

## Sobre a necessidade do *animus defendendi* na legítima defesa

Christiano Fragoso<sup>i</sup>

- a) Um homem, imaginando tratar-se de um oficial de justiça, alveja um matador profissional que, com a intenção de tirar-lhe a vida, acabara de invadir a sua residência.
  
- b) Uma mulher pensa atirar no marido de retorno da orgia noturna, mas atinge o ladrão armado tentando entrar em sua casa.
  
- c) Um ciclista se aproxima, por trás, de uma senhora idosa, com a intenção de furtar-lhe a bolsa. Encolerizado por motivo fútil, um passante, embora ignorando o intento do ciclista, empurra-o. Este se lesiona na perna, vê danificada sua bicicleta e não consegue realizar seu plano.

À leitura ainda que superficial das hipóteses mencionadas, nota-se claramente que, entre elas, há um dado comum: em todas, o agente atua nas circunstâncias objetivas da legítima defesa (própria ou, no último caso, de terceiro), ignorando, no entanto, encontrar-se nessa condição. Seria possível, nessas hipóteses, o reconhecimento da dita discriminante, com a conseqüente exclusão da antijuridicidade? Ou, ao contrário, faltaria algum requisito subjetivo para a caracterização dessa excludente? Nessa última hipótese, qual seria esse requisito faltante?

À primeira vista, a discussão acerca da (eventual) existência e do conteúdo dos elementos subjetivos das causas de exclusão da antijuridicidade parece ser um tema antiquado e esgotado, sobre o qual, portanto, não valeria a pena se debruçar. No entanto, a verdade é que, muito embora a dogmática jurídico-penal, no limiar deste século XXI, tenha alcançado excelentes níveis de desenvolvimento, incrivelmente ainda não há consenso doutrinário, nem definição legislativa, acerca da solução jurídica mais adequada. Somente para citar lições de alguns renomados penalistas, pode-se verificar que as posições de **Eugênio Raul Zaffaroni**, **Juarez X. E. Tavares**, **Claus Roxin** e **Hans-Heinrich Jescheck** apresentam várias e relevantes diferenças. Em síntese, **Zaffaroni** entende que a discriminante é puramente objetiva (“Derecho Penal – Parte General”, ed. Ediar, 2000, p. 573); para **Juarez Tavares**, basta que o agente tenha tomado como possível a ocorrência da situação justificante (“Teoria do injusto penal”, ed. Del Rey, 2000, p. 255); **Roxin** contenta-se com que o agente tenha conhecimento da situação justificante (“Strafrecht – Allgemeiner Teil I”, 3.<sup>a</sup>

ed., ed. C.H. Beck, 1997, § 14, núm. 94, 539-40); e, por fim, **Jescheck**, exige que o agente se conduza com vontade de defesa (“Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil”, 5.<sup>a</sup> ed., Duncker & Humblot, 1996, p. 328-9).

Não se trata de questão meramente acadêmica, possuindo consideráveis conseqüências práticas. Há outras questões (com soluções ainda igualmente controvertidas) que dependem diretamente da tese adotada: (a) caso seja necessário o elemento subjetivo, seria punido o agente na eventualidade de sua ausência? Em caso positivo, a que título?; (b) como se daria a caracterização da discriminante no crime culposos?; (c) no caso de causas supra-legais de exclusão da antijuridicidade, como seria regulada a questão?

A controvérsia acerca da exigência de elementos subjetivos da justificação repete-se relativamente a todas as causas de exclusão da ilicitude, havendo, inclusive, autores que exigem tais elementos somente com relação a algumas excludentes (neste ponto, **Baumann**, *Strafrecht AT*, 4.<sup>a</sup> ed., 1966, ed. Giesecking; **Gallas**, *Bockelmann-FS* 172; **Herzberg**, *JA* 1986, 190). Para que se possa melhor examinar a questão, este estudo estará restrito à legítima defesa, uma vez que como afirmava **Anibal Bruno**: “*um dos domínios em que mais se discute a influência do subjetivo do agente é o da legítima defesa.*” (*Direito Penal*, vol. I, p. 381, nota 25).

## II

Até meados da década de 1970, predominava entre os autores nacionais o entendimento de que a legítima defesa teria natureza meramente objetiva. Veja-se, por todos, o douto **Magalhães Noronha**: “*A legítima defesa é causa objetiva excludente da antijuridicidade. Situa-se no terreno físico ou material do fato, prescindindo de elementos subjetivos. O que conta é o fim objetivo da ação, e não o fim subjetivo do autor. (...) O que se passa na mente da pessoa não pode ter o dom de alterar o que se acha na realidade do fato externo*” (*Direito Penal*, v. I, 8.<sup>a</sup> ed., 1972, SP, Saraiva, p. 191). Era absolutamente compreensível, uma vez que o CP 1940 descendia diretamente do *Codice Rocco*, da Itália, onde há clara disposição no art. 59 (“*Le circostanze che attenuano (62, 62 bis, 114) o escludono la pena sono valutate a favore dell’agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti*”). Há lição antiga de **Antolisei** (*Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, p. 208) em favor do objetivismo, sempre invocada pelos autores italianos.

Também nos países de língua germânica havia forte corrente doutrina nesse sentido (**von Hippel**, *Deutsches Strafrecht*, II, Berlin, 1930, p. 210; **von Weber**, *Grundriss des deutschen Strafrechts*. 2.<sup>a</sup> ed., Bonn, 1948, p. 91; **Rittler**, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*. 2.<sup>a</sup> ed., Viena, 1954, p. 140; **Wegner**, *Strafrecht*, Goettingen, 1951, p. 121; **von Liszt**, *Tratado de direito penal alemão*, trad. J. Hygino, Rio, 1899). No Brasil, a exceção era justamente **Anibal Bruno**, que, extremamente influenciado por outros autores

alemães (**Edmund Mezger** – que mudara de posição – e **Reinhart Maurach**, principalmente), aderira à subjetivação da discriminante. Ouçamos **Aníbal Bruno**: “Apesar do caráter objetivo da legítima defesa, é necessário que exista, em quem reage, a vontade de defender-se. O ato do agente deve ser gesto de defesa, uma reação contra ato agressivo de outrem, e esse caráter de reação deve existir nos dois momentos da sua atuação, o subjetivo e o objetivo. O gesto de quem defende precisa ser determinado pela consciência e vontade de defender-se. Mas não exclui a legítima defesa o fato de o agente juntar ao fim de defender-se outro fim, como, por exemplo, o de vingar-se, desde que objetivamente não exceda os requisitos da necessidade e da moderação.” (ob. cit., p. 380-381)

Com a introdução e a sólida implantação da teoria finalista da ação no Brasil (o que ocorreu a partir das obras de **João Mestieri** e **Heleno Fragoso**), passou a preponderar, ao contrário, a tese de que, para a configuração da legítima defesa, é necessário o *animus defendendi*, quase sempre com a mesma observação de tal ânimo poderia concorrer com motivos menos nobres (ódio, vontade de vingança, maldade, etc.), sem desnaturação da discriminante.

Veja-se a lição de **Mestieri**, em obra recente: “Os tipos permissivos são de congruência plena, ou seja, demandam a existência dos elementos essenciais subjetivos e objetivos. Essa exigência varia, obviamente, de acordo com a figura de permissão de que se trate. Assim, na legítima defesa, além da situação objetiva de reação há de se exigir, no aspecto subjetivo, o conhecimento dessa realidade e a finalidade de defender-se; o atuar para se defender (reação) integra o tipo subjetivo. Pouco importa, contudo, que essa finalidade, se genuína, venha acompanhada de uma motivação ou de emoções negativas, como o ódio, o sentimento de vingança, etc. Assim, o gerente que licitamente prende em flagrante delito de apropriação um seu subordinado, embora com isso liberando expressiva carga de ódio malcontido, por questões passadas.” No mesmo sentido, **Heitor Costa Jr.**, “Acerca dos elementos subjetivos das causas de justificação”, *Anais do V Congresso Nacional do Ministério Público*, 1977.

Ou seja, os autores imaginavam, àquela época, que, uma vez que o tipo objetivo e subjetivo eram congruentes, também isto deveria ocorrer nas discriminantes (ou tipos permissivos). Hoje **Zaffaroni** (ob. cit., p. 573) não vê relação entre a passagem do dolo para o tipo e a subjetivação da discriminante: havia autores que admitiam o dolo no tipo e repudiavam a necessidade dos elementos subjetivos de justificação (cf. **A. Hegler**, um dos pioneiros no reconhecimento de elementos subjetivos do injusto, in *Subjektive Rechtswidrigkeits-momente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, na *Festgabe für Reinhard von Frank*, em 1930); e vice-versa (cf. **Mezger**).

**Delmanto** manteve uma posição diversa. Embora dissesse que, em teoria, seria necessária a vontade de defesa, sustentava que a lei brasileira não a exigira expressamente, o que impedia o intérprete de fazê-lo: *“Para a doutrina finalista, inspiradora da reforma de 84, a legítima defesa não prescinde da vontade de defender-se. Todavia, ao contrário do que se dá no art. 24, esse requisito subjetivo não vem expresso nas demais discriminantes (vide nota ao art. 23, III, do CP, sob igual título). Assim, parece-nos que o princípio da legalidade impede a rejeição da discriminante, a pretexto da falta de um elemento subjetivo não pedido, expressamente, pela lei. (...) “Embora se possa declarar atípica uma conduta ou mesmo discriminá-la por falta de um requisito subjetivo “implícito” na lei, parece-nos problemático negar a ocorrência de uma causa excludente da ilicitude, a pretexto de que lhe faltaria um requisito subjetivo não expresso na lei, mas reclamado agora por uma doutrina moderna.” (Código Penal Comentado. 5.ª ed., p. 47 e 43)*

Recentemente, **Juarez Tavares** apresentou uma nova concepção, no trabalho em que conquistou a cátedra de Direito Penal da U.E.R.J. (a já citada *Teoria do Injusto Penal*), reformulando a posição anteriormente adotada em *Teorias do Delito*, 1980, p. 69-70. Ele vislumbra o tipo como um conjunto de elementos delimitadores da conduta incriminada, tornando-se irrelevante para configurar determinado ato como típico exigir-se que se efetue sobre esse ato uma projeção de circunstâncias objetivas e subjetivas, de forma a que as objetivas eliminariam o desvalor do resultado e as subjetivas o desvalor do ato. Deve-se excluir do desvalor do ato toda a avaliação da conduta centrada na decisão do agente, mas tomando-a apenas como um processo de imputação. Assim, não há qualquer necessidade apriorística de haver elemento subjetivo na discriminante. Isto deve ser aferido por outra via.

Para **Tavares**, tal discussão somente seria possível, mesmo em tese, nos crimes dolosos (ob. cit., p. 252), nem mesmo na culpa consciente seria possível (pois não há componente volitivo). De outro lado, **Tavares** sustenta, com propriedade, que: *“esses elementos subjetivos de justificação só podem se estender àqueles elementos que, por sua natureza, possa ser objeto de uma apreensão subjetiva correspondentemente aos elementos do dolo e que retratem a situação fática, que é exigida como pressuposto da ação justificada. (...) Assim, por exemplo, na legítima defesa, só importam os elementos que se refiram à agressão, como sua existência, atualidade ou iminência, mas não propriamente o que fundamentam a reação justificada, como a qualidade dos meios empregados e modo de seu emprego.”* (ob. cit., p. 252-253).

Nega **Juarez Tavares** a necessidade de finalidade defensiva, por dois motivos: (a) a correspondência entre os elementos do tipo e elementos das causas de justificação jamais pode ser absoluta; (b) tal exigência não se fixaria nos mesmos parâmetros daqueles estabelecidos para o dolo (problemas com relação, por exemplo, às causas de justificação supra legais).

Quanto à teoria preponderante na doutrina alemã (de que bastaria o conhecimento da situação justificante), **Tavares** também vê problemas: por exemplo, sobre que elementos deve recair o conhecimento.

Assim, **Tavares** entende que a melhor solução seria entender que a conduta estaria justificada pela “*circunstância de que o agente tenha tomado como possível a ocorrência da situação justificante*” (ob. cit., p. 255), que é a posição de **Hans-Ludwig Günther**, citada pelo professor brasileiro. Sustenta, inclusive, que esta é a única solução que permite compatibilizar a teoria do erro de proibição indireto, quando incidente sobre os pressupostos típicos de uma causa de justificação reconhecida. “Exigindo-se apenas que o sujeito tenha tomado como possível a situação justificante, já se está criando uma base para a solução culposa, porque a questão relativa à própria ação justificante não depende de qualquer elemento subjetivo de justificação, mas apenas de uma ponderação objetiva advinda da ordem jurídica” (p. 256).

### III

No plano internacional atual, as opiniões se acham igualmente divididas. Os italianos seguem sustentando, sempre com base no já citado art. 59 do CP italiano, que a legítima defesa é discriminante objetiva (vide, neste ponto, **Mantovani**, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 1988, p. 137; **Fiandaca/Musco**, *Diritto Penale, Parte Generale*, 2.<sup>a</sup> ed., Bologna, 1997, p. 195, **Pagliari**, *Principi di Diritto Penale*, p. 208).

As maiores controvérsias podem ser verificadas na doutrina alemã. Uma pequena parcela sustenta a objetividade da legítima defesa (neste sentido, pronunciam-se **Spendel**, *Leipziger Kommentar*, 11.<sup>a</sup> ed., § 32, núm de margem 138; **Rohrer**, *Juristische Arbeitsblätter* 1986, 363).

Dentre os subjetivistas, há controvérsia quanto ao conteúdo do elemento subjetivo. Alguns exigem que o agente atue com vontade de defesa (neste caso, **Welzel**, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.<sup>a</sup> ed., 1969, **Jescheck/Weigend**, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.<sup>a</sup> ed., 1996, e **Maurach/Zipf**). Veja-se a lição de **Eser/Burkhardt**, *Derecho Penal*, p. 236: “É necessário para a existência deste elemento subjetivo da justificação, que o autor conheça a agressão antijurídica e pretenda repeli-la. Isto significa que a legítima defesa deve estar dirigida à defesa de uma agressão ou, ao menos, estar motivada pela vontade de defesa.” Parece-nos que a redação de discriminante da legítima defesa no CP alemão (§ 32 II, CP alemão) facilita a interpretação da necessidade de vontade defensiva, principalmente pelo uso da expressão “*um... zu*” (“Legítima defesa é a defesa que é necessária para afastar de si ou de outrem uma agressão injusta e atual” – Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, *um* einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden).

A jurisprudência alemã mantém-se firme à opinião de que é necessária a vontade de defesa. Veja-se, nesse sentido, três decisões do *Bundesgerichtshof*, transcritas por **Roxin**, § 14 VIII, núm. de margem 95, pág. 540: **(1)** o agente pode alegar legítima defesa, ainda quando sua conduta é co-determinada por raiva contra o agressor, desde que a concorrente vontade de defesa não desapareça inteiramente (BGHSt 3, 194); **(2)** o agredido deve agir com a vontade de contrapor-se à violação do direito. É irrelevante se ele é impelido ainda por outras intenções (BGHSt 5, 245 (247)); **(3)** a vontade de defesa não está excluída só porque, ao lado da finalidade de contrapor-se à violação do direito, existam motivações de outro tipo (como ódio, raiva, ira ou finalidade de vingança), desde que estas não afastem totalmente a finalidade de repulsa da agressão” (BGHSt *Goltdammers Archiv für Strafrecht* 1980, 67).

Os autores que exigem a vontade de defesa da discriminante fundam-se, principalmente, na circunstância de que o CP alemão, no § 23 III, pune como tentativa (*untauglicher Versuch* – a chamada tentativa inidônea), a situação de inidoneidade do meio ou do objeto da ação, o que, no nosso regime legal, seria *crime impossível*. Assim, pune-se pelo mero desvalor da ação, embora não haja desvalor do resultado. **Jescheck/Weigend** chegam a citar dois exemplos que, para nós brasileiros, parecem aberrantes: haveria tentativa de homicídio se se tentasse matar um cadáver (que é objeto inidôneo), bem como haveria tentativa de aborto se se tentasse abortar com pílulas para dor de cabeça (que é meio inidôneo), desde que o agente não conheça tais inidoneidades (ob. cit., p. 529). A tentativa inidônea é punível, desde que ela não seja totalmente inepta para violar o sentimento de segurança da coletividade, cf. **Jescheck/Weigend**, ob. cit., loc. cit..

No entanto, na doutrina predomina o entendimento de que, exigindo-se um componente subjetivo, não é necessária a *finalidade* defensiva. Basta o conhecimento da existência da situação justificante (*Notwehrlage*) (nesse sentido: **Roxin**, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil I, 3.<sup>a</sup> ed., § 14, núm. de margem 91 e segs, p. 538 e segs; **Bockelmann/Volk**, *Strafrecht*, Allg. teil, 1987, § 15 B I 2; **Hruschka**, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.<sup>a</sup> ed., 1988, 437; **S/S/Lenckner**, *Strafgesetzbuch*, 25.<sup>a</sup> ed., § 32, n. marg. 63). Como ressalta **Roxin**, o desvalor da ação já está excluído pelo conhecimento da situação justificante: “Já a consciência de realizar algo de acordo com o direito afasta o desvalor da ação e, com isso, o ilícito” (ob. cit., § 14 VIII, núm. marg. 94, p. 540). Ademais, também jamais se poderá demonstrar que o agente agiu *absolutamente* sem finalidade defensiva. Sempre se dirá que remanesce alguma intenção de defesa.

Notícia **Samson** que alguns autores exigem que o agente tenha se certificado, com toda a certeza, de que a situação justificante está presente. Se ele apenas levemente confia (*leichtsinnig*) em que estejam presentes, pune-se (mesmo que eles realmente estejam presentes) (**Henkel**, *Mezger-FS*, 274; **Blei**, *AT*, 150). Por exemplo, num caso de estado de

necessidade, um médico que vê apenas superficialmente (embora esta constatação dependesse de exame mais profundo) que uma mulher deve abortar e o realiza, seria punível (ainda que a situação justificante realmente existisse).

**Eugenio Raul Zaffaroni**, em seu recente tratado (o mencionado *Derecho Penal – Parte General*, rechaça totalmente a necessidade de subjetivação das discriminantes, por vários motivos. Alega ele que ninguém é obrigado a conhecer em que circunstâncias atua quando está exercendo um direito, pois o exercício de direitos não depende de que o titular saiba, ou não, o que está fazendo. Ele diz que quem imagina estar cometendo um crime e na verdade exerce um direito, só comete crime em sua imaginação (p. 573). E mais: sustenta que a única possibilidade de se requerer os elementos subjetivos da justificação é fazer recair o desvalor da antijuridicidade sobre o ânimo desobediente à vontade do Estado.

Para **Zaffaroni**, a exigência dos elementos subjetivos está na concepção (por ele refutada) da justificação como uma derrogação de uma proibição, e não como uma confirmação da regra do permitido ou de liberdade geral do cidadão (p. 574). Se se elabora a permissão a partir de uma proibição, que é um estamento complexo, é natural que aquela também o seja. Ele sustenta que o justificado não diferiria, em sua natureza, com o não proibido. **Zaffaroni** vê, ainda, problemas para a determinação do conteúdo do elemento subjetivo, caso se o exigisse. Ele diz que exigir somente o conhecimento da situação justificante não seria muito explicável (embora ele mesmo não explique bem porque não seria muito explicável tal exigência). **Zaffaroni** vê ainda problemas para a solução da questão de casos de participação, em virtude de sua acessoriedade. Também no caso dos delitos culposos seria difícil (quicá impossível) a exigência do subjetivismo nas discriminantes (por isso, alguns penalistas, como **Jakobs** e **Bacigalupo**, a ela renunciam no crime culposos); ou reduzem o ânimo à busca do resultado valioso nos delitos imprudentes de atividade (**Jescheck/Weigend**, *ob. cit.*, p. 589).

#### IV

Outra questão que suscita acirrada controvérsia, principalmente na doutrina estrangeira, relaciona-se com a conseqüências jurídicas eventualmente cabíveis em face do agente que, encontrando-se nas circunstâncias objetivas da legítima defesa, atua em ignorância dessa situação. Para os objetivistas, o fato é, obviamente, justificado, não sendo possível qualquer punição.

Verifica-se a existência de algumas correntes entre os subjetivistas. Entre estes, há alguns autores que, empregando, como diz **Triffterer**, uma analogia *in bonam partem* (imprópria, porém), sustentam punição a título de tentativa (**Rudolphi**, *Maurach-Festschrift*, p. 51; **Stratenwerth**, núm. marg. 484; além de **Jescheck/Weigend**; e **S/S/Lenckner**). Como diz **Kristian**

**Kühl**, objetivamente, o agente atuou de acordo com o direito. O resultado de sua ação corresponde à ordem jurídica (“*Strafrecht – Allg. Teil*”, 1.<sup>a</sup> ed, Vahlen, p. 115). Por isso, a situação seria comparável àquela da tentativa. No mesmo sentido, **Eser/Burkhardt**, *ob. cit.*, p. 237: “O único que permanece é sua vontade antijurídica. Essa oposição contra o mandato jurídico é justamente o que caracteriza a tentativa inidônea (como a situação paralela de subtração de uma coisa crendo-a alheia, quando, em realidade, é própria). Uma opinião que está avançando (com razão) sustenta, devido a que o ilícito se encontra atenuado objetivamente, que somente estamos na presença de uma tentativa.”

Outros autores pugnam punição por delito consumado (**Maurach/Zipf**, 304; **Welzel**, 83f; **Schmidhäuser**, 9/17; **Hirsch**, *LK* núm. marg. 42 antes do § 51 (antiga parte geral alemã), **Dreher/Tröndle**, § 32, 14. Esta solução prepondera na doutrina brasileira. Por último, há quem advogue a atenuação de pena do crime consumado (**Hirsch**, *LK* 61 antes do § 32, com a atenuação de pena do § 49 I, CP alemão).

Em suma, o tema relativo à subjetivação das discriminantes suscita inúmeras controvérsias importantes, que, nos limites deste estudo, somente puderam ser mencionadas ou levemente, e que possuem inegáveis implicações práticas, exigindo maior atenção por parte da doutrina penal e, também, definição no plano legislativo, ainda completamente omissa. Para aprofundamento na matéria, impossível nos limites deste pequeno trabalho, são importantes os trabalhos monográficos de **María A. Trapero Barreales**, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, ed. Comares, Granada, 2000 (excelente e substancial monografia); **Angel Sanz Morab**, *Los elementos subjetivos de justificación*, Bosch, Barcelona, 1993; e **José Manuel Valle Muñiz**, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, PPU, Barcelona, 1994.

---

<sup>i</sup> O autor é advogado criminal no Rio de Janeiro, professor de Direito Processual Penal e mestrando em Criminologia e Direito Penal na Universidade Cândido Mendes.