do direito em face ao ilícito, que permite que a balança se incline para o lado da defesa” (ROXIN, 2004, p. 200-201).

²¹A primeira versão dessa sistematização foi apresentada por Claus Roxin no artigo “*As restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa: tentativa de balanço*” do ano de 1975 (ROXIN, 2004). A exposição dos grupos de casos aqui realizada toma por base a obra “*Direito Penal - Parte Geral*” publicada em 1994 (ROXIN, 1997), onde apresenta um quadro mais completo e atual do tema.

em qualquer outra situação de exclusão de culpabilidade. As agressões não culpáveis suscitam também o direito à legítima defesa, porém nesses casos ocorre uma diminuição significativa do interesse preventivo-geral do prevailecimento do Direito, o que ocorre em virtude da capacidade substancialmente menor de compreensão e autodeterminação dos agressores. A renúncia à pena nos casos de agressão não culpável não implica na impossibilidade da defesa do Direito frente ao injusto, porém essa defesa deve respeitar limites decorrentes da consideração social do agressor. A renúncia da prevenção por meio da pena pelo ordenamento jurídico implica “limitar da mesma forma a prevenção por meio da legítima defesa à medida do que é simplesmente imprescindível para a proteção do agredido” (ROXIN, 1997, p. 638, tradução nossa).

O alcance da restrição ético-social à legítima defesa é aqui regido por três níveis de ação que o agredido deve observar (*teoria dos três níveis*): 1) *Esquiva*: o agredido deveria esquivar ou fugir quando fosse possível fazê-lo sem perigo e quando a realização de uma defesa ofensiva causasse graves danos ao agressor. (ROXIN, 1997, p. 638); 2) *Manobra defensiva*: o agredido deveria buscar a ajuda de terceiros quando com ela fosse possível repelir com menos dureza a agressão. (ROXIN, 1997, p. 638); 3) *Manobra ofensiva*: quando não for possível nem esquivar nem conseguir ajuda de terceiros, é legítimo fazer a ação defensiva necessária dirigida contra o agressor não culpável, porém é preciso considerar a assunção do risco de sofrer lesões menores (por exemplo, priorizando a luta corporal em relação ao emprego de armas) (ROXIN, 1997, p. 638).

O segundo grupo de casos tratado por Roxin é constituído pela legítima defesa contra *agressões provocadas antijuridicamente pelo agredido*. No caso da provocação intencional - entendida como aquela na qual a provocação é realizada com a intenção de suscitar uma agressão para que permitir ao provocador lesionar o agressor sob a aparência da legítima defesa - Roxin adota a já tradicional posição segundo a qual esse tipo de provocação exclui a totalmente legítima defesa com base no no argumento do abuso do direito (com a devida punição do provocador intencional). A qualificação da posição de Roxin nesse tema é dada pela exigência de que essa provocação seja propriamente *antijurídica*: o sujeito que atua conforme o Direito conserva seu direito à legítima defesa diante das agressões provocadas por sua intervenção. Para quem atua conforme o Direito é indiferente a intenção provocadora. Já para quem atua com uma conduta antijurídica, provocando o outro ao cometimento de uma agressão com a finalidade de lesá-lo em seguida, não cabe a proteção da legítima defesa. Essa proteção não abriga esse tipo de provocador porque se trata de um perigo doloso que ele próprio produziu

com sua conduta antijurídica (autocolocação em perigo) e porque mediante sua conduta antijurídica o provocador não faz prevalecer o Direito, mas viabiliza uma agressão com fins lesivos (ROXIN, 1997, p. 638-639).

Diferente é a situação dos casos em que a provocação não pretende suscitar uma agressão do provocado para poder lesá-lo sob a aparência da legítima defesa, mas que ainda assim acaba desencadeando uma agressão antijurídica. Roxin dá o exemplo do no caso do sujeito A (provocador) que pratica uma injúria por meio oral e suscita que o sujeito B (agressor) reaja iniciando uma agressão física na sequência, mas que, ao ser praticada, já não cumpre mais o requisito da atualidade. Nesse caso, diante da agressão antijurídica, o provocador não pode perder totalmente o direito à legítima defesa. Porém, o interesse preventivo-geral do prevalecimento do Direito é reduzido em relação a situações de agressão para as quais não ocorreu provocação: o efeito de agressões provocadas no sentimento de segurança jurídica da comunidade é reduzido, pois a população considera que essas agressões são culpa de interações entre as duas partes e não produzem perigo para o cidadão que se conduz pacificamente. É em virtude desse recuo do princípio do prevalecimento do Direito que se afirmam as restrições ético-sociais da legítima defesa do agredido/provocador não-intencional, cujo regime segue o padrão do já exposto sobre as agressões praticadas por pessoas sem culpabilidade ou com culpabilidade diminuída, isso é, a *teoria dos três níveis* (evitação, manobra defensiva e manobra ofensiva) (ROXIN, 1997, 641-642).

Por fim, ainda no tema da agressão provocada que produz restrição da legítima defesa, Roxin discute se a restrição exige o caráter antijurídico da conduta provocadora ou se seria satisfeita com uma conduta desvalorada apenas em termos ético-sociais. Para Roxin, “o correto será exigir, para que uma conduta prévia restrinja a legítima defesa, que diminua de modo antijurídico um bem jurídico do agredido” (ROXIN, 1997, p. 644, tradução nossa). O que está abaixo no patamar da antijuridicidade, ainda que seja reprovável em termos ético-sociais, é vago demais e não pode ser a base para a afirmação de uma restrição ao direito de legítima defesa pois encontra-se ainda dentro do terreno do Direito. Sendo o caso de uma provocação propriamente antijurídica, a restrição exige ainda “que a conduta prévia antijurídica guarde uma estreita conexão temporal e uma adequada proporção com a agressão que a provoca” (ROXIN, 1997, p. 644, tradução nossa).

O terceiro grupo de casos tratado por Roxin é constituído pela legítima defesa contra *agressões irrelevantes*. De acordo com Roxin, nesses casos o princípio do prevalecimento da

ordem jurídica recua diante do princípio da oportunidade, que regula no ordenamento jurídico alemão os crimes de bagatela, os crimes privados (que somente se procedem mediante queixa) e as contravenções (ROXIN, 1997, p. 646). Se o legislador não considera imprescindível a prevalência da ordem jurídica por meio da sanção penal, Roxin deduz que também não pode ser admitida uma afirmação ilimitada do Direito por meio de uma reação defensiva privada (ROXIN, 1997, p. 646). No quadro da definição de agressão irrelevante Roxin vai incluir não somente os três tipos de crime acima indicados, mas também agressões a bens jurídicos não protegidos pelo Direito Penal, dando o exemplo da posse (ROXIN, 1997, p. 646).

O alcance da restrição da legítima defesa nos casos de agressão irrelevante não é tal que exija do agredido esquivar, fugir ou pedir a ajuda de terceiros, legitimando um emprego moderado da força física (por exemplo, repelir a invasão de domicílio expulsando pessoalmente o invasor ou repelir um furto empurrando o ladrão). O limite dessa restrição é o perigo para vida do agredido: para evitar uma agressão irrelevante a reação defensiva não ser tal que resulte em graves ferimentos ou na morte do agressor, devendo se limitar a meios menos gravosos. O interesse no prevalecimento do Direito recua diante da consideração social para com o agressor exigida pela prioridade normativa da vida humana na ordem jurídica. Com isso, Roxin rebate um *topos* clássico da doutrina tradicional da legítima defesa: “quem somente poderia impedir um furto de bagatelas com um disparo perigoso para a vida, no caso extremo terá que deixar escapar ao ladrão e limitar-se a uma denúncia à polícia” (ROXIN, 1997, p. 647).

O quarto grupo de casos tratado por Roxin é constituído pela legítima defesa contra *agressões praticadas no contexto de relações de garantia*, tal como nas relações pai-filho e entre cônjuges. Trata-se de um contexto no qual a posição de garantidor impõe a obrigação recíproca de evitação de danos (sob o risco de incorrer no crime omissivo impróprio). A agressão de um cônjuge contra o outro produz a situação de legítima defesa, porém o princípio do prevalecimento do Direito recua diante do dever de consideração humana inerente à relação de solidariedade existente entre os envolvidos. Assim, numa relação conjugal, em caso de um conflito que evolua para uma agressão física, o agredido mantém seu direito de reagir em legítima defesa. Porém, enquanto ainda existente a posição de garantidor do agredido, “a conjunção do direito de defesa e do dever de proteção tem de repercutir numa limitação imanente à legítima defesa em caso de medidas defensivas perigosas para a vida” (ROXIN, 1997, p. 652, tradução nossa). A reação defensiva nesse caso pelo deve evitar a morte ou lesão

grave do agressor, recorrendo à esquiva, à fuga ou a meios defensivos menos perigosos, ainda que sob o risco de o agredido sofrer danos leves.

Importante destacar que Roxin deixa claro que essas restrições só se mantêm nos casos em que a agressão praticada não destruiu os deveres de solidariedade. Pois existem casos em que de fato a agressão resulta na extinção do dever de consideração. Roxin destaca que ninguém tem por que correr risco de sofrer lesões graves (que necessitem de tratamento médico) nem sofrer maus-tratos contínuos que rebaixem sua dignidade diante o cônjuge. Assim, destruído o dever de solidariedade pela grave agressão atual ou iminente ou pela continuidade da opressão cotidiana, poderá o cônjuge, se necessário for para repelir a agressão, recorrer a meios que resultem em violência contra a vida e a integridade do agressor (ROXIN, 1997, p. 652)

O quinto grupo de casos tratado por Roxin é constituído pela legítima defesa contra *agressões por meio de ameaças constitutivas de chantagem*. Roxin parte da inadequação do reconhecimento de um direito ilimitado de legítima defesa (que pelo critério da necessidade chegaria até a morte do chantagista) em razão de uma menor exigência nesse tipo de caso tanto do princípio do prevalectimento do Direito quanto do princípio da proteção individual. Para Roxin, o chantageado é considerado um sujeito pouco apropriado para a salvaguarda dos interesses preventivos da sociedade, pois agiria para ocultar algo da opinião pública e, caso praticasse a reação de legítima defensiva, o faria em circunstâncias não públicas, o que diminuiria qualquer efeito preventivo da legítima defesa. Além disso, a necessidade de proteção que requer a legítima defesa é discutível no caso do chantageado pois ele pode ainda “evitar o perigo para o seu patrimônio apresentando a denúncia, e a única coisa que o impede de agir desse modo é a revelação com a qual é ele é ameaçado” (ROXIN, 1997, p. 655).

Deve-se, portanto, afirmar a restrição ao direito de legítima defesa do chantageado, tanto em relação ao exercício próprio quanto ao auxílio de um terceiro. Apesar da extensão dessa restrição ser ainda controversa, Roxin considera inadmissível o recurso à violência contra a pessoa do chantagista (matar ou causar lesões graves ao agressor). Como exemplos de possíveis reações defensivas do chantageado, Roxin aponta o emprego de enganos e ameaças para de obtenção da devolução de documentos, gravações secretas de chamadas telefônicas, invasão de domicílio, dano, furto, destruição de documentos outros crimes com menor gravidade (ROXIN, 1997, p. 655).

5. A RECEPÇÃO DAS RESTRIÇÕES ÉTICO-SOCIAIS À LEGÍTIMA DEFESA PELA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRA

A primeira ocorrência da discussão sobre as restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa na literatura jurídico-penal brasileira é uma nota à tradução da obra *Direito Penal (Parte Geral)* de Johannes Wessels de 1976, na qual o jurista Juarez Tavares esclarece a distinção entre “*imposição*” (termo alemão *Gebotenheit*, traduzido atualmente como “*imperatividade*”) e “*necessidade*” (WESSELS, 1976, 73).

De acordo com Juarez Tavares, a “*necessidade*” da defesa resultaria da análise do uso dos meios no caso concreto em termos fáticos, enquanto a “*imposição*” da defesa resultaria da análise da permissibilidade do uso dos meios em termos normativos. Juarez Tavares observa na nota que, no setor da “*imposição*”, a doutrina e a jurisprudência alemãs vinham acatando o princípio da ponderação de bens para caracterizar o chamado “*abuso de direito*” (mesmo com o tradicional não reconhecimento da sua validade na legítima defesa). Assim, Tavares afirma: “é possível, às vezes, que a situação de defesa esteja perfeitamente configurada, mas a legítima defesa seja rejeitada por não ser ‘imposta’” (WESSELS, 1976, p. 73).

Já o primeiro tratamento *sistemático* das restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa na dogmática penal brasileira, de acordo com Jacson Zilio²² (ZILIO, 2012, p. 953), foi apresentado por Juarez Cirino dos Santos através do conceito de *permissibilidade* da legítima defesa, primeiramente na obra *A moderna teoria do fato punível* publicada no ano de 2000 (SANTOS, 2002) e posteriormente nas sucessivas edições da obra *Direito Penal (Parte Geral)* publicadas a partir do ano de 2006 (SANTOS, 2014). Importante notar que Juarez Cirino dos Santos incorpora integralmente o argumento de Claus Roxin em sua proposta de teoria do delito, apresentando o mesmo tratamento por grupos de casos. Relativamente à questão da base legal das restrições ético-sociais, Juarez Cirino dos Santos parece assumir o fundamento principiológico das restrições à legítima defesa na ordem jurídica brasileira sem enfrentar explicitamente a discussão sobre sua base legal no Código Penal brasileiro.

²² Cabe aqui a menção à proposta de Jacson Zilio de reinterpretação da teoria das restrições ético sociais da legítima defesa em termos de finalidades garantísticas inerentes à missão redutora de violência do Direito Penal, desvincilhando tal teoria da relação de dependência entre efeitos preventivos da pena e da legítima defesa que permeia a teoria de Claus Roxin. A tese de doutorado de Zilio, defendida na Universidade Pablo de Olavide na Espanha e publicada na Colômbia numa versão em língua espanhola, tem ainda pouca circulação no Brasil (ZILIO, 2019).

Mais recentemente na obra *Fundamentos de Teoria do Delito* do ano de 2018, Juarez Tavares afirma a ausência de uma base legal expressa para uma limitação ao exercício do direito de legítima defesa: “o direito brasileiro, diversamente de outras legislações, como a alemã, não contém uma cláusula geral de limitação do exercício da legítima defesa, a qual está condicionada apenas ao emprego moderadamente dos meios necessários” (TAVARES, 2018, p. 338). E o regime do excesso a partir do requisito da moderação (exclusão da legítima defesa pelo uso de meios desnecessários ou emprego imoderado dos meios necessários; punição do excesso culposo e do doloso etc.), tal como tratado tradicionalmente na doutrina penal brasileira, não envolve o tema das restrições ético-sociais.

Para Juarez Tavares, diante da ausência de uma cláusula geral que funcione como base legal para a limitação à limitação à legítima defesa e também da inaplicabilidade de um juízo de ponderação de bens em sede de legítima defesa, caberia invocar como circunstâncias limitadoras da legítima defesa os grupos de casos tratados pela teoria das restrições ético-sociais, cabendo analisar individualmente o fundamento de cada um deles na ordem jurídica brasileira.

Para a situação limitadora relativa à extrema intensidade da agressão diante da insignificância relativa do bem jurídico defendido, o fundamento seria o *princípio da proporcionalidade*, inerente à ordem jurídico-constitucional e sua hierarquia de valores (TAVARES, 2018, p. 338). Nessa mesma linha argumentativa, o *princípio da proporcionalidade* seria também o fundamento de limitação na situação de grande discrepância entre os bens jurídicos em conflito.

Na situação de desnecessidade imediata da defesa em face da atuação presente do Estado, o fundamento seria o *princípio da subsidiariedade* que “regula as relações entre particular e Estado na proteção de direitos e valores, não se reconhece legitimidade à legítima defesa quando o bem colocado em perigo estiver sobre a proteção direta da autoridade” (TAVARES, 2018, p. 339). Contudo, se os agentes do Estado se omitirem ou atuarem de modo insuficiente para proteção do bem, cessa a subsidiariedade e torna-se justificada a ação de autodefesa do agredido.

Para a situação de agressão produzida por crianças ou enfermos mentais, o fundamento da limitação da legítima defesa seria a própria *ausência da capacidade de entendimento e autodeterminação*, isso é, que o agressor não pode fazer uma autocrítica de sua conduta (caso dos enfermos mentais), ou mesmo dominar os efeitos de sua ação (caso das crianças), de modo

a “exigir do agente outra forma de contornar o perigo, mediante fuga, afastamento do local ou gestos de apaziguamento ou, quando necessário reagir, cuidar para ocasionar o menor dano possível a bens do agressor” (TAVARES, 2018, p. 339). Caberia neste grupo de casos seguir os três estágios do direito de defesa²³.

Na situação em que o agredido se encontra em uma posição de garantidor de bens jurídicos do agressor, tal como de agressão do filho menor contra o pai ou mãe, a própria *posição de garantidor* seria o fundamento indicado por Juarez Tavares para a limitação ao exercício da legítima defesa (TAVARES, 2018, p. 340). Aqui o prevalecimento da ordem jurídica recua diante da consideração humana decorrente da relação de solidariedade entre os envolvidos (se ainda houver). Caberia também nesse caso observância estrita aos três estágios defensivos acima indicados.

Por fim, na situação de provocação antijurídica do agredido, Juarez Tavares sustenta a mesma posição de Claus Roxin no sentido de que a legítima defesa por parte do provocador não intencional somente caberia no caso de provocação antissocial ou antiética, mas não propriamente antijurídica (provocação intencional). Para Tavares, as restrições ao exercício da legítima defesa pelo provocador não-intencional teriam como fundamento a doutrina do *abuso de direito*, que apesar de sua origem civilista tem aplicação reconhecida também no direito público (TAVARES, 2018, 387).

Mais recentemente o pesquisador Orlandino Gleizer vai propor uma outra direção de resposta ao problema da base legal ou fundamentação das restrições à legítima defesa no direito brasileiro. No comentário de adaptação para o direito brasileira que acompanha sua tradução do manual *Direito Penal Parte Geral* dos juristas alemães Eric Hilgendorf e Brian Valerius, Orlandino Gleizer aponta a possibilidade de fundamentar as restrições ético-sociais no requisito da *moderação*.

De acordo com Gleizer, o reconhecimento universal do instituto da legítima defesa e a similitude que existe entre as redações legais do instituto no direito alemão e no direito brasileiro dariam sustentação para a introdução das restrições ético-sociais à legítima defesa no Direito Penal brasileiro. As restrições construídas a partir da interpretação do “requisito da ‘imperatividade’ [*Gebotenheit*] no direito alemão, pode-se dizer que, no direito brasileiro, estão,

²³ Sobre a *teoria dos três níveis* de ação defensiva remetemos à exposição feita acima a partir de Roxin (ROXIN, 1997, p. 638) e seu resumo no manual de Eric Hilgendorf e Brian Valerius (HILGENDORF; VALERIUS, 2019, p. 135).

de certa, estabelecida ‘moderação’, que *não se aplica apenas* à racionalidade ou moderação *dos meios empregados*” (HILGENDORF; VALERIUS, 2019, p. 167, grifos do autor). Assim, para Gleizer, “a moderação, que indica um certo juízo de proporcionalidade, também pode servir, entre nós, para restringir a legítima defesa *por considerações ético-sociais*” naqueles grupos de casos que vêm sendo construídos pela doutrina penal a partir da obra de Claus Roxin (HILGENDORF; VALERIUS, 2019, p. 167, grifos do autor).

6. CONCLUSÃO

A análise do percurso do tema das restrições ético-sociais na dogmática jurídico-penal mostra que seu desenvolvimento e tratamento sistemático envolveu divergências não somente teóricas acerca do conteúdo dessas restrições, mas, principalmente, metodológicas sobre a própria identidade paradigmática da dogmática jurídico-penal como ciência comprometida ao mesmo tempo com a promessa de segurança jurídica e a adequação a finalidades político criminais.

Trata-se de um impasse que se manifesta também na recepção da teoria das restrições ético-sociais pela doutrina penal brasileira. Nas poucas obras nacionais que tratam do tema, a recepção é favorável à sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, porém adotando diferentes estratégias de fundamentação. De um lado, encontra-se estratégia de proceder por *grupos de casos* empreendida por Juarez Tavares e por Juarez Cirino dos Santos, que apresenta maior afinidade com método *tópico* de construção dogmática das causas de justificação a partir de princípios ordenadores defendido por Claus Roxin. E de outro, apresenta-se a estratégia interpretativa de Orlandino Gleizer, que apela ao rigor do pensamento sistemático mais tradicional da dogmática jurídico-penal, remetendo a base das restrições à legítima defesa a um já consagrado requisito legal do instituto (*moderação*).

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. *Direito Penal Nacional-socialista: continuidade e radicalização*. São Paulo: Tirant lo Blach, 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a.

____. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2023.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 jan. 2024.

FLETCHER, George. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1998.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Granada: Editorial Comares, 2002.

LOBATO, José Danilo Tavares. Deve haver proporcionalidade entre os bens jurídicos em conflito na legítima defesa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 187, p. 121-152, 2022.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Ed. fac. sím. Brasília: Senado, Superior Tribunal de Justiça, 2006.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito Penal: Parte Geral: lições fundamentais*. Belo Horizonte, D'Plácido, 2023.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: Parte General*. v. 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NINO, Carlos Santiago. *La Legítima Defensa: fundamentación y régimen jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1982.

PALERMO, Omar. *La legítima defensa: una revisión normativista*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 21 ed. Londrina: Toth, 2023.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROXIN, Claus. As restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa: tentativa de balanço. In: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004. p.197-234.

_____. *Derecho Penal: parte general*. t. 1 Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. São Paulo: Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros de; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Tirant, 2023.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal: parte general 1 El hecho punible*. Madrid: Civitas, 2005.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant, 2018.

VORMBAUM, Thomas. *História moderna del Derecho Penal Alemán*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

VIEWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Florianópolis: Tirant, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: volume 2, tomo 2*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZILIO, Jacson. As restrições ético-sociais do direito de legítima defesa. Uma leitura a partir dos fins preventivos e garantísticos do Direito Penal. In: BOZZA, Fabio; ZILIO, Jacson (orgs.). *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao professor doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 953-968.

_____. *Legítima defensa: Las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal*. Buenos Aires: Didot, 2019. Disponível em: <<https://www.perlego.com/book/1904516/legtima-defensa-las-restricciones-ticosociales-a-partir-de-los-fines-preventivos-y-garantsticos-del-derecho-penal>>. Acesso em 19 fev 2024.