

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E CIÊNCIA POLÍTICA
CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO

LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

ACADÊMICA:
LUCIANA NICOLAU DE ALMEIDA

PROF. ORIENTADOR:
EDMUNDO JOSÉ DE BASTOS JÚNIOR

FLORIANÓPOLIS

JUNHO / 1997

LUCIANA NICOLAU DE ALMEIDA

LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Centro de Ciências Jurídicas

Universidade Federal de Santa Catarina

Profº. Orientador: EDMUNDO JOSÉ DE BASTOS JÚNIOR

FLORIANÓPOLIS

JUNHO / 1997

AGRADECIMENTOS

Ao Ilustríssimo Professor Edmundo José de Bastos Júnior, profissional que muito admiro, por quem tive a honra de ser apresentada às primeiras linhas do Direito Penal com o carinho e a paciência que lhe é peculiar, e, com quem contei durante a confecção deste trabalho, prestando-me incansavelmente todo o auxílio necessário.

Ao amigo Davi Seara Schlichting, a quem muito prezo, que me mostrou o quão fascinante é o estudo do Direito Penal.

À Andréa Maria Limongi Pasold, grande amiga, a quem sempre recorri nos momentos de dificuldades, recebendo invariavelmente, respostas positivas e a certeza de um sólido apoio.

A todos os colegas que colaboraram para a concretização desta monografia.

DEDICATÓRIA

Ao meu avô, que mais do que em minha memória permanece em meu coração. De onde for, tenho certeza, vibra comigo por esta conquista.

À minha avó, pessoa de garra, que a cada dia me faz perceber o quão importante é superar todos os obstáculos.

À minha mãe, sobretudo pela vida, mas também, por ter me proporcionado alcançar este glorioso momento. Mãe, os méritos também são teus. Concluíste mais uma etapa. Por tudo, sinceramente, obrigada.

Aos meus irmãos, meus tios, meus primos, meus amigos e a todos aqueles que, de maneira especial, participaram da minha vida acadêmica. Espero nunca decepcioná-los.

Por fim, e de coração, às minhas amigas, companheiras de Universidade, Leila, Andréa e Graziella. Dividir este tempo com vocês foi bárbaro ! Que suas vidas sejam pautadas pelo sucesso.

“Tem fé no direito como o melhor instrumento para convivência humana; na justiça como destino normal do direito; na paz como sujeito benevolente da justiça e, sobretudo, tem fé na liberdade, sem a qual não há direito, nem justiça, nem paz.”

- EDUARDO COUTURE -

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08.
CAPÍTULO - I:	
CONCEITO DE CRIME.....	11.
CAPÍTULO II:	
CARACTERES DO CRIME SOB O ASPECTO FORMAL.....	15.
CAPÍTULO - III:	
ANTI JURIDICIDADE.....	23.
CAPÍTULO - IV:	
HISTÓRICO DA LEGÍTIMA DEFESA.....	30.
CAPÍTULO - V:	
LEGÍTIMA DEFESA NO DIREITO BRASILEIRO.....	34.
CAPÍTULO - VI:	
LEGÍTIMA DEFESA.....	40.

CAPÍTULO - VII:	
A HONRA COMO OBJETO DA LEGÍTIMA DEFESA.....	49.
CAPÍTULO - VIII:	
O EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA.....	61.
CAPÍTULO - IX:	
A LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA CONFORME O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	68.
CONCLUSÃO.....	92
BIBLIOGRAFIA.....	96.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, que tem como tema a Legítima Defesa da Honra, parte da conceituação de crime usada na doutrina. Desta se extrai o elemento do injusto, do ilícito, da contrariedade ao direito existente na conduta delituosa repelida pela sociedade em face de assumir uma posição antagônica às normas de comportamento por ela estabelecidas.

Em conseqüência da ilicitude de uma conduta, responde penalmente o agente por estar incurso nos ditames da lei repressiva e ir de encontro às normas impostas pela sociedade.

Entretanto, a mesma norma que incrimina prevê hipóteses em que, apesar de haver a incidência de conduta típica, a prática criminalmente especificada tem sua ilicitude excluída, de forma que não há a configuração do delito. Uma das hipóteses arroladas pelo ordenamento repressivo pátrio é a legítima defesa.

Verifica-se a legítima defesa quando o sujeito reage a uma agressão injusta a direito seu ou de outrem, usando moderadamente dos meios necessários para cessá-la.

Quando de uma situação inequívoca de legítima defesa não há que se falar em crime.

Ao ditar, na lei penal, que a legítima defesa pode ser de direito próprio ou alheio, o legislador não restringiu os direitos merecedores de proteção. Assim, resulta-se a legítima defesa invocada para resguardo de todos os bens jurídicos tutelados.

A honra, como atributo do direito inerente à personalidade do ser humano, compreende toda a resplandecência da virtude e do mérito pessoal de um homem. Desta maneira, a salvaguarda a este direito - mais que salutar - é fundamental para a perfeita adequação do homem ao contexto social, vez que este deve sempre se esmerar na manutenção da limpidez e imaculação de sua honra.

Esta monografia versa sobre o instituto da legítima defesa da honra, buscando a posição doutrinária dos mais renomados penalistas e, principalmente, o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina acerca da matéria, no interstício temporal estabelecido entre as décadas de 70 (setenta) e 90 (noventa).

Cumprе ressaltar que a relevância desta pesquisa reside principalmente na verificação da dinâmica da sociedade no que concerne aos seus valores, estando estes em constante metamorfose no desenrolar dos tempos.

O método utilizado na elaboração deste trabalho, foi basicamente o comparativo, onde, através da interpretação das fontes pesquisadas, chegou-se a uma conclusão, que verifica as mudanças comportamentais da sociedade catarinense quanto à alegação, em juízo, do instituto da legítima defesa da honra e o grau de aceitação do instituto pela Máxima Corte da Jurisdição Catarinense.

Esta monografia, além da introdução e conclusão, é composta de nove capítulos que versam sobre: I - Conceito de Crime; II - Caracteres do Crime sob o Aspecto Formal; III - Antijuridicidade; IV - Histórico da Legítima Defesa; V - A Legítima Defesa no Direito Brasileiro; VI - Legítima Defesa; VII - A honra como Objeto da Legítima Defesa; VIII - O Excesso na Legítima Defesa; IX - A Legítima Defesa da Honra Conforme o Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

CAPÍTULO - I

CONCEITO DE CRIME

Na legislação penal pátria vigente em momento algum se vislumbra o conceito de crime. Tal elaboração fica por conta dos doutrinadores que definem o crime sob diversos aspectos. Entre as definições doutrinárias acerca do delito, as mais relevantes são a material e a formal, pelo que passamos a observá-las agora.

Sob o aspecto material ou substancial, leva-se em conta o conteúdo do fato punível, visando buscar por que razão o legislador definiu aquela determinada conduta humana como delituosa.

Neste contexto, é de extrema importância ressaltar que a razão teleológica do Estado é a consecução do bem coletivo, no sentido da manutenção da ordem, da harmonia e do equilíbrio social. Em uma sociedade, sabe-se, há diversos conflitos de interesses que são inevitáveis, e, com o escopo de velar pela paz interna, pela segurança e estabilidade coletivas, que constituem, sem dúvida a finalidade suprema da ordem jurídica, o Estado passa a ditar normas legais.

Com isso, o Estado vem a proteger juridicamente alguns bens ou interesses individuais ou coletivos e, dentre esses bens, alguns são de tamanha

importância de sorte que, se lesados, ferem o bem comum, uma vez que vêm “atingir condições materiais basilares para a coletividade, já por atentar contra condições éticas fundamentais”¹. Por este motivo, o Estado estabelece uma sanção quando estes bens ou interesses são atingidos pela transgressão à norma, de forma que estes bens passam a ser, assim, tutelados pela lei penal incriminadora.

No conceito substancial, segundo MANZINI, “delito é a ação ou omissão, imputável a uma pessoa, lesiva ou perigosa a interesse penalmente protegido, constituída de determinados elementos e eventualmente integrada por certas condições, ou acompanhadas de determinadas circunstâncias previstas em lei”²

Desta forma, verifica-se que a definição de crime, sob o aspecto material ou substancial, é nada mais que a violação de um bem juridicamente protegido pela norma penal incriminadora.

Da doutrina extraem-se diversos conceitos de crime sob o aspecto substancial, e todos têm como essência a ofensa ao bem jurídico. Senão vejamos: Para MAGALHÃES NORONHA, “Crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal.”³; No entendimento de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, “Crime é a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir

¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. vol 1. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 92.

² MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*. vol. 1. p. 496 *apud* JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. vol 1. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 133.

³ NORONHA, Edgard Magalhães de. *Ob cit.*, p. 92.

seja proibida sob ameaça de pena, ou que se considere afastável somente através da sanção penal.”⁴; GIUSEPPE BETTIOL por sua vez, define: “Crime é qualquer fato do homem, lesivo de um interesse que possa comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade.”⁵; Finalmente, JIMÉNES DE ASUA, “considera o crime como a conduta considerada pelo legislador como contrária a uma norma de cultura reconhecida pelo Estado e lesiva de bens juridicamente protegidos, procedente de um homem imputável que manifesta com a sua agressão perigosidade social”⁶.

O problema levantado na conceituação material ou substancial de crime é que, no uso de expressões como “valores ou interesses do corpo social”, “condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade” e “norma de cultura”, apresenta uma certa abstração face a dificuldade de o legislador basear-se objetivamente em um critério para considerar determinada conduta, por exemplo, contrária à “norma de cultura”, mesmo porque a dinâmica da sociedade traz a todo tempo mudanças significativas em todos os seus componentes.

A definição material de crime, entretanto, torna-se insuficiente para a dogmática criminal, urgindo a necessidade de um conceito que analise os elementos estruturais do crime, papel este desempenhado pela definição formal de delito.

⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio . *Lições De Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 149.

⁵ BETTIOL, Giuseppe . *Direito Penal - Parte Geral*. vol. 2, nº 9. Coimbra: Coimbra, 1970, *apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual De Direito Penal*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 1996, p. 92.

⁶ ASUA, Luiz Jiménes de. *Tratado De Derecho Penal*. vol.3. Buenos Aires: Losada, 1951, p. 61 *apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual De Direito Penal*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 1996, p.92.

O crime, sob a ótica formalista, divergindo do aspecto tratado anteriormente, é conceituado tão somente pelo seu aspecto externo, unicamente do ponto de vista da lei, havendo sempre uma petição de princípio.

Em suma, o conceito formal de crime expõe a contradição do fato à uma norma penal, resultando na ilegalidade da conduta que é divergente à mesma. Não existe, aqui, uma análise do conteúdo do fato que o Estado considera contrário à lei, mas tão somente esta antítese existente entre a conduta humana e o ordenamento.

Sob o presente aspecto, segundo CARMIGNANI, "Crime é o fato humano contrário à lei"⁷. Já para GIUSEPPE MAGGIORE, "Crime é qualquer ação legalmente punível"⁸. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, define delito como "toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena"⁹. Consoante o entendimento de MANOEL PEDRO PIMENTEL, "Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena"¹⁰. Perceptível que todas essas definições, atingem a um único aspecto do fenômeno criminal, qual seja, o mais aparente, que é a ilegalidade do fato contrário à lei penal, não adentrando, contudo, *a contrario sensu* do aspecto analítico, à sua essência, seu conteúdo.

⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual De Direito Penal*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 1996, p. 91.

⁸ MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto Penale*. vol. 1. Bolonha: Nicola Zsnuchelli Editore, 1951, p.189 *apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. Ob. cit., p. 91.

⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ob. cit., p.148.

¹⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime e a Pena Na Atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 2 *apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. Ob. cit., p. 91.

CAPÍTULO - II

CARACTERES DO CRIME SOB O ASPECTO FORMAL

O crime, sob o aspecto formal, é definido pela grande maioria dos doutrinadores como **ação típica, antijurídica e culpável**.

Em princípio, para que haja crime, é necessário que haja uma conduta humana, positiva ou negativa, abrangendo a ação propriamente dita, ou seja uma atividade que cause intervenção no mundo exterior, como também a omissão, traduzida pela inatividade.

Há uma grande divergência entre os penalistas no que tange ao conceito de **ação**, de forma que, dependendo do sentido que lhe é dado, há uma modificação no conceito estrutural do crime. Existem diversas teorias a respeito mas as que exercem maior relevância são: **teoria naturalista ou causal, teoria finalista e teoria social**.

A **teoria naturalista ou causal da ação**, defendida entre nós por BASILEU GARCIA, NELSON HUNGRIA, FREDERICO MARQUES, COSTA E SILVA, MAGALHÃES NORONHA, ANÍBAL BRUNO, JOÃO BERNARDINO GONZAGA e SALGADO MARTINS, expõe a conduta como um comportamento

humano voluntário ao mundo exterior, que consiste em fazer ou não fazer. Nesta teoria, a conduta é concebida como um simples processo mecânico, muscular e voluntário, sem a menor apreciação sobre a sua ilicitude ou reprovabilidade, ou seja, a ação é considerada como uma manifestação da vontade sem conteúdo finalístico.

A **teoria finalista da ação**, adotada por DAMÁSIO E. DE JESUS, JÚLIO FABBRINI MIRABETE, JUAREZ TAVARES, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, MANOEL PEDRO PIMENTEL, JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI e, com reservas, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, avoca a ação como atividade final humana e não um comportamento simplesmente causal. Com ela, ou fazer ou não fazer implica necessariamente em uma finalidade. “O conteúdo da vontade está na ação, é vontade dirigida a um fim, e integra a própria conduta e assim deve ser apreciada juridicamente”¹¹

Para que o comportamento humano, comissivo ou omissivo, seja considerado crime, faz-se necessário que o mesmo tenha sido desenvolvido sob o domínio da vontade, uma vez que a ação (*lato sensu*) involuntária, que resulta de um fato típico ou de força maior, não é passível de reprimenda para o direito penal.

“Dentro de uma concepção jurídica, **ação** é, pois, o comportamento humano, dominado ou dominável pela vontade, dirigido para a lesão ou para a exposição a perigo de lesão de um bem jurídico, ou, ainda, para a causação de uma possível lesão ao bem jurídico. Na concepção jurídica de ação, acima exposta, a

¹¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Ob. cit., p. 99.

orientação de ânimo do agente, ou o objetivo por ele perseguido com sua conduta, é parte inseparável dessa mesma conduta, como seu elemento intencional ou finalístico”¹².

Por fim, a **teoria social da ação**, defendida por MIGUEL REALE JÚNIOR, NILO BATISTA e EVERARDO DA CUNHA LUNA, surgiu a partir de uma ponte entre as teorias causalista e finalista que traduz a ação como a realização de um resultado socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. Diante disso, ação refere-se tão somente à causação de um resultado qualquer, não se dá importância a qual. O conteúdo da vontade, onde se questiona qual o resultado visado pelo agente, segundo esta teoria, não pertence à ação, mas sim, à culpabilidade.

No presente trabalho, será apreciada a ação conforme a teoria finalista, tomando como conceito os dizeres de DAMÁSIO E. DE JESUS: “Conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade”¹³.

Nessa linha, a voluntariedade no comportamento humano impescinde tanto no que se refere à ação culposa quanto à dolosa. A justificativa é que nos dois casos, a vontade domina a conduta, todavia, na ação dolosa, a voluntariedade atinge todo o seguimento do mundo da realidade descrito no tipo, inclusive o resultado

¹² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos De Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 83.

¹³ JESUS, Damásio E. de. Ob. cit., p. 199.

típico da conduta, enquanto na ação culposa, a voluntariedade alcança somente a causa do resultado, não desejado.

Entretanto, para que a conduta, comportamento comissivo ou omissivo humano seja considerado crime, deve ser previsto na norma incriminadora. Isto decorre do princípio da reserva legal, enunciado da seguinte forma: “*Nullum crimen nulla poena sine praevia lege*”, ou seja, não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal. Com isso, só serão considerados crime aqueles comportamentos previstos pela norma como tal.

Denomina-se **fato típico** aquele fato que se amolda ao conjunto de elementos descritivos do crime contido na lei, que possui uma perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal. Desta forma, são elementos do fato típico a **conduta proibida**, o **resultado**, a **relação de causalidade** e a **tipicidade**.

A conduta proibida refere-se à ação ou omissão do ser humano consciente e dirigida a determinada finalidade, que vá de encontro à lei penal, ou seja, que seja reprimida, que expresse uma contrariedade com o ordenamento criminal, com todos os seus elementos objetivos e subjetivos.

O resultado é a modificação do mundo exterior provocada pelo comportamento humano voluntário. O resultado, no entendimento de DAMÁSIO E. DE JESUS, pode ser físico, em caso de destruição de um objeto no crime de dano, fisiológico, como a morte no homicídio e a perda de um membro no crime de lesões

corporais, ou, ainda, psicológico, como a percepção de uma expressão ofensiva por parte de uma pessoa na injúria e na difamação¹⁴. Na verdade, trata-se invariavelmente de uma conseqüência natural da conduta humana relevante para o Direito.

Outro elemento do fato típico é a relação de causalidade entre o comportamento humano e o resultado. O ordenamento repressivo pátrio adotou a teoria da *conditio sine qua non* ou da equivalência dos antecedentes causais para resolver a problemática do nexos de causalidade. Dita o art. 13, *caput*, 2a. parte, que é considerada causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Desta forma, “atribui relevância causal a todos os antecedentes do resultado, considerando que nenhum elemento, de que depende a sua produção, pode ser excluído da linha de desdobramento causal”¹⁵.

Para que se possa reconhecer se a condição é causa do resultado, faz-se uso do procedimento hipotético de eliminação, segundo o qual, excluindo-se determinado acontecimento, *in mente*, o resultado não teria ocorrido no momento em que ocorreu. Exemplo disto é: “se a vítima, para escapar à agressão, feriu-se na fuga, responde pela lesão o agente que a quis agredir, pois há relação de causa e efeito”¹⁶. Evidente que no exemplo há uma relação de causalidade porque, utilizando o procedimento hipotético de eliminação, se hipoteticamente houvesse a supressão da agressão, a vítima não fugiria e, conseqüentemente, não sofreria a lesão.

¹⁴ JESUS, Damásio E. de. Ob. cit. ,p. 216.

¹⁵ JESUS, Damásio E. de. Ob. cit. , p.217.

¹⁶ TACrSP, Julgados 86/311 *apud* DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 21.

Deve haver, invariavelmente, o nexo causal para a atribuição de uma conduta típica ao agente, de forma que, subsistindo qualquer dúvida a respeito, impede a responsabilização do agente pelo resultado.

O último elemento do fato típico se refere à tipicidade, “que é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei”¹⁷. Onde não há tipicidade não há crime.

Não obstante, sob a ótica formalista, o crime, além de ser uma ação humana típica, deve ser antijurídica. Antijuridicidade ou ilicitude é a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. Assim, a conduta descrita em norma penal incriminadora será antijurídica quando não for expressamente declarada lícita pela própria norma, de forma que o conceito de ilicitude de um fato típico é encontrado por exclusão: é antijurídico quando não declarado lícito por causas de exclusão de antijuridicidade. Esta característica será analisada mais propriamente em um capítulo posterior.

Coloca-se, ainda, no conceito formal de crime, que além de ser ação típica e antijurídica, deve ser culpável. Culpabilidade é a reprovação da ordem jurídica em face da ligação de um homem a um fato típico e antijurídico. Segundo ANÍBAL BRUNO, a reprovabilidade vem recair sobre o agente, “porque a ele cumpria conformar sua conduta com o mandamento do ordenamento jurídico, porque tinha a

¹⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Ob. cit., p. 111.

possibilidade de fazê-lo e não o fez, revelando o fato de não o ter feito uma vontade contrária àquela obrigação, i.e., no comportamento se exprime uma contradição entre a vontade do sujeito e a vontade da norma”¹⁸. Em suma, trata-se da reprovabilidade da conduta típica e antijurídica.

Esta definição de crime como a ação típica, antijurídica e culpável, vem sendo consignada tanto pelos doutrinadores que seguem a teoria causalista, como pelos adeptos da teoria finalista da ação.

Ocorre que, para os seguidores da teoria causalista, a palavra culpabilidade consiste num vínculo subjetivo que liga a ação ao resultado, ou seja, no dolo, entendido como querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo ou na culpa *stricto sensu* (dar causa ao ao resultado por imprudência, negligência, ou imperícia). “Verificando-se a existência de um fato típico (composto de ação, resultado, nexo causal e tipicidade) e antijurídico, examinar-se-á o elemento subjetivo (dolo ou culpa em sentido estrito) e, assim, a culpabilidade.

Já, segundo a enunciação da teoria finalista da ação, onde o delito é a atividade humana voluntária sempre dotada de uma finalidade, a conduta abrange o dolo e a culpa em sentido estrito.

Uma vez que a conduta é um dos componentes do fato típico, deve-se definir o crime como fato típico e antijurídico¹⁹. Por ser fato típico e antijurídico, o

¹⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. vol. 2. tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 29.

¹⁹ JESUS, Damásio E. de. Ob. cit., p. 410.

crime existe em si mesmo, e o dolo e culpa *stricto sensu* não são intrínsecos à culpabilidade, mas esta significa simplesmente a reprovabilidade da conduta. Conceituada desta maneira, a culpabilidade não é característica, aspecto ou elemento do crime, mas sim, uma mera condição para se impor a pena pela reprovabilidade da conduta.

Alguns autores acrescentam ainda a punibilidade como elemento do crime. Com efeito, não lhes assiste razão, uma vez que a pena, sanção específica do direito penal, ou a possibilidade de sua aplicação, pressupõe a existência de um crime já consumado, é consequência dele, de forma que não faz parte dele. Neste sentido, ressalta BETTIOL: “A punibilidade é antes uma nota genérica de todo o crime, ao passo que este, quando se apresenta estruturalmente perfeito em todos os seus elementos, é um fato punível que reclama necessariamente a pena”²⁰.

²⁰ BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. cit., p. 212-3 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. Ob. cit., p. 81.

CAPÍTULO - III

ANTI JURIDICIDADE

Conforme todo o retro mencionado, na busca à definição de crime, sob o seu aspecto formal, tem-se basicamente que crime é a ação humana **típica**, por ser a mesma prevista na lei penal como infração, e **antijurídica**, por ser contrária ao ordenamento jurídico.

Os elementos apontados acima, quais sejam: tipicidade e antijuridicidade, foram, entre outros, sinteticamente analisados no capítulo anterior. O presente capítulo, limitar-se-á ao estudo da **antijuridicidade**, de maneira mais profunda, com o escopo de atingirmos o tema objeto deste trabalho.

Nas doutrinas penais, os termos antijuridicidade e ilicitude, são empregados como sinônimos, mas a grande maioria dos penalistas brasileiros, provavelmente sob influência lingüística espanhola e italiana, costumam usar com mais freqüência, a palavra antijuridicidade ao se referirem a um dos elementos do conceito formal de crime.

Por certo, o termo antijuridicidade é fruto de uma tradução um tanto imprecisa da palavra composta alemã *Rechtswidrigkeit*, que tem como significado literal, contrariedade ao direito (não ao jurídico).

Contudo, tal emprego terminológico é bastante equivocado no que se refere à língua brasileira. Como bem já apontara o mestre CARNELUTTI, “o equívoco de se atribuir ao delito, fenômeno jurídico por excelência, o caráter de algo antijurídico, pondo em destaque que, com isso, se costuma afirmar do delito essas duas coisas, pelo menos na aparência, contraditórias: ‘... que o delito seja um fato ou um ato jurídico e, ao mesmo tempo, um fato ou ato *antijurídico*’²¹

Irrepreensíveis os dizeres de CARNELUTTI uma vez que delito, por emanar do direito positivo, nada mais é do que um fato jurídico, que vem posteriormente a ser classificado como ato ilícito. Assim, não há que se falar em antijuridicidade se o mesmo é um fato juridicamente qualificado.

O equívoco é explícito, e, por isso, com muita propriedade o legislador de 1984, numa contribuição para afastar tal contrariedade terminológica, usou da tradição dos doutrinadores portugueses e adotou o acertado termo ilicitude por ocasião da reforma penal brasileira (Lei 7.209/84) que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal.

²¹ CARNELUTTI. *Teoría General Del Delito*. trad., p. 18 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. Ob. cit., p. 159

A ilicitude (ou antijuridicidade) inspira basicamente a idéia de contrariedade ao direito, à norma.

Entre os penalistas clássicos, CARRARA desenvolveu sua teoria acerca do delito, fundada em sua totalidade no conceito de ilicitude. Segundo ele, “a idéia de delito não é senão uma idéia de relação: a relação contraditória entre um fato humano e a lei.”²²

Sabe-se que um fato, ainda que atente contra os interesses sociais, só virá a ser ilícito se for contemplado pela norma incriminadora. Esta é a essência do princípio da reserva legal: “*Nullum crimen nulla poena sine praevia lege*” (não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal).

Em nosso sistema vige o princípio *permitted quod non prohibetur* (tudo que não é proibido, é permitido). Com isto, o círculo dos atos ilícitos é bem menor do que o dos atos lícitos. Os atos lícitos compreendem todas as ações ou omissões ordenadas, toleradas ou simplesmente não vedadas de forma expressa pelo direito, ainda que não se adequem a conceitos de ordem moral ou ética. Por outro lado, os atos ilícitos compõem-se das ações ou omissões portadoras de um conteúdo antagônico ao dever-ser da norma jurídica. A inobservância da relação de antagonismo entre o comportamento violador e o comando normativo, caracteriza a ilicitude do fato.²³

²² CARRARA, Francesco. *Derecho Penal*. vol. 1. Bogota: Temis, 1954, p. 381 *apud* ALMADA, Celio de Melo. *Legítima Defesa*. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 19.

²³ Nesta linha: TOLEDO, Francisco de Assis. *Ob. cit.*, p. 161.

Para a caracterização de um crime, não se faz necessário somente a ocorrência de uma ação, mas que na mesma contenha uma antítese ao ordenamento, ou seja, delito pressupõe o comportamento humano, comissivo ou omissivo, oposto à ordem jurídica.

Na conceituação de SANTORO, ilicitude “é a contradição do fato, eventualmente adequado ao modelo legal, com a ordem jurídica, constituindo lesão de um interesse protegido”.²⁴

Na verdade, há o surgimento da ilicitude a partir de uma valoração da conduta humana que vem a lesionar algum bem protegido penalmente.

Desta forma, a essência de ilicitude, qual seja, a contrariedade ao direito, é caracterizada pela existência de dois pressupostos: primeiramente, a existência de uma conduta voluntária comissiva ou omissiva, em antagonismo com o comando dado pela norma, e, concomitantemente, a existência de possíveis ou reais conseqüências danosas a bens juridicamente tutelados.

O conceito de ilicitude como uma relação de contrariedade entre o fato e a norma penal incriminadora se completa por exclusão. Será ilícita a conduta definida na *lex repressiva*, sempre que não for expressamente declarada lícita pela mesma.

²⁴ SANTORO, Arturo. Circostanze, fatto ed anti giuridicità nella teoria del reato, in *Studi In Onore Di Mariano D'amelio*. vol. 3, p. 340 *apud* JESUS, Damásio E. de. Ob. cit., p. 308.

Conforme os ensinamentos de ENRIQUE BACIGALUPO, *ilícita é uma ação típica que não está justificada (...)*. “A antijuridicidade consiste na falta de autorização da ação típica. Matar alguém é ação típica porque infringe a norma que diz ‘não deves matar’; esta mesma ação típica será antijurídica se não for praticada sob o amparo de uma causa de justificação”²⁵

A ilicitude pode ser eliminada por determinadas causas, sempre previstas em lei, e assim, aquela conduta incriminada pelo ordenamento, passa excepcionalmente a ser permitida. Essas causas são denominadas “causas de exclusão da ilicitude”, “justificativas”, “descriminantes”, “escusas peremptórias”, etc. Trata-se de normas permissivas, ou tipos permissivos que excluem a ilicitude por permitir a prática de um fato típico.

O Código Substantivo Penal Pátrio, em seu artigo 23 estabelece causas de exclusão de ilicitude ao ditar (*in verbis*):

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

- I - em estado de necessidade;**
- II - em legítima defesa;**
- III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.**

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

²⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Manual De Derecho Penal*. Editorial Temis, 1984, p. 88 *apud* FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo e FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Resumo De Direito Penal*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 63.

Desta forma, o próprio ordenamento jurídico repressivo prevê, não só por este dispositivo, mas por outras normas existentes inclusive na parte especial do Código Penal, ações que, embora reúnam os elementos institutivos do delito, não são consideradas criminosas, vindo assim a afastar da tutela Estatal o *jus puniendi*. Uma vez que não fique caracterizada a prática delituosa em face de um dos excludentes de ilicitude, não há legitimidade para a punição do agente por parte do Estado Administração através do Estado Juiz.

Ocorre que, para a perfeita caracterização de uma justificativa, a conduta deve estar revestida pelos requisitos objetivos e subjetivos da discriminante. O fato de a conduta se encaixar perfeitamente na causa excludente de ilicitude não basta, faz-se necessário que a mesma possua um elemento subjetivo, ou seja, o conhecimento por parte do sujeito da situação de fato justificante.

Tal como a norma incriminadora, a norma penal permissiva é composta de “elementos objetivos e subjetivos de justificação”. “Além da satisfação dos requisitos de ordem objetiva da causa de justificação, o autor deve agir com conhecimento da situação de fato justificante e com fundamento em uma autorização que lhe é conferida em razão disso. Se o autor realiza o tipo legal sem ter conhecido a existência objetiva de uma situação justificante, assim sua conduta será **antijurídica**, porque somente a congruência integral dos pressupostos objetivos e subjetivos de justificação é que produz a exclusão do injusto”.²⁶

²⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. vol. 1. tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 267.

Ilustrando, cabe aqui os dizeres de WEZEL: “Se, por exemplo, dão-se objetivamente os pressupostos do estado de necessidade de um aborto, porém o autor não os conhece ou não persegue o fim de salvação, o fato será um aborto contrário ao direito por falta dos elementos subjetivos de justificação”.²⁷

Esta monografia apreciará somente uma das causas excludentes de ilicitude, qual seja, a legítima defesa capitulada no inciso II do art. 23 e regulada pelo art. 25, ambos do Código Penal Brasileiro, em especial quando esta se refere à honra da pessoa humana.

²⁷ WEZEL. *Derecho Penal Alemán*. trad. RAMÍREZ, Juan Bustos e PÉREZ, Sergio Yáñez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 313. Exemplo lembrado por COSTA JÚNIOR, Heitor. *Acerca dos elementos subjetivos das causas de justificação*, teses do V Congresso Nacional do Ministério Público. Recife: Imprensa Oficial do Estado, 1977, p. 186 *apud* JESUS, Damásio E. de. Ob. cit., p. 313.

CAPÍTULO - IV

HISTÓRICO DA LEGÍTIMA DEFESA

“A origem da legítima defesa perde-se na noite dos tempos. Nela, o justo luta contra o injusto. O direito do homem reagir, quando agredido injustamente, remonta aos tempos mais antigos, e às civilizações mais remotas”.²⁸

A repulsa à agressão faz parte do instinto natural de defesa do ser humano, que o faz repelir através da força o ataque no momento em que se produz. Trata-se de uma reação imediata ao ato que de qualquer forma caracterize uma ameaça.

Muitos doutrinadores sustentam que o instituto da legítima defesa não possui história. GEIB, mencionado por Luis Carlos Pérez, compartilha desta opinião expondo “a idéia de que a impunidade do agente que pratica o fato em legítima defesa foi reconhecida em todos os tempos, inclusive entre os bárbaros”.²⁹

Há, entre os povos primitivos, diversos vestígios do instituto da legítima defesa. Não obstante a explicação biológica que recebe o instituto face a

²⁸ ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 352.

²⁹ PÉREZ, Luis Carlos. *Tratado De Derecho Penal*. t. 2. Bogotá: Ed. Temis, 1967, p. 159 *apud* JESUS, Damásio E. de. Ob cit., p. 333.

característica que possui de ser uma reação instintiva ao ataque, a legítima defesa não foi positivada pelos agrupamentos humanos primitivos.

O talião é a forma mais rudimentar e remota de regulamentação da legítima defesa: “o teu olho não poupará: vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”.³⁰

O Código de Hamurabi, conjunto de leis deveras remoto, já previa a legítima defesa principalmente no que fosse concernente à propriedade, permitindo que se matasse aquele que se apropriasse de bens alheios. Além disso, já expunha a honra como passível de legítima defesa. “Se alguém violasse a mulher que ainda não tivesse conhecido homem, vivesse na casa paterna e tivesse contato com ela, sendo assim surpreendido, este alguém deveria ser morto e a mulher iria livre”. O mesmo se verificava em caso de flagrante adultério: “Encontrada a esposa deitada com outrem, poderiam ser os dois amarrados e atirados dentro da água, ressalvado ao marido traído o direito de perdoar o erro da mulher e ao rei de salvar a vida de seu súdito.”³¹

No direito romano, repelir a violência pela violência era um direito conhecido de forma universal.

³⁰ DEUTERONÔMIO, XIX, 21.

³¹ HARPER, Robert Francis. *The Code Of Hamurabi. King Of Babylon*. London, 1904, § 129 *apud* LINHARES, Marcello J. *Legítima Defesa*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 18.

“FIORETTI sustenta que ‘na época a que remontam os primeiros documentos do direito romano, o instituto da legítima defesa já estava completamente desenvolvido’, acrescentando que os romanos ‘não souberam formular claramente a doutrina relativa a legítima defesa, mas reconheceram em toda a sua extensão a justificativa, sendo que os seus juriconsultos acentuaram cuidadosamente, senão sistematicamente, todos os seus elementos psicológicos.”³²

O Digesto expunha o instituto da legítima defesa da seguinte forma: “*iure naturali hoc evenit ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur*”, ou seja, “Por este direito natural resulta que aquilo que cada um fizer em defesa de seu corpo considera-se ter procedido com razão” (Fr.3, D. 1, 1, Florentinus).³³

Os romanos entendiam que se usava da legítima defesa em obediência a uma lei natural que é de se usar todos os meios necessários quando a pessoa se vê em perigo.

No direito germânico, o instituto da legítima defesa assumiu um caráter particular, considerando como de direito a vingança imediata de um crime, ação esta, portanto não punível.

O direito canônico extrai do instituto da legítima defesa o caráter de direito e passa a baseá-lo na consideração de uma necessidade escusável. A

³² ALMADA, Celio de Melo. *Legítima Defesa*. São Paulo: Ed. José Bushasky, 1975, p. 35.

³³ LINHARES, Marcello Jardim. *Legítima Defesa*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 25.

necessidade transforma em lícita a conduta que por lei seria ilícita. Entretanto, para o direito canônico, esta necessidade escusável era submetida a penitências religiosas e à exigência de fuga do agredido.

A idéia de legítima defesa trazida pelo direito canônico “permaneceu no Direito Francês até que pela Revolução, renovando a tradição romana, decidiu-se pelo art. 5º do CP de 1791 que no caso de homicídio legítimo, entendido como praticado em legítima defesa, não existia crime ou pena. Essa idéia passou para os Códigos de todo o mundo.”³⁴

³⁴ JESUS, Damásio E. de. Ob. cit., p. 334.

CAPÍTULO - V

A LEGÍTIMA DEFESA NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto da legítima defesa, no âmbito nacional, tinha sua previsão desde as Ordenações e Leis do Reino de Portugal, a chamada Legislação Reinal, no Código Filipino, em seu Livro Quinto, Título XXXV, que dispunha acerca da legítima defesa da seguinte forma:

“Dos que matão, ou ferem, ou tirão com Arcabuz ou Bésta. Qualquer pessoa, que matar outra, ou mandar matar, morra pelo ello morte natural. Porém, se a morte for em sua necessária defensão, não haverá pena alguma, salvo se nella excedeo a temperança, que devêra e podêra ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso. E se a morte fôr por algum caso sem malicia ou vontade de matar, será punido, ou relevado segundo sua culpa, ou innocencia, que no caso tiver.”³⁵(sic)

Percebe-se com isso, que desde a existência desta legislação, havia entre a sociedade, de forma legitimada, a aceitação da legítima defesa em caso de homicídio, ditando que se este for cometido com o intuito de defesa própria, não seria apenado, com a ressalva de que deveria usar o sujeito, da temperança, ou seja, da moderação, caso contrário, o excesso, também desde já previsto em lei, seria punido.

³⁵ ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Filipino Ou Ordenações E Leis Do Reino De Portugal*. Rio de Janeiro, 1870 *apud* LINHARES, Marcello J. Ob. cit., p. 89.

Além de regular a legítima defesa no homicídio genericamente, este mesmo ordenamento, em seu Título XXXVIII, vislumbrando a ocorrência de flagrante adultério, determina a licitude do homicídio cometido pelo homem à sua mulher ou ao adúltero, ao surpreendê-los, assim ditando:

“Do que matou sua mulher, pola achar em adulterio. Achando o homem casado sua mulher em adulterio, licitamente poderá matar assi a ella, como o adúltero, salvo de o marido for peão, e o adúltero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adulterio, não morrerá por isso mais será degradado para Africa com pregão na audiencia pelo tempo, que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de três annos.”³⁶(sic)

Desta forma, havia a legitimação do instituto da legítima defesa da honra, possibilitando ao cônjuge traído, agredido em sua honra, matar sua mulher e seu cúmplice, em flagrando estes últimos em adultério, sem lhe ser aplicado qualquer pena por este homicídio, desde que restasse devidamente provado o real acontecimento do adultério. Todavia, a lei deixava claro algumas exceções ao uso da legítima defesa da honra, quando o adúltero tratava-se de personalidade renomada, o que demonstra a disparidade no tratamento dos entes na sociedade de forma absurdamente transparente.

Note-se que as Ordenações somente consideravam lícita a morte dada pelo cônjuge traído à mulher e ao adúltero. Em casos de homicídios de outra natureza praticados em defesa própria, a legislação falava simplesmente em isenção de pena.

³⁶ LINHARES, Marcello J. Ob. cit., p. 90.

No período imperial, o Código Penal do Império, considerava a legítima defesa como justificacão do crime, posto que em seu art. 14, previa o crime cometido em defesa da própria pessoa ou de seus direitos, ou ainda, em defesa da família do delinqüente.

Desta forma, não cabia a punição ao agente desde que simultaneamente incorresse nas seguintes condições: certeza do mal que os delinqüentes propusessem evitar, falta absoluta de outro meio menos prejudicial e ainda, não ter havido de parte deles, ou de seus familiares, provocação ou delito que ocasionasse o conflito.

No que tange aos casos de adultério, a *lex* repressiva Imperial não autorizou a morte da mulher, entretanto conforme seu art. 18, § 4º, considerava-a circunstância atenuante.

Já na era Republicana, com a promulgação do primeiro Código Penal da República, através do Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, houve uma modificação ao critério anterior no que se refere à legítima defesa.

O art. 32, § 2º, deste Código, dispunha acerca da não limitação da proteção à vida, compreendendo aí todos os direitos passíveis de lesão, e considerava a legítima defesa como causa excludente do crime, ao expor que

julgava não criminosos os que praticassem o crime em defesa legítima, própria ou de outrem.

Já na redação de seu art. 34, ao fixar os contornos do exercício da legítima defesa, quais sejam: atualidade da agressão; impossibilidade de se prevenir e obstar a ação, ou de receber socorro da autoridade pública; o uso de meios capazes de evitar o mal em proporção da agressão e a ausência da provocação que a ocasionasse, o legislador desmotivadamente emprega a expressão “justificado”, resultando, para o intérprete, em uma série de dúvidas, uma vez que no mesmo texto legal, em disposição anterior, definia a legítima defesa não como causa justificativa do delito, mas sim como excludente de criminalidade.

O Código Penal de 1890 aceitou a legítima defesa presumida, equiparando-a à defesa própria, ou de terceiro, o fato praticado na repulsa dos que à noite entrassem ou tentassem entrar na casa de residência ou onde alguém estivesse, nos pátios ou nas dependências dela, se fechadas, com a ressalva das hipóteses de permissão legal, bem como o fato cometido em resistência a ordens ilegais, não sendo excedidos os meios indispensáveis para impedir-lhes a execução.

“A redação dos arts. 32 a 35 foi mantida pela Consolidação das Leis Penais, aprovada em 1932, por Decreto expedido com base em trabalho que a respeito foi confiado à experiência do Desembargador Vicente Piragibe.”³⁷

³⁷ PIRAGIBE, Vicente. *Consolidação Das Leis Penais*. Rio de Janeiro, 1936, p. 14 e 15 *apud* LINHARES, Marcello J. Ob. cit., p. 92.

O Decreto Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940, instituiu um novo Código Penal, e, ao tratar da legítima defesa, expôs, em seus artigos 19 e 21, respectivamente, sua natureza e conceito, com a seguinte redação (*in verbis*):

“Art. 19. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - ...

II - em legítima defesa;

III - ...”

“Art. 21. Entende-se em legítima defesa, quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, ou direito seu ou de outrem.

Parágrafo único : o agente que excede culposamente os limites da legítima defesa, responde pelo fato, se este é punível como crime culposo.”

Percebe-se que os requisitos expostos nesta legislação, no que tange ao instituto da legítima defesa, são diversos daqueles constantes na legislação pretérita, o que inclusive, está esclarecido na exposição de motivos:

“A legítima defesa apresenta-se sem certos requisitos de que se reveste na legislação em vigor. Na defesa de um direito, seu ou de outrem, injustamente atacado ou ameaçado, *omnis civis est miles*, ficando *autorizado* à repulsa imediata. Também é dispensada a rigorosa *propriedade* dos meios empregados, ou sua precisa *proporcionalidade* com a agressão. Uma reação *ex improviso* não permite uma escrupulosa escolha de meios, nem comporta cálculos dosimétricos: o que se exige á apenas a *moderação* do revide, o exercício da defesa no limite razoável da necessidade”³⁸.

O Código Penal de 1969, que não entrou em vigor, conservou a redação dos artigos 19 e 21 do Código Penal de 1940, na disposição dos seus arts. 27 e 29.

³⁸ Código Penal Brasileiro 1940; Exposição de Motivos nº 17.

Contudo, modificou o parágrafo único do art. 21 da legislação criminal anterior, com a finalidade de melhor regulamentar o excesso na reação. Assim, dispunha o art. 30:

“Art. 30: O agente que, em qualquer dos casos de exclusão do crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível a título de culpa.

§ 1º.: Não é punível o excesso quando resulta de escusável medo, surpresa, ou perturbação de ânimo em face da situação.

§ 2º.: Ainda quando punível o fato por excesso doloso, o juiz pode atenuar a pena.”

A atual Parte Geral do Código Substantivo Penal Pátrio, conforme a Lei 7.210, datada de 11 de julho de 1984, não introduziu modificações ao instituto da legítima defesa, vindo assim a conservar sua característica de causa de exclusão de ilicitude.

A redação dada aos arts. 19 e 21 no Código precedente foi conservada, entretanto, corresponde agora aos arts. 23 e 25 do Código Penal Brasileiro.

No que se refere ao excesso punível, este é disciplinado pelo parágrafo único do art. 23, todavia sinteticamente, da seguinte forma:

“Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.”

CAPÍTULO - VI

LEGÍTIMA DEFESA

A legítima defesa é a legitimação da autodefesa, entendida como um ato, ou um conjunto de atos, empregado pelo ser vivo quando se encontra em necessidade de se proteger de qualquer mal que de alguma forma o ameace ou o atinja, em cumprimento até a uma lei natural, qual seja, a lei biológica da perpetuação da espécie.

A respeito assinala o autor VITORINO PRATA CASTELO BRANCO:

“Diante do mal, atual ou iminente, forças atávicas despertam e o ser vivo reage para salvar-se, desde o camaleão que, por mimetismo, muda de cor, adaptando-se à coloração da árvore ou da pedra, para não ser visto, e o polvo que solta na água uma tinta negra para não ser descoberto, até a criatura humana que, diante do ataque ou da ameaça do ataque, reage violentamente. (...) Daí dizer Cícero, no Senado Romano, que a *legítima defesa* não é uma lei dos homens, mas uma lei natural da vida - *non sed scripta lex, sed nata lex*. O homem apenas endossa uma lei natural que preexiste ao Direito e que sempre vigorou no reino animal, desde o mais rudimentar até o homem”.³⁹

O ordenamento, como conjunto de normas reguladoras da conduta humana, prevê em seus dispositivos da *lex* repressiva, o instituto da legítima defesa e o regula, não como uma delegação estatal do reconhecimento da autodefesa, mas

³⁹BRANCO, Vitorino Prata Castelo. *Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Ed. Sugestões Literárias SA, 1970, p. 170.

sim como a legitimação pela ordem jurídica de uma situação fática na qual o direito se impôs perante o ilícito.

O artigo 25 do Código Penal Brasileiro, dispõe (*in verbis*):

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

É sabido que ao Estado é outorgado, exclusivamente, o *jus puniendi*, que é o direito de aplicar uma sanção ao autor de uma conduta que infrinja a lei penal. Entretanto, como nem sempre o Estado se encontra em condições de defender o direito de particular ameaçado, confere ao mesmo, ressalvadas determinadas condições, o direito de defender-se de uma agressão injusta.

No entendimento de MANZINI, “o instituto da legítima defesa representa uma delegação hipotética e condicionada ao poder de polícia que o Estado faz ao particular por razões de necessidade, quando reconhece não poder prestar efetivamente a ele, ou a outrem, sua proteção oportuna”.⁴⁰

Assim, mesmo cabendo somente ao Estado o direito de punir, diante da agressão injusta, tem a vítima o direito de usar da força e dos modos necessários para repeli-la. Ainda que esta reação resulte em infração penal, estará o autor desta

⁴⁰ VICENZO, Manzini. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. Torino: UTET, 1981 *apud* ROSA, Antonio José Miguel Feu. Ob. cit., p. 352.

protegido sob o manto estatal pelo uso de uma das causas de exclusão de ilicitude: a legítima defesa.

Há diversas teorias que foram apresentadas para explicar os fundamentos da legítima defesa. Entre elas, é possível estabelecer dois grupos: o das subjetivas e o das objetivas.

As teorias subjetivas entendem o instituto como escusa e causa excludente da culpabilidade, fundamentada na perturbação do ânimo da pessoa que sofre uma agressão ou ainda nos motivos determinantes do agente que conferem licitude ao ato de quem se defende.

Já as teorias objetivas, mais acertadas, consideram a legítima defesa como um direito e causa de exclusão de ilicitude fundamentada na existência de um direito primário de um homem de se defender, da delegação desta defesa pelo Estado, na colisão de bens onde o mais valioso deve prevalecer. Não é certo afirmar, como fazem as teorias subjetivas, que há uma exclusão da culpabilidade. Como bem assinala BETTIOL, “afirmar que constitui uma causa de isenção de culpabilidade supõe desconhecer o que há de mais característico na luta em que se vê o bem injustamente agredido. Não pode ser considerada ilícita a afirmação do próprio direito contra agressão que é contrária às exigências do ordenamento jurídico. É uma causa de justificação porque não atua contra direito de quem comete a reação para

proteger um direito próprio ou alheio ao qual o Estado, em face das circunstâncias, não pode oferecer a tutela mínima”⁴¹

Contudo, o instituto da legítima defesa, consagrado pela legislação, comporta alguns requisitos para que seja considerado perfeitamente jurídico, de forma que havendo a ausência de qualquer deles resulta na exclusão da mesma. Estes requisitos são: **agressão injusta, atual ou iminente; direitos do agredido ou de terceiro, atacado ou ameaçado de dano pela agressão; repulsa com os meios necessários e o uso moderado de tais meios.**

Entende-se por agressão toda a conduta humana, violenta ou não, que venha lesar ou somente ameaçar de lesão algum direito ou bem juridicamente protegido. Em geral, a agressão comporta uma violência, contudo, é entendido como agressão injusta, uma omissão ilícita, como em caso de o carcereiro que não cumpre alvará de soltura, ou o médico que de forma arbitrária não concede alta ao paciente, ou ainda a pessoa que após expulsa pelo morador, não sai da residência.

Para a perfeita caracterização da legítima defesa, faz-se necessário, primeiramente, que a agressão seja injusta, ou seja, contrária ao ordenamento jurídico. Porém, não se faz necessário que a agressão injusta comporte uma figura típica. Há diversos atos lícitos que podem ser considerados uma agressão. É o caso do furto de uso, o dano culposos, a prática de ato obsceno em local não exposto ao

⁴¹ BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale - Parte Generale*. Padova: CEDAM, 1976, p. 283 e 284 *apud* JESUS, Damásio E. de, *Ob. cit.*, p. 335.

público, a perturbação à tranquilidade familiar, etc. Contra estas agressões, ainda que não descritas pelo ordenamento repressivo como ações típicas, é perfeitamente aceitável a utilização da legítima defesa.

NELSON HUNGRIA diz a respeito: "É injusta a agressão desde que seja ameaçado sem causa legal, um bem ou interesse juridicamente tutelado."⁴²

Pressupondo a necessidade da injustiça da agressão, impossível admitir-se a legítima defesa contra legítima defesa. A explicação se dá porque, em a pessoa se defender quando injustamente atacada, tem legitimado seu comportamento como causa de justificação, assim, sua ação é lícita. Se então o atacante, por sua vez, vir a se defender desta defesa, não estará diante de uma reação à agressão injusta, e, por isso, sua ação não é legitimada, uma vez que foi ele o próprio provocador da reação do atacado. Poderá, entretanto, haver a absolvição de ambos os contentores se, por falta de provas, não se apurar qual deles tomou a iniciativa, mas não se poderá falar em legítima defesa.

É aceitável, entretanto, a legítima defesa recíproca em caso de ser esta putativa, ou seja quando ocorre um erro de fato, assim, é possível a defesa lícita de alguém atacado por terceiro que, por erro, supõe ser vítima de agressão. *In casu*, há legítima defesa real quanto ao primeiro e legítima defesa putativa quanto ao segundo.

⁴² HUNGRIA, Nelson. *Comentários Ao Código Penal*, Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1958.

Importante abordar aqui o problema da legítima defesa de agressões que partem de inimputáveis. Entendo que a injustiça da agressão deve ser observada sob um critério objetivo, independente da consciência da ilicitude por parte do agressor. Desta forma, é admissível a legítima defesa contra inimputáveis, mesmo porque a inimputabilidade é uma causa de exclusão da culpabilidade e não da ilicitude, assim, o crime pode ser tecnicamente perfeito, possuindo seus requisitos elementares que são a tipicidade e a ilicitude, entretanto, em face da inimputabilidade do agente, não ser culpável. A agressão efetivamente ocorreu, conseqüentemente e independente do agente que a produziu, tem sua reação acobertada, através de um dispositivo previsto pela lei penal, pelo instituto da legítima defesa.

Igual entendimento se dá em casos de legítima defesa de agressões protegidas por excludentes de culpabilidade, tais como o erro de proibição e a coação moral irresistível, uma vez que nestes casos como ocorre com os inimputáveis, não desaparece a ilicitude do ataque.

Além de injusta, a agressão deve ser ainda atual ou iminente. Agressão atual é aquela que está acontecendo, ou seja, já em curso no momento da reação defensiva.

Urge ressaltar, como o faz FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, que, “conforme exprime um antigo brocardo jurídico, ninguém (para defender-se) está obrigado a esperar até que seja atingido por um golpe (*nemo expectare tenetur*)

donec percutietur). Isso poderá ser fatal. Admite-se, pois a justa reação defensiva diante de uma agressão iminente”⁴³.

Agressão iminente, é a que está prestes a ocorrer, “é, pois, sinônimo de perigo concreto de agressão a ser aferido dentro de um quadro de probabilidades reais, não apenas fantasmagóricas”⁴⁴.

Não há legítima defesa de agressão pretérita ou futura. Como expõe MAGALHÃES NORONHA: “A legítima defesa não se funda no temor de ser agredido nem no revide de quem já o foi”⁴⁵. Isto se explica pelo fato de que se a agressão já ocorreu e cessou, não há a intenção instintiva de defesa que está intrínseca ao escopo do instituto, mas sim um comportamento típico de vingança, inaceitável como justificativa de uma infração penal. No que diz respeito à agressão futura, esta ameaça é perfeitamente evitável pela intervenção da autoridade competente que tem o dever de proteger o cidadão.

A legítima defesa comporta a repulsa à agressão a direito próprio, quando o autor desta é o próprio titular do bem juridicamente protegido e a repulsa à agressão a interesse de terceiro.

Na legítima defesa de direito de terceiro, o espírito da lei é a consagração da solidariedade humana. Como expõe ANTONIO JOSÉ MIGUEL FEU

⁴³ TOLEDO, Francisco de Assis. Ob. cit., p. 194.

⁴⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. Ob. cit., p.195.

⁴⁵ NORONHA, E. Magalhães. Ob. cit., p. 201.

ROSA: “A defesa privada é uma colaboração prestada à defesa pública e, como tal, não podia deixar de ser ampliada à tutela de direitos de terceiros”⁴⁶.

Todos os bens jurídicos são passíveis de serem protegidos pela excludente de ilicitude em estudo. O entendimento doutrinário é remansoso no sentido de que não se faz distinção entre os bens pessoais e impessoais, por qualquer um deles pode ser invocada a legítima defesa em caso de se encontrar em ameaça ou agressão; a vida, o patrimônio, a honra, a liberdade, a tranqüilidade doméstica, o pátrio poder, etc.

O nosso ordenamento repressivo, quando fala em legítima defesa, faz menção ao uso dos meios necessários para repelir a agressão. Meios necessário são aqueles eficazes e suficientes para repelir a agressão.

Assunto deveras controvertido hoje conta com entendimento pacífico entre os penalistas no sentido de que os meios necessários são aqueles encontrados à disposição no momento da agressão, capazes de repeli-la e que deve o sujeito agredido fazer uso do meio menos lesivo que encontrar. Segundo DAMÁSIO E. DE JESUS; “O meio escolhido deixará de ser necessário quando se encontrarem à sua disposição outros meios menos lesivos. O sujeito que repele a agressão deve optar pelo meio produtor do menor dano. Se não resta nenhuma alternativa, será necessário o meio empregado”.⁴⁷

⁴⁶ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 357.

⁴⁷ Damásio E. de Jesus. Ob. cit., p. 339.

Outro problema a ser analisado acerca dos requisitos desta excludente de antijuridicidade é quanto à moderação no uso dos meios necessários a fazer cessar a agressão. O sujeito que agir em legítima defesa, deve usar de moderação, ou seja, não exceder no emprego do meio além do necessário para evitar a lesão do interesse protegido. A defesa deve ser sempre proporcional à agressão nos meios e nos graus de forma que o reagente deve agir nos limites da defesa de seu direito ou de outrem, sem entretanto, impor um mal desnecessário ao agressor.

Assim, aquele que agir na repulsa a uma agressão injusta, a direito seu ou alheio, desde que atual ou na iminência de ocorrer, fazendo uso moderado dos meios necessários para evitar a lesão, estará protegido por uma excludente de antijuridicidade que é a legítima defesa.

CAPÍTULO - VII

A HONRA COMO OBJETO DA LEGÍTIMA DEFESA

Assim como outros bens juridicamente relevantes, a honra do ser humano, tomada em seu duplo sentido, de reputação ou dignidade, decoro, e honra sexual, compreendida como o pudor e a honra conjugal, também é suscetível de proteção pelo instituto da legítima defesa.

O ordenamento sempre salvaguardou a honra, punindo o seu ataque. Isto se justifica pelo fato de que a afronta à honra fere o indivíduo, uma vez que o sentimento derivado da honra é elemento fundamental da construção psicológica interna do ser humano, ou seja, sua personalidade, e, é sabido que o direito à personalidade, sempre tutelado pelas normas, é um direito absoluto e inalienável.

Bem observa o autor MARCELLO J. LINHARES: “Se a proteção da vida e da integridade corpórea interessam à existência física do indivíduo, a tutela da honra vai além, objetivando a proteção de sua existência social e moral.”⁴⁸

A honra pode ser desmembrada em honra objetiva, quando se refere à reputação do sujeito, e honra subjetiva, que por sua vez se subdivide em honra-

⁴⁸ LINHARES, Marcello J. Ob. cit., p. 195.

dignidade, que diz respeito aos atributos morais, e, ainda, a honra-decoro, referente aos atributos físicos e intelectuais do indivíduo.

A legislação ordinária, tutelando os valores morais do ser humano, prevê tipos penais consistentes em ofensas à honra dispostos no Código Penal Pátrio, em sua Parte Especial, Título I, Capítulo V, nos artigos 138, 139, 140, que rezam:

“CALÚNIA

Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

“DIFAMAÇÃO

Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.”

“INJÚRIA

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

§ 1º. O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorção imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º. Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado se considerem alvitantes:

Pena - detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.”

No delito de **calúnia**, em que o agente atribui falsamente a prática de um crime a terceiro, e o de **difamação**, entendido como atribuir a outrem a prática de conduta ofensiva à sua reputação, o ordenamento positivo protege a honra objetiva. Já no crime de **injúria**, a proteção se dá à honra subjetiva.

As ofensas à honra consistem, assim, nos casos de calúnia e difamação, respectivamente, na atribuição falsa do cometimento de crime a outrem e na imputação de qualquer outro fato, não criminoso, mas ofensivo à sua reputação. Nos casos de injúria, o ataque à moral se dá por palavras, escritas ou verbais, gestos, escarro, risos, vaias, ironias, envio de documentos, etc., e, na injúria real, por exemplo, o emprego de vias de fato, rasgar o vestido de uma mulher, levantar a saia de uma senhora, tentar abraçar ou beijar alguém à força, etc.

Todas estas ações admitem, em sua repulsa, o emprego da legítima defesa.

A *lex repressiva pátria* prevê, no delito de injúria (art. 140, § 1º, II), caso de exclusão de pena, quando ocorrer repulsa através de outra injúria.

Todavia, é absolutamente aceita a excludente de ilicitude da legítima defesa nos crimes supracitados. O elemento de suma importância a ser relevado nesses casos, é o da moderação na dinâmica da proteção e racionalidade entre o ataque e o bem protegido.

Há entendimentos jurisprudenciais bastante divergentes no que se refere ao uso da força para repelir ofensa verbal à honra. Todavia, o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, é uníssono no que se refere à possibilidade de reagir com força física a ofensas verbais, desde que haja

moderação na atitude do agente e presentes os demais requisitos essenciais do instituto da legítima defesa.

Entretanto, a defesa da honra contra agressões verbais, ascende alguns problemas de ordem prática, que necessitam de soluções jurídicas.

O primeiro consiste no caso de o agente, em sua defesa, seja compelido a expor fatos degradantes e imorais atribuídos a pessoas que não aquelas das quais partiu a ofensa. É aceito a excludente de ilicitude da legítima defesa? A resposta é positiva. “O procedimento é legítimo uma vez que os meios a serem empregados na repulsa são adequados à necessidade dos fins, e se deve ter em vista a reação como dirigida ao agressor”⁴⁹. Nesta hipótese, contudo, o terceiro agredido não pode se opor por via de legítima defesa, porque como visto, não é admitida a legítima defesa de legítima defesa.

Um outro problema se dá quando o indivíduo contra quem se dá o revide à ofensa à honra, goza de imunidades. A imunidade outorgada a um sujeito lhe autoriza determinados comportamentos que, se não adotados em razão de suas funções, seriam considerados injustos. Uma vez que o ataque daquele que goza de imunidades é considerado lícito, não há que se falar em legítima defesa contra seus atos, posto que ausente um de seus elementos constitutivos, qual seja, a injustiça da agressão.

⁴⁹ LINHARES, Marcello J. Ob. cit., p. 200.

A tutela à honra, no sentido de reputação, dignidade ou decoro, exposta até então, não está órfã em nossas leis. O ordenamento prevê, ainda, a proteção à honra em uma outra esfera, a da honra sexual, que pode ser mais propriamente expressada como pudor.

O termo pudor deriva do latim, *pudoris*, que significa vergonha, pejo, pudicícia, castidade, honra, honestidade, pureza, virtude.

A lei penal expõe o pudor como “o sentimento de opinião média da população sobre a moralidade sexual e como norma consuetudinária reconhecida pela lei de convivência civil a respeito do elemento sexual; entendendo-se por honra sexual a opinião que a generalidade da população professa em torno dos requisitos pelos quais uma pessoa deve resguardar-se moralmente incensurável sob o aspecto sexual”⁵⁰.

Desta forma, considera-se ofensivo ao pudor, todo ato que venha aflorar os instintos eróticos ou que suscite repugnância em pessoas normais. O estupro, a violência carnal, o atentado violento ao pudor, o beijo lascivo, o apalpo obsceno, os atos de exibicionismo, todos constituem ofensa ao pudor e o crime de violação e a tentativa de tais injustos penais, expõem o indivíduo, necessariamente, em estado de legítima defesa.

⁵⁰ LINHARES, Marcello J. Ob. cit., p. 203.

A ofensa ao pudor, contudo, assume feições diferenciadas, conforme a posição da sociedade no que se refere ao tempo e espaço.

Por certo, os valores sociais existentes no século passado divergem dos atuais e a cada década comporta mutações bastante perceptíveis. O que antigamente era considerado uma afronta ao pudor, um forte ataque aos costumes, hoje pode ser considerado um comportamento natural, tendo em vista a evolução dos tempos. Da mesma forma, a conduta adotada em determinados países pode não ser admitida em outros no que se refere ao pudor. Até nos limites territoriais de um país ou um estado, é visível a divergência de comportamentos entre os moradores do litoral ou das metrópoles e entre os cidadãos do interior.

A ofensa ao pudor assume, com isso, uma subjetividade ímpar. Cumpre ao magistrado, ao apreciar feitas que conttenham o pudor como lide, situar o problema no tempo e no espaço ocorrido, julgando-a como um homem médio, não com a sua posição pessoal, mas segundo o sentimento de massa daquela sociedade.

Não excessivo é ressaltar que no resguardo ao pudor, em legítima defesa, deve observar o agente a necessidade da repulsa, e, em cada caso, o meio necessário para fazer cessar a agressão.

É perfeitamente admissível o homicídio como reação a um ataque ao pudor. Os romanos justificam este ato dizendo que a desonra é coisa mais grave e

mais terrível do que a própria morte: *“plus est stuprum quam mors, et maior tumor stupri quam mortis”*⁵¹. Contudo, urge sempre verificar a necessidade desta conduta no caso concreto onde haja a agressão.

Deve haver uma reação moderada que tenha como fim neutralizar a conduta anti-social do agressor.

Alguns doutrinadores entendem que não é cabível o uso da força como legítima defesa a atos que, apesar de atingirem o pudor, não ofereçam perigo. Para ilustrar, perfeito é o exemplo citado por MARCELLO J. LINHARES: “Não será lícito o uso de arma para reprimir a ação de quem, ofendendo o pudor, exhibe seus órgãos genitais a uma senhora ou a uma moça inocente, ou de quem, em público, pratique fatos que envolvam uma aberração do instituto sexual”⁵².

Todavia, o agressor que estiver forçando a vítima a um beijo, ou tocá-lhe partes pudicícias do corpo da mesma, ou, ainda, tentar ou vir a consumir um estupro ou um atentado violento ao pudor, pode ter sua ação reprimida com o uso de força física ou até mesmo com o uso de armas, branca ou de fogo.

O mestre BENTO DE FARIA, ao tratar da legítima defesa em ataques ao pudor, traz uma hipótese interessante do cabimento do instituto:

“Sobre o vínculo matrimonial e a conseqüente dependência que dele resulta para a mulher, ele não retira a esta última o direito de legítima

⁵¹ FARINACIUS, Quaest. 125, n. 44 *apud* LINHARES, Marcello J. Ob. cit., p. 209.

⁵² LINHARES, Marcello J. Ob. cit., p. 211.

defesa de seu pudor contra o próprio esposo. Assim, quando pretenda sujeitá-la a práticas contra a natureza, ou quando embriagado ou infeccionado, constituir o ato sexual uma séria ameaça de mal iminente, pode ela preservar sua própria saúde, evitando a fecundação nociva. Tais atos do marido deve ser tido como violência injusta, permitindo a reação pela força.”⁵³

Uma outra esfera da honra do indivíduo é tutelada pelo Direito, qual seja, a da honra conjugal. Desde tempos remotos, o adultério, ou seja, a conjunção carnal voluntária mantida por um dos cônjuges com pessoa diversa, é considerado uma agressão à honra dos que vivem em matrimônio. Em outros tempos, e entre muitos povos, o adultério era fortemente reprimido, inclusive com requintes de crueldade. Em nossa sociedade, atualmente, o Código Penal Brasileiro pune a prática do adultério, quando assevera em seu art. 240:

“ADULTÉRIO

Art. 240. Cometer adultério:

Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses.”

A prática adúltera, em nosso país, sempre foi reprimida pelos códigos e mesmo pela própria sociedade. Entretanto, o argumento do cônjuge que surpreendido pelo adultério cometido pelo outro, agride, em legítima defesa da honra, comporta inúmeras divergências no que se refere à sua admissibilidade.

A Suprema Corte Estadual Catarinense, nas últimas três décadas, interstício temporal delimitado para o estudo neste trabalho, não admite o uso do instituto da legítima defesa da honra em caso de flagrante adultério.

⁵³ FÁRIA, Antonio Bento de. *Código Penal Brasileiro Comentado*. v. 2. Rio de Janeiro, 1958, p. 202.

O pensamento ultrapassado de que as ofensas à honra deveriam ser lavadas com sangue não encontra mais amparo na sociedade atual, posto que esta última possui uma outra concepção do significado de honra conjugal. Tal fato longe está de se dar em face da depravação dos costumes, mas sim, porque entende que a dignidade de um homem reside em seus próprios atos e não na conduta de seu cônjuge. Segundo discorre GONZÁLEZ: “Os atos alheios, morais ou imorais não imputáveis, não podem afetar nossa honra”⁵⁴.

O eminente jurista EDGARD MAGALHÃES NORONHA, a respeito, profere:

“A honra é um atributo pessoal, próprio e individual. Por que se dizer desonrado o marido que, ao se saber iludido, divorcia-se ou desquita-se ? Se ele se porta com dignidade e correção no convívio social, por que será desonrado ? E sobretudo por que colocar-se sua honra na conduta abjeta de outra pessoa e, principalmente numa parte não adequada de seu corpo ? Desonrada é a prevaricadora. É absurdo querer que o homem arque com as conseqüências de sua falta. É dizer com SGANARELLO: “Elles font la sottise et nous sommes les sots”. Não existe legítima defesa no caso; o que há é, na frase brutal mas verdadeira de LEÓN RABINOVICZ, *orgulho de macho ofendido*. Aliás, em regra, esses pseudodefendentes da honra não passam de meros matadores de mulheres: maus esposos e péssimos pais. A opinião generalizada é de não existir legítima defesa da honra em tais casos.”⁵⁵

No mesmo sentido, LEMOS SOBRINHO expõe:

“É, dizem, uma concepção errada da defesa da honra, fomentando, por esta forma, a prática de delitos. Incontestavelmente, a fidelidade é um dever dos casados. O cônjuge infiel comete um crime, é indigno de continuar na vida conjugal, cujo liames vilmente rompeu. Mas, acrescentam, não é assassinando a infiel que o marido lava a sua honra

⁵⁴ LA VEGA, Francisco González de. *Derecho Penal Mexicano*. t.1. México, 1944, p.105 *apud* LINHARES, Marcello J. Ob. cit., p. 219.

⁵⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. Ob. cit., p. 189.

e desagrava a moralidade do seu lar; ao contrário, mancha as suas mãos, torna-se criminoso e derrama no lar, já desonrado, o sangue de uma vítima, para satisfazer os caprichos de sua moralidade ofendida.”⁵⁶

Não há como admitir um homicídio, através da exclusão de ilicitude da legítima defesa da honra em caso de flagrante adultério. Que o adultério é reprovável, isto nem pode ser assunto a ser colocado em discussão, mas daí vir a permitir ao cônjuge traído que reaja àquele ato com a prática de um homicídio, usando o argumento de estar agindo em legítima defesa de sua honra é no mínimo uma discrepância às normas sociais e até mesmo ao nosso ordenamento. Em última análise, admitir o homicídio como punição ao adultério, seria aprovar, de forma inédita em nossas leis, a pena de morte em repressão àquele delito.

Diante de todo o exposto, claro está que não há qualquer possibilidade, em nossa sociedade atual, de se acolher o instituto da legítima defesa da honra conjugal como excludente de ilicitude. Pode haver, contudo, no caso *sub examine*, uma hipótese de atenuação da pena, como arrolado no art. 65, inciso III, alíneas a e c, ou no art. 66, do Código Penal Brasileiro, aqui transcritos:

“Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

... omissis

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) ...

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

...”

⁵⁶ SOBRINHO, Antonio Lemos. *Da Legítima Defesa*. São Paulo, 1939 *apud* LINHARES, Marcello J. Ob. cit., p. 221.

“Art. 66. A pena poderá ainda ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

Argumentando, MARCELLO J. LINHARES expressa:

“A lei erige em causa especial de diminuição de pena, ou, quando pouco, em circunstância atenuante, o fato de haver o agente cometido o crime sob o domínio de violenta emoção logo em seguida à injusta provocação de sua vítima; e se disciplina tal espécie, nela prevê o homicídio cometido em flagrante adultério, não se concebendo que se possa reconhecer a escusativa numa modalidade de fato para o qual exista uma norma específica regulando-o.”⁵⁷

Um problema interessante a ser colocado é a hipótese de o cônjuge adúltero e o amante, surpreendidos em flagrante adultério e agredidos pelo cônjuge traído, responderem com violência invocando o instituto da legítima defesa.

BASILEU GARCIA, que entende não ser possível conceder a causa excludente de ilicitude ao cônjuge enganado, não admite que se outorgue, neste outro caso, também à esposa.

Todavia, não há como negar ao cônjuge adúltero e ao seu comparsa, que, em tendo sua integridade física ameaçada, no momento do flagrante adultério, reajam sob o manto da legítima defesa. A agressão por parte do cônjuge traído, ainda que surpreendido pelo adultério, sem dúvida é injusta. Com isso, a reação à conduta violenta injusta é justificável com a causa de exclusão de ilicitude que é a legítima defesa.

⁵⁷ LINHARES, Marcello J. Ob. cit., p. 223.

Nesta linha, expõe EDGARD MAGALHÃES NORONHA:

“Com efeito, como já ficou dito, a provocação não deixa à disposição do provocado o provocador. Depois, se o marido não age em legítima defesa, como negar-se esta à mulher ? De duas uma: ou a agressão do marido é justa ou injusta. Se justa, não se pode negar a legítima defesa da honra, porém, se é injusta, tem a mulher o direito de se defender.”⁵⁸

Presentes os pressupostos da legítima defesa como excludente de ilicitude, quais sejam: a injustiça de uma agressão, atual ou iminente, haver direito ameaçado de dano, o uso dos meios necessários e o uso moderado de tais meios, não há porque não admitir a legítima defesa do cônjuge adúltero e seu amante que repele a força injusta, pela força.

⁵⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. Ob. cit., p. 189.

CAPÍTULO - VIII

O EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

Em conformidade com todo o exposto, o instituto da legítima defesa exige a presença de determinadas condições. Entre elas, já examinadas anteriormente, ressaltam-se aqui, os **meios necessários** e o **uso moderado de tais meios**.

A exigência de tais condições para que seja reconhecida a legitimidade da defesa impõe ao agredido os limites que deverão conter em sua reação à violência injusta a que sofreu, os quais não poderão ser ultrapassados.

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 23, parágrafo único, dita:

“Art. 23. ...

EXCESSO PUNÍVEL

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.”

Este preceito significa que, nas causas excludentes de ilicitude, não deve o agente ir além da utilização dos meios necessários e da necessidade da reação para repelir a agressão e fazer cessar o perigo. Se, entretanto, usar de

excesso em sua conduta, causando dano maior que o necessário, e, por isso permitido, deverá responder por crime doloso ou culposo.

Sempre que o agredido, na escolha voluntária dos meios para fazer cessar o perigo, venha a optar por algum que provoque desnecessariamente um mal superior ao adequado à situação, estaremos na presença de um vício na dinâmica da reação defensiva e, por conseguinte, esta deixará de ser justificada.

Assim, o excesso na defesa se dá pelo uso desnecessário ou imoderado de um certo meio, causa de resultado mais grave do que o razoavelmente admissível nas circunstâncias.

Seguindo aos ensinamentos de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO:

“A ocorrência do excesso não tem o condão de fazer desaparecer o quadro originário de agressão e defesa em que se encontravam as pessoas envolvidas na disputa. Por isso é que o Direito Penal leva em conta, para efeito de punição, não a reação defensiva em si, que continua justificada, mas a conduta excessiva, que exorbita da necessidade ou da moderação, isto é, os atos desnecessários ou imoderados, que se situam além do razoavelmente indispensável para a defesa.”⁵⁹

Neste contexto, é de suma importância que se observe em cada caso, a natureza do excesso, que pode ser: **doloso, culposo, derivado de caso fortuito, derivado de erro, ou ainda, exculpante, por resultar de perturbação, medo ou susto.**

⁵⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude Penal e Causas de sua Exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 91.

O **excesso doloso** se dá quando o agente, ao se defender de uma agressão injusta, extrapola os limites, empregando meios desnecessários à cessação da violência, valendo-se de forma consciente e deliberada da situação de defesa, querendo um resultado antijurídico.

Tal hipótese deriva do conceito de dolo extraído da doutrina criminal traduzido pela prática de uma ação ilícita com consciência e vontade.

No excesso doloso, o sujeito inflige ao agressor um mal supérfluo, que resulta em uma lesão mais grave que a necessária e possível, por motivos alheios à legítima defesa, impulsionado pela ira, pelo ódio, pela perversidade, etc.

Extrai-se dos ensinamentos de DAMÁSIO E. DE JESUS, um exemplo de excesso doloso na legítima defesa, caracterizado por, em já prostrado o agressor, o agredido prossegue na conduta de feri-lo. De uma conduta lícita passa a um comportamento ilícito.⁶⁰

Em ficando configurado o excesso doloso no revide à agressão, segundo o nosso próprio ordenamento, o agente responderá por crime doloso no evento causado pela conduta excessiva. Assim, “destrói ele o o privilégio que o ampara, desaparecendo a legitimidade da reação, a qual se torna uma ação

⁶⁰ JESUS, Damásio E. Ob. cit., p. 342.

intencional e, portanto, punível”⁶¹. O agente responderá pelo fato como um todo doloso.

Por outro lado, o magistrado, frente a uma situação de excesso doloso na legítima defesa, poderá beneficiar o agente com atenuação da pena, baseado, por exemplo, na atenuante descrita pelo art. 65, III, c, parte final, ou ainda, se for o caso, com a causa de diminuição do § 1º do art. 121, ambos do Código Penal Brasileiro.

Desta forma, em sendo o excesso ilícito, perquire-se: é possível a legítima defesa por parte do agressor inicial contra a conduta excessiva? A resposta é positiva. O agressor sempre terá o direito de se defender contra o excesso. Tal hipótese encontra guarida na denominada legítima defesa sucessiva, que se rege pelos princípios da legítima defesa comum. Seguindo esta opinião, o mestre NELSON HUNGRIA explicita: “é perfeitamente admissível uma sucessiva situação de legítima defesa por parte do agressor inicial, se o primeiro agredido se excede na reação, pois o excesso de defesa importa, por sua vez, uma agressão injusta”⁶².

O excesso pode ser também de natureza **culposa**.

O excesso culposo deduzir-se-á do conceito de culpa, bem colocado por MARCELLO J. LINHARES:

“Culpa é a conduta que contrasta com preceitos codificados ou com normas ditadas pela perícia e pela prudência comuns; ou a voluntária

⁶¹ CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. Ob. cit., p. 176.

⁶² HUNGRIA, Nelson. Ob. cit., p. 308.

omissão de diligência no calcular as conseqüências possíveis e previsíveis do fato. Ocorre por imprudência, por imperícia, inobservância de leis, regulamentos, ordens e disciplinas.”⁶³

O excesso, que se dá quando o agente usa de meios desproporcionados como reação à agressão que sofreu, é considerado culposos quando o agente equivoca-se na avaliação da necessidade de sua reação, não o fazendo de forma intencional. No excesso culposos, “o agente não quer o evento constitutivo do crime, mas um evento diverso”⁶⁴.

Há de se ressaltar que no excesso culposos, que deriva de negligência, imprudência ou imperícia, faz-se necessário que haja a produção de um resultado punido a título de culpa *stricto sensu*. Exemplo disto é: se do excesso resultar a morte do agressor, haverá excesso culposos, punível nos termos do art. 121, § 3º, do Código Penal Brasileiro; porém, se do excesso resultar apenas danos materiais, não haverá excesso punível, por não estar tipificado no Diploma Repressivo Pátrio, como crime, o dano culposos.

Outra natureza de que pode ser o excesso é quando for **devido ao fortuito**.

Caso fortuito é o fato imprevisível, e, por este motivo, não pode ser atribuído à responsabilidade do agente. No excesso que tem como fato resultante um

⁶³ LINHARES, Marcello J. Ob. cit., p. 387.

⁶⁴ VANNINI, Ottorino. *Delitti Contro La Vita*. Milano, 1946, p.112 *apud* LINHARES, Marcello J. Ob. cit., p. 390.

caso fortuito, não se pode opor ao agente a exigibilidade de conduta diversa, pela própria imprevisibilidade ou inevitabilidade da situação imposta ao agredido.

Com isso, é de se reconhecer, inequivocamente, a exclusão da culpabilidade do agente, impondo-se sua absolvição.

O **excesso derivado de erro** é mais uma hipótese a ser observada.

O excesso que deriva de um erro do agente, recebe o tratamento previsto pela teoria do erro jurídico penal. Porém, na quase totalidade dos casos, o erro provocador do excesso, recai sobre os pressupostos fáticos ou sobre os limites da causa de justificação, configurando uma hipótese de legítima defesa putativa.

Na legítima defesa putativa, em geral o agente supõe estar amparado pela excludente de ilicitude, quando na verdade não está. Aperfeiçoa-se, assim, em relação a esta conduta, o juízo de ilicitude. Desta forma, poderá, conforme o caso, beneficiar-se o agente com a exclusão do dolo, com a deslocação do fato para a esfera de culpa *stricto sensu*, ou, finalmente, com a exclusão da culpabilidade.

Uma outra forma de excesso é o **excesso exculpante, por resultar de perturbação, medo ou susto**.

Tratam-se de estados emocionais muito freqüentes em situações de legítima defesa, e, em estando o agente nestas situações psicológicas, ainda que

tivesse a pretensão de executar o seu direito de legítima defesa dentro dos limites que lhe são traçados, dos meios necessários e do uso moderado de tais meios, o faz fora destes confins.

O direito penal alemão já consagrou a ocorrência desta hipótese, prevendo-a em seu ordenamento repressivo. Já o legislador brasileiro não regulou tais situações especificamente. A apreciação destas hipóteses é feita somente a nível doutrinário.

No caso de vir o agente, em estado inequívoco de legítima defesa, imprimir em sua reação intensidade superior àquela que seria necessária para fazer cessar a injusta agressão, fazendo-o, porém em virtude do estado de perturbação, susto ou medo, não se pode falar em exclusão de ilicitude uma vez que ausentes um dos elementos exigidos para a sua caracterização (a proporcionalidade). Não obstante, não seria justo censurar o agente pelo excesso, por não lhe ser humanamente exigível que, em frações de segundo, domine poderosas reações psíquicas.

Na formulação do juízo de culpabilidade do agente, deve-se observar o conjunto das situações fáticas e emocionais que presidiram o espetáculo para saber se o agente agiu, ou não, culpavelmente. Esclarecendo: se o agente poderia ter evitado o excesso em que incorreu ou se lhe era humanamente impossível, dentro do quadro emocional que se encontrava, proporcionar, de forma racional, a agressão e a reação.

CAPÍTULO - IX

A LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA CONFORME O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

O último capítulo deste trabalho tem o escopo de explicitar o entendimento da Suprema Corte da Justiça Comum Catarinense no que tange ao tema da legítima defesa da honra.

I - LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA EM OFENSAS VERBAIS

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 13.589 - COMARCA DE ARARANGUÁ
RELATOR: Des. Trompowsky Taulois.

“Legítima defesa da honra. Injúrias verbais.

Se o réu as repele com emprego de violência, mas de maneira comedida e com o uso de meios necessários, ampara-o a excludente apontada.”

Vistos relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº 13.589, da comarca de Araranguá, em que é apelante Alvino Conceição e apelada a Justiça Pública por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, sem voto divergente, e consoante opinou a douta Procuradoria Geral do Estado, conhecer do recurso e provê-lo para absolver o réu.

Sem custas. Alvino Conceição, irresignado com a condenação à pena de três cruzeiros pela prática da contravenção de “vias de fato”, apelou, pretendendo a reforma do decisório, por entender que no episódio narrado na denúncia, agira sob o amparo da legítima defesa da honra.

Nesta Instância oficiou o ilustre Dr. Hélio Sacilloti de Oliveira, - Procurador do Estado - , opinando pelo provimento do apelo.

O fato apontado como contravenção, foi o de ter o apelante, após sofrido ofensa verbal à sua dignidade de homem casado, desferindo um tapa ou soco na vítima.

Não há dúvida que o assunto, - ofensas verbais retorquidas com violência - , enseja relevante discussão doutrinária e jurisprudencial, sobre a possibilidade de ser aceita a reação como amparada pela excludente da legítima defesa da honra.

A jurisprudência se inclina, no momento, pelo acolhimento (Rev. Trib., 139/444, 166/97, 310/345, 352/256, 378/309, 392/322 e 399/283; Rev. For., 155/375, 156/398, 184/325, 198/277, 199/306 e 226/363; A.M.A., vol. 5º, 370; Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, vol. 8º/34).

Na doutrina admitem-na Nelson Hungria (Comentários ao Código Penal, ed. 1945, p. 88) e E. Magalhães Noronha (Direito Penal, 10a. ed., vol. I/188).

E, da mesma forma, Marcelo Jardim Linhares:

“Ainda na primeira hipótese, de injúrias verbais, quando o caráter grave e danoso de uma calúnia, de uma injúria, ou de um processo difamatório, assumir proporções tais que, denegrindo, chegue a comprometer a reputação do cidadão, a este não se pode retirar a legitimidade de sua imediata repulsa pela força, cujos contornos estejam estabelecidos na lei”.

A questão se resumirá, na prática, apenas à indagação se houve ou não proporção entre a ofensa e a defesa”.

“...o revide a soco, apesar de se tratar de ofensas à honra, verbais, constitui legítima defesa, devendo considerar-se moderado o emprego desses meios” (Legítima Defesa, págs. 125 e 126).

Soler também comunga do mesmo entendimento:

“...todo bien puede ser legitimamente defendido, si esa defensa se ejerce con la moderación que haga racional al medio empleado con relación al ataque y a calidad del bien defendido.

La prudencia de los jueces, las normas de cultura, el mayor o menor grado de seguridad pública efetiva, son principios que desempeñan un papel muy destacado y de

gran amplitud” SEBASTIAN SOLER, (Derecho Penal Argentino, *apud* , Legítima Defesa, pág. 46, Wilson Bussada).

De igual modo, a manifestação da então Câmara Criminal deste Tribunal, (Jurisp. Cat., 3/4, 1974), sem olvidar o pronunciamento contido *in* “Jurisprudência” do mesmo Tribunal, 1944, pág.163, *verbis*:

“A honra é um dos direitos que a lei assegura, tanto assim que comina as penas para a calúnia, a difamação e a injúria. (Cód. Penal, arts. 138, 139 e 140). No caso, portanto, de injusta agressão a esse direito, se a repelir o agredido nas condições do art. 21 do Código Penal, é de se lhe reconhecer a situação de legítima defesa”.

No caso em estudo, o réu interferira num princípio de briga de que participava a vítima, e com a finalidade de apaziguar os contentores, expressou-lhes que “pareciam duas p. brigando na rua”, frase que não podia, em absoluto, ser interpretada como injuriosa ou ofensiva pela vítima, que, no entanto, redargüiu dizendo que p. era a mulher do réu, quando recebeu deste, de imediato, um tapa ou soco.

Reagiu, pois, o apelante, comedidamente e com o uso dos meios necessários, pelo que, na espécie, nada impede que a seu favor se reconheça a excludente invocada.

Florianópolis, 13 de julho de 1976.

Marcílio Medeiros, Presidente; Trompowsky Taulois, Relator; Rubens Costa, Tycho Brahe, Aloysio de Almeida Gonçalves - Procurador do Estado.

(JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, 13/335, ANO IV, 3º TRIMESTRE DE 1976).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 14.968 - COMARCA DA CAPITAL.

RELATOR: Des. Marcílio Medeiros.

“Legítima defesa da honra - Grave injúria verbal - Reação moderada, eis que o réu desferiu somente um soco no seu ofensor - Impossibilidade de dosimetrar a força em revide de tal natureza - Gravidade da lesão

(deformidade no nariz) não elidente, no caso concreto, da indicada justificativa - Absolvição decretada.”

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal n° 14.968, da Comarca da Capital, em que é apelante Geraldo José da Silva e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por maioria de votos, dar provimento para absolver o réu, pela justificativa da legítima defesa da honra.

Custas ex lege.

Consta dos autos que, no dia 04 de maio de 1976, por volta das 23,00hs, encontrava-se Geraldo José da Silva num bar da Estação Rodoviária, nesta Capital, preparando-se para tomar dois comprimidos de “Sonrisal”, quando chegou Edvino Pereira da Silva, pessoa a quem mal conhecia. Em ar zombeteiro, Edvino disse ao acusado que tomasse um só comprimido, retrucando o réu que não recebia suas ordens. De pronto a vítima o chamou de “filho da p.” (ou o mandou a p. que o p.), e foi quando, em revide, o apelante desferiu um soco no seu ofensor, produzindo-lhes os ferimentos descrito no exame de fls.

Rechaçou o MM. Juiz a excludente de legítima defesa, reconhecendo tão-só a diminuída especial da violenta emoção (art. 129, § 4º, do CP).

A jurisprudência desta Egrégia Câmara é hoje pacífica no sentido de que, conforme as circunstâncias, é possível a legítima defesa da honra contra agressão verbal (Jurisprudência Catarinense, vols. 3-4/411 e 13/336). E nesse mesmo rumo podem ser citados numerosos arestos de outros tribunais (R.T., vols. 139/444, 166/97, 340/345, 352/256, 378/309, 392/322, 399/283, 485/307 e 488/380; R.F., vols. 155/375, 156/398, 184/325, 198/277, 199/309 e 220/363; Julgados do T.A.Crim. de São Paulo, vols. 31/383 e 38/258; Julgados do Trib. de Alçada do R.G. do Sul, vol. 8º/34).

Assim também a lição de Nelson Hungria:

“As palavras caluniosas ou injuriosas não podem ser evitadas por outras. Para impedir que prossigam o único meio será o emprego de violência, constituindo esta, sim, um ato de legítima defesa” (Comentários ao CP, ed. de 1945, pág. 88).

Da mesma forma o ensino de Magalhães de Noronha:

“A honra, sendo um bem, pode ser defendida legitimamente. Possui ela várias acepções que devem ser consideradas isoladamente. Comporta o instituto da

legítima defesa a repulsa física contra injúrias verbais? Alguns entendem que não. Inscrevem-se neste número Basileu Garcia: só os direitos suscetíveis de violação material podem ser protegidos. Assim não entendemos. O injuriado pode opor-se fisicamente às ofensas, fazendo-o entretanto, com o necessário comedimento. Se uma pessoa está sendo ofendida por outra e lhe desfere um tiro de revólver, é difícil sustentar-se emprego de meio adequado. Todavia se ele se limita a subjugar fisicamente o adversário, tapar-lhe a boca, ou mesmo dar-lhe um soco ou um tapa, não é de se excluir peremptoriamente a legítima defesa. Argüi-se que, no caso, a repulsa ocorre quando a agressão cessou, pois a injúria já foi proferida. Parece-nos claro, entretanto, que ela é exercida contra a continuação das ofensas e, dessarte, na iminência de outras” (Direito Penal, 10a. ed., vol. 1º/188).

Na espécie em causa o réu não fez ao ofendido a mais leve provocação; ao contrário, ele é que foi pelo mesmo apoquentado a resposta que deu de nenhum modo conferiu à vítima direito àquele tamanho ultraje, tanto mais humilhante porque na presença de terceiros.

Bem caracterizada, *in casu*, a legítima defesa da honra, mesmo porque, se não reagisse, não só ficaria desmoralizado como estaria sujeito a novas injúrias, até agressão física poderia sobrevir.

Não serve o argumento de que houve desproporção entre a ofensa verbal e a grave lesão produzida (deformidade permanente no nariz).

Novamente de citar o magistério de Hungria:

“É bem de ver que, se o meio empregado era o único que, no momento dispunha o agredido, não fica excluída a moderação ou proporção da defesa, ainda que tal meio pudesse deixar de infligir uma lesão mais grave do que a que poderia resultar da agressão impedida (obra e vol. cit., pág. 461).

Na reação o réu limitou-se a vibrar um soco, não usou de outras armas, não se podendo exigir que fosse calcular, dosimetricamente, a força física a empregar, o que seria contrário a princípios básicos da legítima defesa. “O entendimento de que, no caso de agressão por palavras, é de se aplicar a minorante da violenta emoção e não absolver o réu, é válido se a reação foi imoderada, mas não se o agente se deteve nos limites necessários, sem excessos ou descomedimentos” (Jurisprudência Catarinense, vol. 3/4, pág. 411).

Por tais motivos, o apelo é provido.

Florianópolis, 05 de setembro de 1978.

Marcílio Medeiros, Presidente e Relator; Trompowsky Taulois, Thereza Tang, Aloysio de Almeida Gonçalves, Procurador do Estado.

(JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, 22/417, ANO VI, 4º TRIMESTRE DE 1978)

No mesmo sentido, JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, 3-4/411, 23-24/487, 54/481.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 19.537 - COMARCA DE MONDAÍ.

RELATOR: Des. Rid Silva.

“Legítima defesa da honra. Apelo do Ministério Público. Preliminar de falta de fundamentação da sentença. Nulidade repelida. Excludente entretanto não configurada. Provimento para condenar o apelado.

Embora não se trate de uma peça esmerada, a sentença todavia não carece de fundamentação, de vez que seguindo-se o raciocínio do magistrado vê-se que o apelado fora absolvido, sob o pálio da legítima defesa da honra, por haver revidado ofensas verbais assacadas pela vítima. Ademais, o fato de ter o julgador se valido de citações de textos doutrinários para motivar sua decisão, não implica em nulidade, pelo contrário, serviu para melhor elucidar a matéria enfocada.

Incabimento, todavia, do reconhecimento da legítima defesa da honra, porque embora prestigiosa jurisprudência venha admitindo-a, na espécie não resultou configurada, de vez que ao repelir as injúrias que lhe foram assacadas, o réu excedeu-se ao desferir a violenta tijolada contra a vítima (pessoa idosa), causando-lhe os ferimentos descritos no laudo de fls.”

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº19.537, da comarca de Mondaí, em que a apelante a justiça por seu Promotor sendo apelado Arnildo Royer:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime dar provimento ao recurso, para condenar o réu nos termos do artigo 129, do Código Penal, a 3 meses de detenção, com sursis, pelo prazo de 2 anos.

Custas ex lege.

Não se conformando com a absolvição de Arnildo Royer, acusado da prática do delito do artigo 129, do Código Penal, apelou o Dr. Promotor de Justiça, arguindo em preliminar a nulidade da sentença, porque não motivada corretamente e, no mérito, por entender inadmissível o reconhecimento da excludente da legítima defesa de terceiro.

Contraminutado, os autos subiram.

Nesta instância, o Procurador de Justiça, Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, opinou pelo provimento do recurso para que o apelado seja condenado, desprezando a preliminar de nulidade por inconsistente.

Quanto à nulidade da sentença, por falta de motivação, desacolhe-se o apelo.

Já decidiu a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, apreciando recurso extraordinário número 54.382-SP : "A motivação jurídica que é indispensável à sentença, e a que se refere o inciso III, do art. 381, do Código de Processo Penal, é aquela que diz respeito ao raciocínio do magistrado para fazer incidir preceito legal a fato que considere provado, a fim de que o réu disponha de elementos para saber contra o que deverá defender-se em recurso ou revisão. Essa motivação jurídica, uma vez que dependente dos fatos apurados no processo - e que, portanto, variam caso a caso - não pode o Juiz omiti-la na sentença, sob pena de deixar o réu (e o mesmo pode suceder com o Ministério Público) com o ônus de imaginar todas as vias de raciocínio que o poderiam ter conduzido à conclusão a que chegou" (RTJ, vol. 84, págs. 797/815).

No caso dos autos, em realidade não se trata de uma sentença esmerada, entretanto não se pode acoimá-la de nula.

Seguindo-se o raciocínio do Juiz sentenciante, percebe-se, sem muito esforço, que o apelado foi absolvido, sob o pálio da legítima defesa da honra, por haver revidado ofensas verbais assacadas pela vítima, que a usar expressões "mistura preto com branco" fazia alusão às duas filhas com os dois empregados (estes de cor preta) daquele. Ademais, o fato do magistrado ter-se utilizado de citações e textos doutrinários para motivar sua decisão, não implica em nulidade da peça que produziu, pelo contrário, serviu para melhor elucidar a matéria enfocada.

No mérito, não pode prosperar o decisium.

Conforme revelam os autos, na tarde do dia 20 de agosto de 1983, na localidade de Linha Tigre, no município e comarca de Mondaí, do acusado Arnildo Royer apareceu a vítima Avelino Bortulini, que se fazia acompanhar da nora Joana Bortulini, com o objetivo de comprar um tanque (de veículo) para gasolina, cujo negócio a final não se realizou. Sucede que no decorrer da conversa, o réu pegou um toco de cigarro, abriu-o ao meio e misturou fumo em corda, justamente quando suas duas filhas chegaram ao local, onde também se achavam seus dois empregados (estes de cor preta). Aproveitando a oportunidade, a vítima dirigindo-se ao réu, disse: "ele está querendo misturar preto com branco", entendida como alusão feita as suas duas filhas com os dois empregados do mesmo. Sentindo-se ofendido, o réu então chamou Joana, que estava na cozinha conversando com sua esposa e pediu-lhe para que retirasse a vítima dali exclamando: "tire este velho daqui". Mas quando Joana foi até a janela, o réu já havia atingido a vítima com uma violenta tijolada, derrubando-a ao chão, causando-lhe os ferimentos descritos no auto de exame de corpo de delito fls. 7.

Esta versão, resumo da prova, tem a apoiá-la as testemunhas de fls. 39-40, presenciais do evento.

Certo que, segundo prestigiosa jurisprudência, é lícito ao agente repelir, com moderação, em determinadas circunstâncias as ofensas injustas e atuais, consistentes em palavras injuriosas.

Mas, no caso presente, mesmo admitindo tenha o réu sido injuriado bem como seus familiares, pela vítima, não há como reconhecer-se a excludente da legítima defesa da honra. Isto porque o réu houve com imoderação no revide, ao desfechar na vítima (pessoa idosa) uma violenta e traiçoeira tijolada.

Assim, a sua condenação é medida que realmente se impõe.

Em conseqüência, a pena a ser imposta a Arnildo Royer, considerando as diretrizes do art. 42, do Código Penal, seus bons antecedentes e personalidade íntegra, deve situar-se no mínimo legal, ou seja, em 3 (três) meses de detenção, por violação do art. 129 do Código Penal, com *sursis*, pelo prazo de 2 anos sem condições especiais.

Audiência admonitória a cargo do Dr. Juiz de Direito da Comarca.

Com essa finalidade, deu-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Thereza Tang.

Florianópolis, 11 de setembro de 1984.

Marcílio Medeiros, Presidente com voto; Rid Silva, Relator, Maurílio Moreira Leite, Procurador de Justiça.

(JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, 46/413, ANO XII, 4º TRIMESTRE DE 1984).

Na mesma linha, JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE 27/436.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 15.501 - COMARCA DE BRUSQUE

RELATOR: Des. Marcílio Medeiros

“Legítima defesa própria e da honra - Reação exagerada e insultos verbais proferidos por um bêbado, sem condições de defender-se dado o seu estado etílico - Castigo aplicado na vítima e não mera repulsa a injusta agressão - justificativas rejeitadas.”

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº 15.501, da Comarca de Brusque (1a. Vara), em que é apelante Waldemiro Fischer e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento, em parte, a fim de reduzir a quatro meses a pena reclusiva (art. 129, § 4º) e a dois anos o prazo do *sursis*.

Custas na forma da lei.

Condenado a um ano de reclusão, com *sursis* por dois anos, como incurso no art. 129, § 1º, I, do Código Penal, Waldemiro Fischer apelou, pleiteando absolvição pelo reconhecimento da legítima defesa própria e da honra.

O apelo foi regularmente processado, manifestando-se a douta Procuradoria Geral do Estado, em parecer do Dr. Ayres Cesário Pereira, pelo provimento parcial, reconhecida a atenuante especial de violenta emoção (art. 129, § 4º).

Segundo o elenco probatório, no dia 28 de março do ano próximo passado, por volta das 10:30 horas, o ofendido Mário Lana, visivelmente embriagado, postou-se na frente da residência de Waldemiro Fischer, passando a dirigir a esse grosseiros insultos. Saindo até a rua, Waldemiro foi ao encontro de Mário, produzindo no mesmo, a sarrafadas, diversas lesões, inclusive fraturas do cúbito esquerdo (exame de fls. 10).

Como salienta a respeitável sentença, não milita em benefício do réu a legítima defesa própria, eis que espancou um homem em tal estado de embriaguez que sequer teve forças para arrancar da cerca à sua frente uma estaqueta com que se defender. Apanhou sem a menor reação, esclarecendo a testemunha Estácio José Venâncio que “o acusado foi batendo na vítima num percurso de mais ou menos dez metros” (fls. 29).

Da mesma forma não configurada a legítima defesa contra ofensas verbais. A vítima, vizinha do réu, era por todos conhecida por seus excessos verbais, o que por ninguém levado muito a sério visto tratar-se de consumado alcoólatra. Mas mesmo que, inicialmente, tivesse o apelante sua dose de razão, excedeu-se dolosamente no castigo infligido ao ofendido, como se infere do depoimento de Venâncio e das lesões descritas no laudo pericial.

Acertadamente capitulado o crime como lesões graves, pois evidente o exame de fls. e da prova testemunhal ter a vítima ficado mais de trinta dias incapacitada para as suas ocupações habituais.

No entanto, embora não invocada, é de ser reconhecida, sem qualquer dúvida, a causa de especial diminuição apontada no judicioso parecer, bem tipificada nos autos, e, por consequência, reduz-se a quatro meses a pena de reclusão e a dois anos o prazo do *sursis*.

O recurso é provido nos termos acima explicitados.

Florianópolis, 13 de novembro de 1979.

Marcílio Madeiros, Presidente e Relator; Trompowsky Taulois, Rid Silva, Maurílio Moreira Leite, Procurador do Estado.

(JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, 25/373, ANO VII, 4º TRIMESTRE DE 1979)

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 13.649 - COMARCA DE PALMITOS**RELATOR: Des. Marcílio Medeiros**

“Legítima defesa da honra - Reação tardia - Excludente rejeitada.

Lesão corporal - Prova mediante testemunhas.

Quem atua em represália a injúria verbal pretérita, já de vários dias, não merece reconhecida a legítima defesa da honra.

Se os vestígios da lesão corporal desaparecem, o exame de corpo de delito poderá suprido pela prova testemunhal.”

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº 13.649, da comarca de Palmitos, em que é apelante Irio Alberto Werlang e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso, para confirmar, por seus jurídicos fundamentos, da decisão de primeiro grau.

Custas ex lege.

Irio Alberto Werlang foi denunciado por infração ao art. 129, *caput*, do Código Penal, por haver em data de 11 de agosto de 1974, por volta das 17 horas, no barracão de uma capela sita no interior do município de São Carlos, por ocasião de uma que ali se realizava, agredido Oswaldo Hemsing, ferindo-o no nariz.

Ao relatório da sentença, que fica adotado, acrescenta-se que o réu condenado a três meses de detenção, com *sursis*.

Não se conformando, apelou do decreto condenatório, alegando a legítima defesa da honra e, ainda, não provado ter ocorrido ferimento.

A douta Procuradoria, exarado parecer, manifestou-se pelo improvimento do recurso.

Não padece dúvida que o recorrente, por espírito de vingança, por ter o ofendido proferido dias antes palavras ofensivas a ele e a membros de sua família, agrediu-o no recinto do barracão, desferindo-lhe socos no nariz. Em contrário a essa versão, que se apoia fortemente nos depoimentos testemunhais, ergue-se apenas a palavra do apelante, isolada nos autos, o qual declara ter sido injuriado em plena festa, e então revidou.

Impossível, nessas condições, reconhecer a legítima defesa da honra, visto tratar-se de insulto pretérito, o que afasta, desde logo, a excludente em apreço.

Quanto ao segundo argumento, se é exato que do processo não consta exame de corpo de delito direto, a sentença explica muito bem que o hematoma produzido no nariz - essa a lesão resultante - desapareceu em pouco tempo, não deixando vestígios, eis porque não realizada a perícia, já de nenhum sentido prático. Mas testemunhas de vista e até o próprio réu esclarecem compridamente a respeito do ferimento, ficando assim suprida a falta de exame direto, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal.

A condenação, no caso, era de rigor.

Florianópolis, 30 de março de 1976.

João de Borba, Presidente para o acórdão; Marcílio Medeiros, Relator; May Filho, Tycho Brahe, Nelson Ferraz - Procurador do Estado.

(JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, 11-12/407, ANO IV, 1º E 2º TRIMESTRES DE 1976)

No mesmo sentido, JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE 30/629.

II - LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA DO LAR E DOS FILHOS

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 15.914 - COMARCA DE SÃO MIGUEL DO OESTE

RELATOR: Des. Marcílio Medeiros

“Violação de domicílio - Entrada pela janela, sem o consentimento do dono da casa, para entreter colóquio com a filha deste, menina de quatorze anos - Agente surpreendido em flagrante, logo em seguida - Delito configurado, ainda que a menor houvesse consentido na entrada.

Lesão corporal leve - Ferimento produzido no intruso pelo pai da menor, quando o encontrou no quarto da mesma - Legítima defesa do lar e da honra da filha - Absolvição decretada.”

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal n° 15.914, da comarca de São Miguel do Oeste, em que são apelantes Luiz Carlos Dalmagro e Haroldo Campos de Paula, sendo apelada a Justiça por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento, em parte, ao recurso do primeiro, a fim de desclassificar o crime para o art. 150, *caput*, aplicada a multa de Cr\$600,00, ficando prejudicado o *sursis*, e, quanto ao do segundo, provê-lo para absolver o apelante pela justificativa da legítima defesa.

Custas ex lege.

Denunciados como incurso nos arts. 150, § 1° e 129, do Cód. Penal, respectivamente, Luiz Carlos Dalmagro e Haroldo Campos de Paula foram condenados pela respeitável sentença de fls. - o primeiro a seis meses de detenção, com *sursis*, e o segundo, à multa de Cr\$400,00 (art. 129, §§ 4° e 5°, I).

Inconformados, alegando Dalmagro não configurado o crime de violação de domicílio; Haroldo ocorrer em seu benefício a justificativa da legítima defesa da propriedade e da honra.

Contra arrazoados os apelos, opinou a douta Procuradoria Geral do Estado pelo não provimento.

Constata-se dos autos que entre o primeiro recorrente e a menor Liliane, com quatorze anos de idade e filha de Haroldo, existia oculto namoro, ignorado dos pais da menina. No dia do fato, quando prestes a viajar para outra cidade, Haroldo tomou conhecimento, por intermédio de um bilhete que interceptou, remetido à sua filha, que Dalmagro insistia em vê-la àquela noite. Haroldo suspendeu a viagem e, da casa de uma vizinha, ficou de espreita. Por volta das 22:30 horas, pela janela, depois de forçá-la, Dalmagro penetrou no quarto da menor, e ali estava quando o segundo apelante, acompanhado por sua esposa, penetrou no quarto, surpreendendo-o em flagrante, sendo que, ato contínuo, a soco ou com o cano do revólver, desferiu uma pancada na cabeça do intruso, produzindo-lhe lesão de natureza leve.

O crime de violação de domicílio apresenta-se bem configurado. Se, por hipótese, era intenção do invasor praticar com a menor atos de libidinagem, o que aliás por

ele negado - apenas queria conversar - não chegou a iniciar a execução do delito-fim, pois logo intervieram os pais da menor, perdendo ele toda e qualquer "chance" de encetar o seu desiderato. Ficou apenas o delito inicial, isto é, do art. 150, em que foi o réu condenado.

Mesmo que, segundo alegado pelo réu, não se tratasse da primeira vez e houve anuência da menor, a entrada na casa, a desoras, contra a vontade do chefe da família, incidiu na proibição legal (Nelson Hungria, Comentários ao Cód. Penal, 2a. ed., págs. 213/214; Magalhães Noronha, Direito Penal, 9a. ed., pág. 168).

De ressaltar que Liliane tinha apenas quatorze anos de idade - plenamente inimputável, incapaz *pleno jure* na esfera do direito civil - de sorte que aos poucos arestos que dão pela atipicidade delitual quando a entrada é consentida por pessoa da casa, não teriam aplicação na espécie, pelas peculiaridades de que esta se reveste.

Descabe, porém, subsistir a qualificativa do repouso noturno, eis que embora praticado à noite, o crime não surpreendeu o ofendido, que esperava que algo de anormal viesse a acontecer, tanto assim que foi vigiar numa casa próxima. Preleciona Hungria: "A circunstância da noite não é sempre, e inexoravelmente, uma condição de maior punibilidade: dadas as circunstâncias excepcionais, pode ela, por injunção da sua própria *ratio*, deixar de ser reconhecida no caso concreto" (obra e vol. cit., pág. 205).

Desclassificado o delito para o art. 150, *caput*, aplica-se ao invés de detenção reprimenda pecuniária, esta fixada em Cr\$600,00, nos termos do art. 43.

Com relação ao segundo recurso, impõe-se o seu provimento.

Fora de qualquer dúvida, agiu o réu em legítima defesa do lar e da honra da sua filha, merecendo considerar que o recorrente limitou-se a dar uma pancada no abusado perturbador da intimidade do seu lar, entregando-o em seguida, à Polícia. Diante da cena retratada nos autos, difícil conceber se mantivesse alguém impassível, não reagindo fisicamente a tão enorme e escandalosa agressão, material e moral, contra si, o recesso do seu lar e pessoa de sua família.

Se afora o pequeno ferimento do apelante foi além, cortando umas mechas do cabelo do invasor, não consta da denúncia esse fato, certamente por constituir um episódio a parte, posterior ao desforço físico, objeto da peça exordial.

Florianópolis, 24 de junho de 1980.

*Marcílio Medeiros, Presidente e Relator; Trompowsky Taulois, Rid Silva.
André Mello Filho, Procurador do Estado.*

(JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, 30/512, ANO VIII, 4º TRIMESTRE DE 1980)

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 16.577 - COMARCA DA CAPITAL

RELATOR: Des. Tycho Brahe

“Júri. Homicídio. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Legítima defesa da honra dos filhos menores. Excludente não caracterizada. Novo julgamento ordenado.

A decisão é manifestamente contrária à prova dos autos quando o veredicto dos jurados não encontra qualquer apoio no elenco probatório existente no processo.

A infidelidade da mulher não autoriza o homicídio de seu companheiro em nome da legítima defesa da honra dos filhos menores, porque a honra, atributo pessoal, não depende de ato de outrem.”

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº 16.577, da comarca da Capital (1a. Vara), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Manoel José Nunes.

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Por ter, nas condições descritas na denúncia de fls. 02/03, com disparos de arma de fogo, ocasionado a morte de Valdenir Gomes Duarte, Manoel José Nunes foi apontado como infrator do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, acolhidos, na decisão da pronúncia (fls. 106 a 110), os termos da peça preambular.

Submetido a julgamento perante o Tribunal, restou, o acusado, após afastadas as teses da coação moral irresistível e da legítima defesa própria, absolvido por ter, o corpo de jurados, por maioria de votos (fls. 142), reconhecido ter o crime sido cometido sob o pálio da legítima defesa da honra de seus filhos menores.

O órgão do Ministério Público, inconformado, apelou objetivando a anulação do julgamento, buscando como suporte da pretensão, o estatuído no art. 593, III, a e d, do Código de Processo Penal, mas pretendendo, na realidade, o reconhecimento de ser, a decisão recorrida, manifestamente contrária à prova dos autos.

Ofertadas contra-razões.

Para a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, o recurso merece provimento.

“Ao que se pode ver do conjunto probatório, o apelado era casado com Waldirléa Magarão Nunes, possuindo o casal três (3) filhos menores, vivendo todos na cidade de São Gonçalo, Rio de Janeiro, onde tinham residência. No dia 2 de dezembro de 1980, sem pré-aviso, deixando marido e filhos, Waldirléa deixou a casa, rumando no dia 17 seguinte para esta cidade, onde se hospedou na casa de uma irmã. Dez dias mais tarde, procedente igualmente, de São Gonçalo, a vítima chegou a esta Capital, indo conviver na mesma moradia com sua amásia. Pressentindo que sua esposa estaria em Florianópolis, no dia 08 de janeiro o recorrido para cá se deslocou, e após descobrir o endereço de sua cunhada, para lá se dirigiu, onde acabou por matar a vítima, desfechando-lhe diversos tiros de revólver” (fls. 168). (Laudo pericial, fls. 25).

Ante o quadro supradescrito, os jurados entenderam que o acusado, matando aquele que vivia com sua ex-esposa, procedeu em legítima defesa da honra de seus filhos menores.

Excêntrica, *data vênia*, a decisão adotada. Não se põe dúvida que a honra, como bem moral inerente à pessoa humana, é objeto de tutela penal, e, por isso, a ela é extensível a legítima defesa, como, aliás, a todos os demais bens jurídicos do homem. Todavia, não podem, no concernente à legítima defesa da honra, continuar prevalecendo preconceitos primitivos que colocavam a honra do marido e da descendência do casal na dependência da conduta da mulher e mãe. Disse-o, é certo que limitando à dissertação à honra do marido, Jimenes de Asúa: “*En primer término, no es posible aceptar que constituya un ataque al honor del marido la conducta de la mujer y del que yace con ella. El honor está en nosotros y no en los actos ajenos. Será ella quien deshonorre, pero a nosotros no nos deshorará*” (La ley y el delito, pág. 367).

Ora, se a doutrina mais autorizada, bem como a jurisprudência iterativa dos pretórios (*vide*, por exemplo, RT: 452/355; 473/372; 503/317; 505/314), repele a legítima defesa da honra em benefício do marido que surpreende a esposa em flagrante adultério por importar, o reconhecimento da excludente, em “figura que destoa gritantemente dos princípios fundamentais do nosso direito penal positivo”, o que concluir, então, desde que

inocorrente o flagrante adultério, do homicídio perpetrado contra o homem que vivia na companhia da mulher do homicida? Legítima defesa da honra dos filhos que vivem a centenas de quilômetros de distância? A resposta negativa impõe-se.

O acolhimento, pois, da legítima defesa da honra dos filhos menores, sequer esboçada no elenco probatório, importa em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, porque, em última análise, estar-se-ia placitando a pena de morte para o companheiro da mulher, quando não, para esta, decretada e executada, sumariamente, pelo pai, em nome de seus filhos.

Pode-se, quando muito, aventar-se a hipótese de delito por causa da honra, situação distinta, mesmo para os jejunos em direito, de crime praticado sob amparo da excludente da legítima defesa da honra.

O réu deve, em consequência do provimento que é dado ao recurso, ser submetido a novo julgamento.

Em síntese: a infidelidade da mulher não autoriza o homicídio de seu companheiro em nome da legítima defesa da honra dos filhos menores, porque a honra, como atributo pessoal, não depende de ato de outrem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nauro Collaço.

Florianópolis, 12 de agosto de 1982.

Ayres Gama, Presidente com voto; Tycho Brahe, Relator. Hélio Sacilotti de Oliveira, Procurador de Justiça.

(JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, 38/512, ANO X, 4º TRIMESTRE DE 1982)

III - HONRA CONJUGAL

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 15.376 - COMARCA DE CURITIBANOS
RELATOR: Des. May Filho.

“Júri. Legítima defesa da honra. Absolvição. Novo julgamento.

‘Não há negar que julgados dos tribunais tem admitido a legítima defesa quando o cônjuge ultrajado mata o outro cônjuge ou seu parceiro. Mas, via de regra, nessas decisões, há uma constante: a flagrância do adultério’ (RT, 482/328).

‘Mesmo admitindo haja o réu praticado o delito em defesa de sua honra, a decisão absolutória esbarra, manifestamente, na prova dos autos, face ao excesso com que se houve nos meios utilizados na repulsa’(Jur. Cat., 5/6 - 581).’

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal n° 15.376, da comarca de Curitiba (2a. Vara), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor e apelado Luiz Miguel Didomênico:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento ao recurso para mandar submeter o apelado a novo julgamento.

Custas na forma da lei.

O parecer subscrito pelo Dr. Nelson Ferraz, pela douta Procuradoria, integralmente adotado como razão de decidir é do teor seguinte:

“Inconformado com o veredicto do Tribunal do Júri da comarca de Curitiba, em razão do qual Luiz Miguel Didomênico foi absolvido das penas do crime do art. 121, § 2º, inciso IV, em concurso material, a que libelado, recorre, tempestivamente, o Dr. Promotor Público.

Insurge-se o apelante ministerial contra o reconhecimento, pelo tribunal popular, da legítima defesa da honra na ação do acusado que matou sua esposa, e um amigo de seu filho.

“Com razão o apelante.

“É ponto pacífico, tanto na doutrina, como na jurisprudência, que a excludente de injuricidade da legítima defesa não tem cabimento em casos como o presente.

“Magalhães Noronha, em sua festejada obra ‘Direito Penal’ esclarece:

‘Ponto forçado a considerar é que age em legítima defesa da honra o marido que mata a esposa, colhida em flagrante adultério.

Não existe legítima defesa no caso. A honra é um atributo pessoal, próprio, individual. Por que se dizer desonrado o marido que, ao se saber iludido, divorcia-se ou

desquita-se ? Se ele se porta com dignidade e correção no convívio social, por que será desonrado ? E sobretudo por que colocar-se sua honra na conduta abjeta de outra pessoa e, principalmente, numa parte não adequada de seu corpo ? Desonrada é a prevaricadora. É absurdo querer que o homem arque com as conseqüências de sua falta. É dizer de Sganarello: 'Elles font la sottise e nous sommes les sots.' Não existe legítima defesa no caso; o que há é, na frase brutal mas verdadeira de Léon Rabinovicz, o *orgulho do macho ofendido*. Aliás, em regra, esses pseudodefendentes da honra, não passam de meros matadores de mulheres, maus esposos e péssimos pais. A opinião generalizada é de não existir legítima defesa da honra em tais casos.' (Edição Saraiva, São Paulo, 5a. edição, 1968, 1º volume, pág. 191).

“Outro eminente mestre do saber jurídico, José Frederico Marques, assim se manifesta:

‘Concordamos porém com o ilustre penalista, no tocante à ilegitimidade da reação do cônjuge atingido pelo adultério da esposa. A morte praticada por um cônjuge contra o outro, *in rebus veneris* nada tem de legítimo, pois não se trata de defesa da honra. Em primeiro lugar, não há desonra para o marido na conduta da esposa e do amante que com ela convive. A honra, diz Asúa, está em cada um de nós, não na outra pessoa. Com o adultério, a honra da mulher que prevarica é que fica atingida. Em primeiro lugar, tais atos traduzem antes desforço e vingança, por isso que a ofensa já estaria consumada.

Por último, se o marido se sente atingido em sua dignidade com a infidelidade da esposa, matando esta ou o amante não salvará sua honradez, e sim, tornará mais pública e escandalosa a conduta condenável do outro cônjuge (*in Tratado de Direito Penal*, Saraiva, 2a. edição, São Paulo, 1965, volume II, págs. 115/116).

“Também os Tribunais do país, dentre os quais de destacar o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Têm manifestado repúdio a decisões que, como a presente, reconhecem a legítima defesa da honra.

“De assinalar que na espécie, a absolvição assume gravidade ainda maior, uma vez que a vítima Maria Aine, de 40 anos de idade, ao que tudo indica, era pessoa de reputação ilibada, que com trabalho honesto procurava manter sua família, abandonada pelo acusado, que fora viver com uma amante.

“Pouco crível a versão da defesa, segundo a qual a vítima Alípio, de 21 anos de idade apenas, seria amante da esposa do réu, já que em várias passagens dos autos se consigna que era amigo de Francisco, filho do acusado, e que morava com sua mãe, ao qual fora procurar na ocasião do evento (fls. 56, 57, 58).

“Entretanto, para argumentar, mesmo que se aceitasse a argumentação da defesa, ainda assim não caberia a absolvição pela legítima defesa da honra, porque esta tese, consoante vimos acima, por ser inaplicável a casos de adultério, é repudiada pela maioria dos doutrinadores e tribunais do país.

“Diante de todo o exposto, opinamos pelo provimento do presente recurso, com a finalidade de ser decretada a anulação do Júri, a fim de a outro ser submetido o réu”.

Em tema de legítima defesa da honra, os tribunais têm decidido: “Não há negar que julgados dos tribunais têm admitido a legítima defesa quando o cônjuge ultrajado mata o outro cônjuge ou seu parceiro. Mas, via de regra, nessas decisões, há uma constante: a flagrância do adultério” (Rev. Tribs., 482/328). Idem: Rev. Tribs., 473/372; 427/375; 446/375.

Para que a legítima defesa se caracterize, são necessários, em face da lei, três requisitos: 1) agressão, atual ou iminente e injusta; 2) preservação de um direito próprio ou de outrem, e 3) emprego moderado dos meios necessários à defesa (v. HUNGRIA, Comentários, vol. 1/450).

No dia do crime, conforme se recorda, o réu que vivia separado da esposa e amasiado com outra, chegou à casa onde residiu e encontrou sua ex- mulher e a outra vítima. Ficou esperando até que abrissem a porta para, de surpresa, assassinar a ambos.

Na prova não é clara a infidelidade da esposa, tudo leva a crer que o pseudo amante era somente amigo de um filho do acusado.

Onde estariam caracterizados os elementos da legítima defesa ?

Ainda que se concorde, apenas para argumentar, que os dois primeiros elementos estavam presentes, o terceiro, a toda evidência, não ocorreu.

Acórdão da antiga Câmara Criminal deste Tribunal, em caso semelhante, assentou: “Mesmo admitindo haja o réu praticado o delito em legítima defesa de sua honra, a decisão absolutória esbarra, manifestamente, na prova dos autos, face ao excesso com que se houve no uso dos meios utilizados na repulsa”(Jurisp. Cat.,5/6 - 581).

O laudo revela que um dos disparos atingiu Alípio na “região occipital” (laudo de fls. 9), caracterizando perfeitamente o excesso.

Decisão recente da Egrégia Primeira Câmara Criminal, da lavra da Desa. Thereza Tang (ap. crim. nº 15.158 de S. Francisco do Sul, julgada em 27/04/79) repele a tese vencedora perante o júri.

Em face do exposto, a Câmara acolheu o pedido, anulou o julgamento do réu e determinou que a novo seja submetido, com observância das formalidades legais.

capitulado no art. 129 *caput* do Código Penal, com aplicação da minorante do § 4º do supra citado artigo.

Inconformado recorre, pleiteando a sua absolvição com fundamento na legítima defesa da honra.

Nesta instância a douta Procuradoria Geral do Estado, em parecer da lavra do Dr. Nelson Ferraz, opina pelo desprovimento do recurso.

O réu estando desconfiado que sua esposa mantinha relações amorosas com a vítima Francisco Nogueira, segundo voz corrente (fls. 15, 36 e 45), dispôs-se no dia 26 de dezembro de 1974, a comprovar tal fato. Constatando que sua mulher não viera trabalhas na roça, voltou para casa a fim de averiguar o que se passava, e, no trajeto, observou sua esposa entrar no mato, verificando então que lá fora para manter relações sexuais com Francisco Nogueira. Indignado, foi à sua casa, armando-se de uma espingarda, e voltando ao local, desferiu tiros em Francisco e posteriormente aplicou uma surra na mulher, levando-a para casa.

Na data referida, o apelante atirou em Nogueira e surrou a esposa, não porque os tivessem surpreendido na prática do ato sexual, mas porque desconfiava de um caso amoroso entre ambos, ligação adúltera esta, aliás, confessada pela mulher, a qual, todavia, negou a prática de relações sexuais com seu amante naquele dia em que foi espancada. Assim sendo, está claramente assentado que o evento gravemente lesivo à honra do réu, que seria a deplorável visão, moralmente ofensiva, de sua esposa fornicando com outro homem, tinha acontecido antes, ou seja, era um evento pregresso.

Conseqüentemente, a reação, nos termos em que o réu a colocou, não representava um revide a uma agressão moral iminente ou atual, mas, pelo contrário, configurava uma típica vindita, pelo que, obviamente, não se enquadra no contexto de uma legítima defesa da honra.

O fato de ter o acusado ir a sua casa armar-se, para em seguida procurar o amante de sua mulher e alvejá-lo, está a indicar, claramente, que a sua reação não se deu *ex improviso* e sob o calor da ofensa moral, mas obedeceu ao impulso de um ultraje já havido e praticado contra a sua honra.

Por estas razões, certo andou o magistrado ao apenar o réu, pois “nem seria edificante admitir-se impulsos criminosos com amparo na justiça, quando ela própria, pelo direito positivo, indica e oferece outras soluções, diversas ao crime, possibilitando ao marido ultrajado libertar-se da mulher indigna”. Legítima Defesa, Marcello Jardim Linhares, pág. 142).

Florianópolis, 12 de dezembro de 1977.

João de Borba, Presidente; Ivo Sell, Relator; May Filho, Nelson Ferraz, Procurador do Estado.

(JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE 18/428, ANO V, 4º TRIMESTRE DE 1977)

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 15.839 - COMARCA DE JOAÇABA

RELATOR: Des. Ivo Sell

“Legítima defesa da honra. Invocação em caso de marido que surpreendendo a esposa com o amante, sentindo-se ultrajado em sua honra, reage, sob calor da cena de adultério, ferindo levemente a ambos. Sentença reformada. Absolvição decretada”

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº 15.389, da comarca de Joaçaba (1a. Vara), em que é apelante Alcides Lampert, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, prover o recurso para absolver o réu.

Sem custas.

Alcides Lampert, condenado pelo MM. Juiz da 1a. Vara da comarca de Joaçaba, à pena de oito (8) meses de detenção, com *sursis*, por violação, duas vezes, ao art. 129 *caput* do Código Penal, inconformado apela, pleiteando a absolvição, sob o fundamento de que agiu sob o pálio da legítima defesa, no instante em que surpreendendo sua esposa em colóquio amoroso com seu amante, feriu a ambos.

Nesta instância, a Douta Procuradoria Geral do Estado opina pela manutenção da sentença de 1º grau.

O apelo, merece, todavia, provimento.

O recorrente, que há tempos desconfiava da fidelidade conjugal de sua esposa, no dia e hora referidos na denúncia, resolveu, de um lugar em que avistava a casa,

observar os passos de sua mulher, e então surpreendeu-a fazendo sinais para alguém que estava fora de casa, para logo em seguida sair, e instantes após encontrar-se com Ogenho, com quem confessou, já tivera diversas relações sexuais, e estando ambos em novo colóquio amoroso, foram surpreendidos pelo marido traído, o ora apelante.

Sob o domínio de violenta emoção, própria de marido traído por sua esposa, o recorrente, de faca em punho, postou-se ante o casal adúltero, e diz a mulher do réu ... “que a informante presume que o réu pensava que Ogenho tinha alguma arma, pois, o mesmo antes de ser ferido no braço, levantou o braço bruscamente; que o local onde ocorreu o fato era escuro...” (fls. 46). Nessas circunstâncias usando de sua faca, desferiu uns pontacos em Ogenho e também um golpe que atingiu sua esposa, de raspão. É razoável admitir-se ter agido sob o pálio da legítima defesa putativa ante uma agressão física que se lhe afigurou iminente, partida de Ogenho, traduzido no seu gesto de levantar bruscamente o braço. E quanto a sua mulher, ele reagiu ex improviso e sob o calor da cena de adultério, ao ultraje de sua honra, representada pela infidelidade despudorada da esposa.

Dado assim, as peculiaridades do caso concreto, e considerando a reação moderada do apelante, deve o mesmo ser absolvido da imputação que lhe foi feita pela Justiça Pública.

Florianópolis, 22 de maio de 1980.

May Filho, Presidente; Ivo Sell, Relator; Ayres Gama, Aloysio de Almeida Gonçalves, Maurílio Moreira Leite, Procurador do Estado.

(JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, 29/460, ANO VIII, 3º TRIMESTRE DE 1980)

LINHARES, Marcello Jardim. LEGÍTIMA DEFESA. 4a. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MARTINS, José Salgado. DIREITO PENAL. 1a. Edição. São Paulo: Saraiva, 1974.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. MANUAL DE DIREITO PENAL. vol. 1. 11a. Edição. São Paulo: Atlas, 1996.

NORONHA, Edgard Magalhães. DIREITO PENAL. vol. 1. 14a. Edição. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. DIREITO PENAL: PARTE GERAL. 1a. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

TOLEDO, Francisco de Assis. PRINCÍPIOS BÁSICOS DE DIREITO PENAL. 4a. Edição. São Paulo: Saraiva, 1991.

ILICITUDE PENAL E CAUSAS DE SUA

EXCLUSÃO. 1a. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

II - LEGISLAÇÃO

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

III - PERIÓDICOS

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE:

3-4/411; 11-12/407-462; 13/335; 18/428; 22/417; 23-24/487-503; 25/476; 26/373;
27/436; 29/460; 30/512-639; 34/538; 38/454-512; 40/426; 46/413; 54/481; 67/372;
70/375; 73/614.