

# A LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA E SUA (IN)ACEITAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI

Rodrigo Monteiro da Silva  
Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo  
E-mail: rsilva@mpes.mp.br

## SÍNTESE DOGMÁTICA

O Brasil enfrenta uma inegável epidemia de crimes contra a vida. Em 2017, segundo o Atlas da Violência divulgado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), foram registradas no País mais de sessenta mil mortes decorrentes de homicídios. Quem milita na área criminal possui a clara convicção que a maioria desses crimes violentos guarda relação com o tráfico de drogas e a incessante guerra entre gangues rivais pelo comando do lucrativo comércio ilegal de substâncias entorpecentes. O presente trabalho se propõe a analisar se situações pretéritas aptas a gerar inimizades ou disputas são capazes de justificar o reconhecimento pelo Conselho de Sentença do Tribunal Popular do Júri da tese de legítima defesa antecipada, mesmo quando a vítima não pratica nenhum tipo de agressão ou sequer indica que irá praticá-la. Em suma, busca-se construir um paralelo entre os requisitos legais autorizadores da legítima defesa, previstos no artigo 25 do Código Penal Brasileiro, de modo a atestar a impossibilidade de acatamento da tese de legítima defesa antecipada, mesmo diante do “Projeto de Lei Anticrime” apresentado pelo Governo Federal em fevereiro de 2019.

## SUMÁRIO

Introdução; 1 As excludentes de ilicitude no Direito Penal brasileiro; 2 A legítima defesa como causa legal de excludente da ilicitude; 2.1 Requisitos legais para o reconhecimento da legítima defesa; 2.2 Modalidades de legítima defesa; 2.3 O projeto de lei anticrime apresentado pelo Ministério da Justiça; 3 A tese de legítima defesa antecipada no Tribunal do Júri; Conclusão; Proposta de Enunciado; Referências.

## INTRODUÇÃO

No ano de 2017, conforme dados colhidos junto ao Atlas da Violência divulgado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), o Brasil anotou mais de sessenta mil mortes decorrentes de homicídios<sup>1</sup>. Chama a atenção que desse quantitativo alarmante, segundo dados do Conselho Nacional do Ministério Público, somente a média de 5% a 8% são elucidados<sup>2</sup>. Esses dados nos revelam que a cada ano mais de cinquenta mil homicídios se prestam somente para fins de estatísticas da impunidade.

A prática de anos em plenários de Tribunais do Júri foi capaz de nos mostrar que a cada dia novas teses defensivas apartadas da realidade e da legalidade são apresentadas com o propósito único de afastar a responsabilidade de autores de crimes de homicídio, sem qualquer preocupação com a repercussão social desses julgamentos. Dentre essas tentativas destaca-se a tese da “legítima defesa antecipada”.

O presente estudo tem a finalidade de analisar se a tese da legítima defesa antecipada encontra suporte fático na legislação e na jurisprudência pátrias. Para tanto se pretende ponderar se referida tese defensiva apresenta-se em sintonia com os requisitos legais essenciais ao reconhecimento da legítima defesa como causa de excludente da ilicitude.

## 1 AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

De forma geral o Direito Penal é composto por um conjunto de regras que ditam condutas classificadas como incriminadoras, definindo assim quais ações ou omissões deverão ser consideradas como crime. De outra sorte, o Direito Penal igualmente apresenta condutas teoricamente típicas que em condições específicas podem ser vislumbradas como normas permissivas que afastam o caráter ilícito da ação ou omissão.

<sup>1</sup> Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=30253](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30253)>. Acesso em 08 mai. 2019.

<sup>2</sup> Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_ensap\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_ensap_FINAL.pdf)>. Acesso em 11 mai. 2019.

Relevante destacar que nem toda ação (ou omissão) humana causadora de resultado material e formalmente ofensivo à lei penal deverá ser caracterizada como ilícita. Em situações específicas a conduta formalmente típica poderá, segundo o caso concreto, ser justificada de modo a afastar sua ilicitude.

As excludentes de ilicitude ou causas legais de justificação podem ser gerais quando vinculadas a todas as espécies incriminadoras, a exemplo da regra trazida pelo artigo 23 do Código Penal brasileiro, ou específicas quando destinadas a crimes determinados, a exemplo das regras contidas no artigo 128, do Código Penal brasileiro (hipótese de exclusão do crime de aborto), do artigo 142, do Código Penal brasileiro (possibilidade de justificação nos crimes contra a honra) e artigo 37, da Lei n.º 9.605/98 (exclusão da antijuridicidade em crimes contra a fauna).

A partir da análise da essência das excludentes de ilicitude é possível concluir que situações excepcionais podem servir de justificativa e afastar a ilicitude de condutas que normalmente seriam consideradas como ofensivas à norma penal incriminadora.

## 2 A LEGÍTIMA DEFESA COMO CAUSA LEGAL DE EXCLUDENTE DA ILICITUDE

A legítima defesa representa uma causa de exclusão da ilicitude que possibilita ao autor repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, utilizando moderadamente dos meios necessários, conforme dicção do artigo 25, do Código Penal Brasileiro.

Como a proteção ofertada pelo Estado não é capaz de alcançar em tempo integral a todas as violações da ordem jurídica restou autorizado pela legislação penal que em situações excepcionais, devidamente justificadas, o ofendido tenha a possibilidade de defender direito seu ou de terceiro.

Os requisitos para que a ação do ofendido receba enquadramento legal e reste amoldada como “legítima defesa” estão previstos no próprio artigo 25, do Código Penal brasileiro.

### 2.1 Requisitos legais para o reconhecimento da legítima defesa

Para que seja reconhecida a excludente de ilicitude se faz necessária a presença dos requisitos trazidos pelo próprio artigo 25, do Código Penal Brasileiro, quais sejam: a) uso moderado dos meios; b) injusta agressão; c) atual ou iminente; d) defesa de direito próprio ou de terceiro.

De certo que a lei não traz a obrigação de que todos devam fugir diante de uma situação de perigo (*commodus discessus*). Contudo, para que o ofendido possa lançar mão da excludente da legítima defesa faz-se necessária a observância de todos os requisitos elencados pela norma penal.

La Medica, ao abordar o requisito objetivo do perigo atual ou iminente esclarece que “a atualidade do perigo consiste numa ameaça que esteja em via de realizar-se no momento da reação (perigo de uma ofensa maior)”<sup>3</sup>.

Somente com a presença de **todos** os requisitos previstos na lei será possível o reconhecimento da excludente de ilicitude da legítima defesa. Trata-se, pois, de um imperativo legal e nesse vetor Jesus esclarece que a ausência de apenas um dos requisitos exclui a legítima defesa<sup>4</sup>.

Por *uso moderado dos meios* se entende que caberá ao ofendido lançar mão dos mecanismos razoáveis de defesa estritamente necessários para repelir a agressão sofrida. A aferição do que seja “*mecanismos razoáveis*” deverá ser sopesada de acordo com a situação concreta, restando prematuro traçar uma moldura que se adapte a todas as situações fáticas.

Essa análise contextual do conceito de “*meios necessários*” é reiteradamente enfrentada pelos Tribunais Superiores, como se vê:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. LEGÍTIMA DEFESA. DESCONSTITUIÇÃO. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 7 DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Mantida a sentença de absolvição sumária pelo Tribunal a quo, ao fundamento de que a ré, utilizando-se dos meios necessários para repelir injusta agressão iminente. Um chute na costela, com uma pequena faca de cozinha, de ponta arredondada, desferiu um único golpe com o intuito de ferir o braço esquerdo do ofendido, mas, por imperícia, acabou atacando o pescoço e causando o seu óbito, agiu em legítima defesa. 2. A

<sup>3</sup> LA MEDICA, Vincenzo. **O Direito de Defesa**. Campinas: ME Editora e Distribuidora. 2003, p. 121-122.

<sup>4</sup> JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 116.

divergência existente entre a dinâmica dos fatos narrados pelo acórdão e pelo recorrente demanda o revolvimento do contexto probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula nº 7/STJ 3. Agravo regimental improvido. (STJ; AgRg-AREsp 959.056; Proc. 2016/0198988-3; ES; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; DJE 16/03/2017) (grifei).

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA. ANÁLISE DAS PROVAS. REJEITADA. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. LESÕES CORPORAIS. ART. 129, §9º DO CPB COM INCIDÊNCIA DA LEI FEDERAL Nº 11.340/2006. LEGÍTIMA DEFESA. AUSÊNCIA DE PROVAS. ATITUDE IMODERADA E DESPROPORCIONAL. CUSTAS PROCESSUAIS. JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. O douto juiz, em observância ao princípio do livre convencimento motivado, previsto no art. 155, do CPP, sopesou as provas produzidas, apresentando suas justificativas para não considerar as alegações da defesa suficientes para eximir o réu da condenação. Preliminar rejeitada. 2. Inviável o acolhimento da tese de legítima defesa (art. 25 do CP). A uma porque os elementos probatórios constantes nos autos demonstram que o réu agiu de forma desproporcional e imoderada em meio a uma mera discussão familiar. Insta salientar, nesse sentido que a legítima defesa real, prevista no art. 25 do CP, possui como pressupostos objetivos não apenas a existência de agressão injusta, mas moderação no uso dos meios necessários para afastá-la. (RESP nº 1119886 / RJ, Relª. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJE 28.2.2012). A duas porque, apesar da tese invocada, o réu não apresentou nenhuma prova que caracterizasse a excludente. Em verdade, as alegações do apelo estão totalmente divorciadas do conjunto probatório constante aos autos. [...]. (TJES; Apl 0004759-39.2015.8.08.0048; Primeira Câmara Criminal; Relª Subst. Desª Cláudia Vieira de Oliveira Araújo; Julg. 21/11/2018; DJES 30/11/2018) (grifei).

A *injusta agressão*, segundo Capez, é aquela contrária ao ordenamento jurídico<sup>5</sup>. Se a agressão sofrida pelo ofendido é autorizada pelo direito, a exemplo de uma intervenção policial legal, não cabe contra ela a invocação de legítima defesa.

Para Busato aquele que dá causa à agressão de terceiro não pode invocar para si a legítima defesa, uma vez que pratica uma conduta dolosa injustificada. De forma sintética referido autor define a legítima defesa como “*o direito de autopreservação contra ataques injustos*”<sup>6</sup>.

A *agressão atual* é a que está sendo perpetrada no momento da conduta equiparada à legítima defesa. Já a *agressão iminente* é aquela que está prestes a ocorrer. Adverte Capez que nesses casos a repulsa poderá ser admitida desde logo, eis que ninguém está obrigado a aguardar até que seja golpeado para dar início ao ataque defensivo (*nemo expectare tenetur donec percutietur*)<sup>7</sup>.

Além dos requisitos objetivos previstos em lei (agressão injusta, atual ou iminente, direito próprio ou alheio e meios necessários usados moderadamente) para o reconhecimento da legítima defesa exige-se o elemento subjetivo caracterizado pela vontade de se defender diante de um mal injusto (*animus defendendi*). Bitencourt assevera que “*a legítima defesa deve ser objetivamente necessária e subjetivamente orientada pela vontade de defender-se*”<sup>8</sup>.

## 2.2 Modalidades de legítima defesa

A excludente da legítima defesa poderá ser invocada para a proteção de direito próprio ou alheio. Segundo Busato o autor pode atuar em defesa legítima de bem jurídico alheio, hipótese que se denomina legítima defesa de terceiro, em contraposição à legítima defesa própria, quando o bem jurídico atacado pela agressão injusta pertence ao próprio sujeito que atua em legítima defesa<sup>9</sup>.

Legítima defesa putativa decorre de uma errônea suposição da existência da legítima defesa motivada por erro de tipo ou de proibição (artigos 20, § 1º e 21 do Código Penal brasileiro). Em verdade o ofendido acredita em uma falsa existência de situação que justifique sua conduta, mas tal situação não existe no mundo real.

<sup>5</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1, parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 301.

<sup>6</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2017, p. 464/466.

<sup>7</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1, parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 304.

<sup>8</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 23 ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 438.

<sup>9</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2017, p. 468.

O fundamento que confere validade à legítima defesa putativa se encontra na falsa percepção da realidade, decorrente de erro de tipo ou erro de proibição, que autoriza ao “ofendido”, em situações razoavelmente justificadas, a afastar uma agressão inexistente<sup>10</sup>.

A legítima defesa putativa terá lugar em situações de comprovado e justificável erro de percepção do agente que atua lastreado na certeza de uma situação que somente existe em seu imaginário. Nesse sentido é o entendimento de nossos Tribunais:

APELAÇÃO CRIMINAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO. INTERPOSIÇÃO DEFENSIVA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. COMPROVAÇÃO. ACUSADO QUE AGIU PENSANDO ESTAR NA IMINÊNCIA DE SOFRER INJUSTA AGRESSÃO. REQUISITOS DO ART. 25 DO CP. RECURSO PROVIDO. I. Acolhe-se o pleito absolutório formulado pela defesa, com o reconhecimento da excludente de ilicitude da legítima defesa putativa, quando as provas existentes nos autos demonstram que o apelante, ao efetuar um único disparo com a arma de fogo que possuía, agiu pensando estar na iminência de sofrer injusta agressão. Presença dos requisitos do art. 25 do CP. II. Apelação criminal provida, em parte com o parecer. (TJMS; ACr 0000476-47.2014.8.12.0031; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 12/11/2018; Pág. 63) (grifei).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO CONEXO COM CRIME DE POSSE DE ARMA DE FOGO. PRELIMINAR SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES PELO PARQUET. INTEMPESTIVIDADE. REJEIÇÃO. MÉRITO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. INVIABILIDADE. TESE NÃO COMPROVADA DE PLANO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. [...]. 4) A legítima defesa putativa caracteriza-se quando o agente por erro justificável repele agressão inexistente, mas que lhe parecia injusta e atual. Trata-se, portanto, de hipótese de erro quanto à existência da agressão. [...]. (TJMG; RSE 1.0325.14.003057-9/001; Relª Desª Kárin Emmerich; Julg. 15/10/2018; DJEMG 24/10/2018) (grifei).

Assim, não se pode (e nem se deve) confundir os institutos da *legítima defesa putativa* com a chamada *legítima defesa antecipada*. Aquela ocorre, conforme acentua Bitencourt, “quando alguém se julga, erroneamente, diante de uma agressão injusta, atual ou iminente, encontrando-se, portanto, legalmente autorizado a repeli-la<sup>11</sup>”, ao passo que na versão “antecipada” da legítima defesa não existe o erro de percepção do agente, mas sim um propósito claro de se antecipar a uma agressão inexistente – seja no mundo real ou mesmo no mundo imaginário – e, dessa forma, causar a morte de um inocente.

### 2.3 O projeto de lei anticrime apresentado pelo Ministério da Justiça

Em 04 de fevereiro de 2019 o Ministro da Justiça Sérgio Moro reuniu-se com governadores e secretários de segurança pública de todo o país para apresentar e debater o “Projeto de Lei Anticrime” voltado a promover diversas alterações legislativas com o propósito de combater o crime organizado e a corrupção<sup>12</sup>.

Dentre essas propostas destaca-se o intento de promover mudanças no instituto da legítima defesa, com a alteração dos artigos 23 e 25 do Código Penal, nos seguintes termos:

"Art.23 (...):

§ 1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

§ 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção."

"Art.25 (...):

Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa:

I - o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e

II - o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes."

<sup>10</sup> INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. **Da exclusão de ilicitude**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2001, 68.

<sup>11</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 23 ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 436.

<sup>12</sup> Disponível em <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549193850.56/view>>. Acesso em 04 mai. 2019.

Em que pese as alterações apresentadas entendemos que a essência do instituto não sofreu qualquer alteração, eis que a exigência dos requisitos da legítima defesa (uso moderado dos meios necessários, injusta agressão – atual ou iminente) permanecem inalterados.

Em relação ao excesso, culposo ou doloso, a nova proposta legislativa não traz inovação prática que mereça relevo, uma vez que eventual excesso decorrente de “perturbação, medo ou susto” afasta a culpabilidade, por inexigibilidade conduta diversa. Na realidade, referida proposta do Ministério da Justiça tem o condão de normatizar um entendimento já sedimentado na doutrina e na jurisprudência.

Diversamente do que vem sendo equivocadamente propagado pela mídia a nova redação do artigo 25, do Código Penal não confere aos agentes de segurança pública uma “autorização para matar”. Em verdade a proposta limita-se a resguardar de forma expressa no sistema legal situações que já são albergadas pela legítima defesa, uma vez que a atuação do agente policial que “*em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem*” ou que “*previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes*”, sempre esteve resguardada pelo manto da legítima defesa ante à inequívoca presença de “injusta agressão atual ou iminente”.

Nesse contexto o Projeto de lei anticrime apresentado pelo Ministério da Justiça não se propõe a inaugurar uma “licença para matar”. Busca-se, tão somente, a normatização daquilo que doutrina e jurisprudência já entendem há tempos como legítima defesa.

### 3 A TESE DE LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Questão nevrálgica da legítima defesa, que guarda vinculação às condições de existência do próprio instituto, está ligada à relação temporal entre o contra-ataque para com a injusta agressão, conforme já apresentado no tópico 2.1.

Não se pode falar em legítima defesa, sobretudo quando se está em risco o direito mais sagrado do ser humano, o direito à vida, sem deixar de respeitar a vontade do legislador e buscar na ação defensiva a moldura legal presente no artigo 25, do Código Penal brasileiro. Nesse contexto, somente a injusta agressão, “*atual ou iminente*”, poderá ser albergada pela excludente de ilicitude da legítima defesa.

Defender que crimes sejam praticados contra vítimas que sequer deram início a qualquer ato ofensivo<sup>13</sup>, sob o argumento de “legítima defesa antecipada” representa uma intransponível ofensa ao direito fundamental à vida previsto no festejado artigo 5º, da Constituição Federal<sup>14</sup>.

O instituto da legítima defesa consagrado pelo Direito como um instrumento ofertado em favor daqueles ofendidos por uma injusta agressão, atual ou iminente, que permite uma resposta diante de uma ilicitude, não pode ser enxergado como um verdadeiro cheque em branco para o cometimento de crimes. Sustentar a existência de legítima defesa antecipada em favor daquele que dá cabo a uma vida humana que sequer iniciou um único ato preparatório apto a justificar referida excludente de ilicitude corresponde a uma contradição com a real vontade do legislador.

No Tribunal Popular do Júri as excludentes de ilicitude, a exemplo da legítima defesa, não têm o condão de conferir a nenhum ser humano o direito de sacrificar a existência daquele que não trouxe nenhum risco à vida alheia. É preciso conferir máxima amplitude ao direito à vida. Nesse sentido, ao traçar os contornos do princípio da plenitude da vida diante do Tribunal do Júri, Loureiro adverte:

Por força de seu valor supremo, o direito à vida exige especial proteção do Poder Público e da coletividade, sendo, pois, responsabilidade de todos. Desse modo, qualquer desvalor à vida humana deve ser contestado, arrostado e censurado *in limine*, evitando-se a todo custo sua desproteção. [...] Logo, como instrumento protetivo, incumbe-lhe afirmar, em seus veredictos, a inviolabilidade desse superdireito, punindo exemplarmente quem ousou atacar a existência de semelhante, ou seja, deve defender com denodo e de forma intransigente o direito à vida<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Com crescente frequência temos percebido em plenários de Tribunais do Júri a utilização de teses defensivas que abordam a “legítima defesa antecipada” em situações nas quais a vítima sequer deu indícios de que estaria se preparando para o cometimento de eventual injusta agressão. Não há a indicação de início de atos de execução ou de atos preparatórios. Sob esse falso argumento homicídios estão sendo cometidos contra desafetos que se encontram, inclusive, em momentos de lazer e distantes de armas de fogo ou outros instrumentos aptos ao cometimento de crimes.

<sup>14</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

<sup>15</sup> LOUREIRO, Caio Márcio. **O princípio da plenitude da vida no Tribunal do Júri**. Cuiabá: Carlini & Caniato Editorial. 2017, *passim*.

Em respeito à vida, o mais relevante valor humano, discordamos frontalmente das considerações apresentadas por Santana Júnior e Gadelha Júnior, para os quais a legítima defesa antecipada (prévia, preventiva ou preordenada) é o caminho único para o cidadão de bem garantir sua vida diante de uma injusta ameaça<sup>16</sup>.

Referidos autores sustentam que situações de agressões futuras (e certas) decorrentes de ameaças prévias legitimariam que o suposto ameaçado, acuado por não contar com a proteção estatal, estaria autorizado a se antecipar e ceifar a vida de seu oponente, mesmo que esse sequer tenha iniciado qualquer ato preparatório. Nesse contexto relega-se um requisito objetivo estampado no artigo 25 do Código Penal Brasileiro: a agressão atual ou iminente.

Convém registrar, em contraponto às ideias acima apresentadas, que sequer uma ameaça isolada possui o condão de fundamentar a legítima defesa. Nesse sentido, com precisão La Medica adverte que “*uma simples ameaça, desacompanhada de atos ou circunstâncias que criem no ameaçado o receio da execução eminente, ou iminente, ou a ameaça de uma lesão futura, não podem justificar a legítima defesa*”<sup>17</sup>.

Douglas, em artigo publicado no ano de 1995, igualmente defende o uso da legítima defesa antecipada baseando-se em futurologia, uma vez que condiciona o reconhecimento do instituto a uma agressão futura e certa, o que se contradiz com a dicção do citado artigo 25, do Código Penal Brasileiro. Para o autor:

Como requisito para a acatãção da tese, e conseqüente absolvição, teremos sempre a demonstração do conjunto de circunstâncias que justifiquem a conduta do réu, por exemplo, quanto à certeza da agressão (futura e certa). Sempre terá que haver suficiente e robusta prova de que o agente seria atacado, que tinha motivos bastantes para proceder em legítima e antecipada defesa (grifo nosso)<sup>18</sup>.

Coura, com supedâneo exclusivo nas afirmações de Santana Júnior, Gadelha Júnior e Douglas, defende que a legítima defesa antecipada merece ser recebida pelo ordenamento jurídico-penal como cláusula supralegal de exclusão da ilicitude; e para tanto assinala que além dos requisitos gerais exigidos pelo artigo 25, do Código Penal Brasileiro deverão estar presentes condicionantes específicas para que se vislumbre a ocorrência da legítima defesa antecipada, a saber: a) certeza da agressão (futura e certa); b) ausência de proteção estatal; c) impossibilidade de fugir da agressão; d) impossibilidade de suportar certos riscos; e) proceder previamente em casos extremos; e) proporcionalidade na utilização dos meios necessários à reação<sup>19</sup>.

Discordamos frontalmente dessas tentativas de justificação de crimes contra a vida baseadas em futurologias. A agressão apta a justificar a legítima defesa deverá ser “atual ou iminente”, não havendo sentido ou razoabilidade em se cogitar o reconhecimento de referida exclusão de ilicitude com base em agressões incertas.

O requisito da “ausência de proteção estatal”, segundo Coura (novamente citando Santana Júnior e Gadelha Júnior), autoriza que o cidadão defenda a própria integridade física sempre que o aparato policial não se fizer presente. Com a devida vênia, cremos que tal argumento somente tem o condão de fomentar a barbárie a partir dos fundamentos da Lei de Talião<sup>20</sup>, que prega o “olho por olho, dente por dente”. Impossível ao Estado, por meio da força policial, se fazer presente em todos os locais. Acatar o posicionamento de referidos autores é o mesmo que permitir o “olho por olho, dente por dente” de forma irresponsável e indiscriminada.

A jurisprudência acertadamente rechaça a possibilidade de reconhecimento da tese de legítima defesa antecipada, como se vê:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONDUTA TIPIFICADA NO ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/2003. PRETENZA ABSOLVIÇÃO. ESTADO DE NECESSIDADE, LEGÍTIMA DEFESA, ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO. EXCLUDENTES NÃO CONFIGURADAS.

<sup>16</sup> SANTANA JÚNIOR, Francisco das Chagas; GADELHA JÚNIOR, Francisco das Chagas. Legítima Defesa Antecipada. In: **Revista Direito e Liberdade**. Mossoró, v. 3, n. 2, set. 2006, p. 358. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/59995>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

<sup>17</sup> LA MEDICA, Vincenzo. **O Direito de Defesa**. Campinas: ME Editora e Distribuidora. 2003, p. 124.

<sup>18</sup> DOUGLAS, William. Legítima Defesa Antecipada. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. n. 715. p. 428-430, maio, 1995.

<sup>19</sup> COURA, Carlos Boaventura Dias. A legítima defesa antecipada como causa supralegal de exclusão da ilicitude. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17448](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17448)>. Acesso em 10 mai. 2019.

<sup>20</sup> A Lei de Talião, do latim *lex talionis* (*lex*: lei e *talio*, de *talis*: tal, idêntico), também dita **pena de talião**, consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena — apropriadamente chamada *retaliação*. Esta lei é frequentemente expressa pela máxima *olho por olho, dente por dente*. Disponível em <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei\\_de\\_talio%C3%A3o](https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_talio%C3%A3o)>. Acesso em 10 mai. 2019.

DECLASSIFICAÇÃO DO CRIME IMPUTADO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO DE SÉRIE SUPRIMIDA. INVIABILIDADE. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. Incabível a absolvição quando o contexto probatório comprova que o réu portava, em via pública, munições e arma de fogo de uso permitido, esta com numeração suprimida, não sendo admissível a tese de legítima defesa antecipada, figura inexistente no ordenamento jurídico pátrio, ainda mais quando sequer há demonstração de que o agente sofria algum tipo de ameaça. [...]. A virtual situação de perigo, sem a demonstração de uma situação concreta e emergencial, não autoriza o indivíduo a se armar, sob pena de tornar sem efeito o Estatuto do Desarmamento. [...]. (TJMG; APCR 1.0024.15.050844-8/001; Rel. Des. Edison Feital Leite; Julg. 11/09/2018; DJEMG 19/09/2018).

APELAÇÃO. ARTIGO 129, § 2º, INC. IV, DO C. P. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVÍSSIMA. [...]. Nesse diapasão, imperioso é convir que, não se mostra minimamente crível a versão defensiva que alude a uma pretensa legítima defesa antecipada, a qual sequer possui previsão legal em nosso ordenamento jurídico pátrio, diga-se de passagem, sendo incabível considerar-se como apta a ensejar a legítima defesa uma injusta agressão futura e incerta, ante a possibilidade de se buscar o socorro das autoridades públicas, bem como de pessoas que se encontravam no local. Em nenhum momento, a defesa logrou êxito em provar a alegada excludente de antijuridicidade, mormente quando as testemunhas presenciais relataram a ausência de que o lesado estaria portando arma de fogo, frisando que tais depoimentos guardaram pertinência com a dinâmica dos fatos, a qual apontou para desproporcionalidade da agressão praticada pelo acusado, resultando em deformidade permanente no dedo (quinto quirodáctilo esquerdo) da mão da vítima. [...]. (TJRJ; APL 0023781-28.2014.8.19.0011; Cabo Frio; Oitava Câmara Criminal; Relª Desª Elizabete Alves de Aguiar; DORJ 14/09/2018; Pág. 183).

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n.º 477.649, de relatoria do Ministro Felix Fischer, de forma clara afirmou a inexistência da legítima defesa antecipada em nosso ordenamento jurídico, como se vê:

(...) Nesse diapasão, imperioso é convir que, não se mostra minimamente crível a versão defensiva que alude a uma pretensa legítima defesa antecipada, a qual sequer possui previsão legal em nosso ordenamento jurídico pátrio, diga-se de passagem, sendo incabível considerar-se como apta a ensejar a legítima defesa uma injusta agressão futura e incerta, ante a possibilidade de se buscar o socorro das autoridades públicas, bem como de pessoas que se encontravam no local. (...)²¹.

Segundo o dicionário a expressão “imminente” significa “*algo que está prestes a acontecer, que está em via de efetivação imediata*”²². Isso nos revela que somente a agressão que aconteceu ou aquela que está em vias de acontecer poderá ser repelida pelo ato de legítima defesa. Representa um contrassenso permitir o uso da legítima defesa nas situações em que não existe agressão atual ou iminente.

Situação diversa pode ser observada quando membros de força policial se deparam com alguém portando de forma ostensiva em vias públicas de imenso tráfego de pessoas inocentes uma arma de fogo de uso exclusivo das Forças Armadas, trazida para o Brasil com o propósito único de ser usada na guerra urbana que assusta todo o País. Nesses casos particulares em que criminosos circulam ostensivamente com fuzis e outras armas de imenso e destrutivo poder de fogo, estarão as autoridades policiais autorizadas a utilizar a força para defender a sociedade. Entendemos, assim, que a conduta de portar um fuzil já configura ato preparatório à prática criminosa e autoriza o uso da legítima defesa para conter essa violência (agressão injusta) iminente.

Destaca-se, também, que a regra a ser observada para os crimes de homicídio está prevista no artigo 121, do Código Penal Brasileira. A legítima defesa é uma exceção e como tal deve ser tratada. Acerca dessa análise excepcional do instituto aderimos às coerentes ponderações trazidas por Novais:

Para tanto, por ser exceção, essa causa de exclusão de crime só tem cabimento na hipótese de estarem rigorosamente presentes seus requisitos. Na dúvida da ocorrência de qualquer um deles, aplica-se o *in dubio pro vita*. É vedado, por conseguinte, o alargamento interpretativo sobre eles. Do contrário, estar-se-á desprotegendo, ou protegendo de forma deficiente, o direito à vida²³.

²¹ STJ; HC 477.649-RJ (2018/0293861-7); Rel. Min. Felix Fischer; Publicado em 10/12/2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=90608823&num\\_registro=201802938617&data=20181210&tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=90608823&num_registro=201802938617&data=20181210&tipo=0)>. Acesso em 15 ma. 2019.

²² Disponível em: <<https://www.significados.com.br/imminente/>>. Acesso em 06 mai. 2019.

²³ NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. **A defesa da vida no Tribunal do Júri**. 2 ed. Cuiabá: Carlini & Caniato Editorial. 2018, p. 68.

No enfrentamento diário de julgamentos de Tribunais do Júri encontramos as mais criativas e ousadas teses defensivas apresentadas com o propósito de livrar o réu de sua responsabilidade penal. A existência de prévia inimizade entre as partes tem sido motivação rotineira para que seja sustentada em plenário a tese da legítima defesa antecipada, ainda que ausentes os requisitos legais.

Acerca dessa inimizade entre agressor e ofendido Nucci adverte com precisão que somente será admitida a utilização da tese da legítima defesa “*se um deles iniciar agressão injusta*”<sup>24</sup>. Percebe-se, pois, que antes do início da agressão (ou mesmo da percepção de atos preparatórios) é impossível o reconhecimento da legítima defesa, ainda que de forma antecipada. De igual sorte, Linhares afirma que a inimizade pretérita entre as partes somente autoriza o manejo da legítima defesa “*para afastar o perigo ante o ataque a ameaça*”<sup>25</sup>.

O acatamento da tese de legítima defesa antecipada em situações de crimes cometidos contra desafetos representa um convite e um estímulo à impunidade e à produção de mais violência em uma sociedade dominada pelo crime.

O presente estudo não se presta a defender que o cidadão entregue sua vida de forma gratuita a seu inimigo. Em um exemplo tipicamente “damasiano”<sup>26</sup> em que dois desafetos declarados, que já proferiram ameaças mútuas, se encontram em uma noite chuvosa em uma rua escura e sem saída, não há que se esperar o prévio ataque ou mesmo o início de atos preparatórios para se realizar, de forma moderada, a defesa da própria vida. Situações extremadas dessa natureza, conforme anotado por Greco, não se confundem com a excludente da ilicitude da legítima defesa, ante a inexistência de agressão atual ou iminente, mas sim estaria presente nesse exemplo hipotético a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa<sup>27</sup>.

Diversamente do “exemplo hipotético” acima citado, em que claramente se encontra presente situação de excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, o que temos presenciado em plenários de Tribunais do Júri é a crescente utilização da “legítima defesa antecipada” em situações diametralmente opostas a apresentada. Referida teoria tem-se prestado a tentar justificar uma conduta típica, culpável e antijurídica, com o propósito único de fomentar a violência gratuita e contribuir com o crescente ciclo de banalização da vida humana.

Destacamos, ainda, que não é possível afirmar com precisão qual é a relação entre o número de homicídios e o tráfico de drogas. Mesmo diante da ausência de dados estatísticos específicos constatou-se, entre janeiro de 2017 a dezembro de 2018, a partir de uma análise objetiva entre todas as denúncias de homicídios ofertadas no município capixaba de Serra, um dos mais violentos do Brasil<sup>28</sup>, que os homicídios estão vinculados ao tráfico de drogas.

Segundo levantamento realizado a partir de informações do sistema de informação do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, no período mencionado foram ofertadas 465 denúncias referentes a crimes de homicídio, das quais 240 guardam “relação direta”<sup>29</sup> com o tráfico de drogas.

Essa singela análise nos revela que ao menos 51,61 % dos crimes de homicídio levados ao conhecimento do Poder Judiciário no Município de Serra (ES) foram motivados por questões vinculadas ao tráfico de drogas, ou seja, foram cometidos por pessoas que anteriormente aos fatos já mantinham alguma relação de rivalidade ou disputa pelo controle do comércio ilegal de substâncias entorpecentes.

Concretamente podemos afirmar que a aceitação da tese da legítima defesa antecipada representaria nesses 240 homicídios já citados uma verdadeira autorização para matar, um “cheque em branco” para o cometimento de crimes violentos, uma vez que todos, sem exceção, teoricamente, enquadram-se nas razões abstratas daqueles que defendem a utilização indiscriminada e irresponsável do instituto da legítima defesa.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa não se presta a defender que o cidadão aguarde o início da agressão injusta para então ter o direito de se defender. Nem de longe esse é o propósito. De outra sorte, pretende-se esclarecer que a excludente

---

<sup>24</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 215/216.

<sup>25</sup> LINHARES, Marcelo J. **Legítima defesa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 323/324.

<sup>26</sup> Utiliza-se propositalmente a expressão “exemplo damasiano” para fazer referência aos exemplos inusitados costumeiramente trazidos por Damásio Evangelista de Jesus em sua aclamada obra “Código Penal Anotado”, publicada pela Ed. Saraiva.

<sup>27</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 392.

<sup>28</sup> Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=30253](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30253)>. Acesso em 08 mai. 2019.

<sup>29</sup> A pesquisa analisou todas as denúncias ofertadas entre janeiro de 2017 a dezembro de 2018 e separou aquelas que apresentavam motivação torpe vinculada ao tráfico de drogas, chegando ao quantitativo de 51,61 % (de 465 denúncias ofertadas, 240 tinham motivação torpe decorrente do tráfico de drogas). A pesquisa não considerou as denúncias qualificadas por motivo torpe decorrentes de “desentendimentos anteriores entre réu e vítima”, não havendo como precisar se entre esses igualmente existe relação com o tráfico de drogas.

de ilicitude da legítima defesa não deve ser manejada nas situações em que sequer existe indício mínimo da presença de atos preparatórios.

Muito além do que exigir o início da agressão para se dar início aos atos de defesa, algo sequer cogitado, busca-se aclarar o entendimento no sentido de que para o reconhecimento da legítima defesa há a insofismável vinculação com os requisitos legais previstos no artigo 25, do Código Penal brasileiro, especificamente, a injusta agressão atual ou iminente.

Busca-se, em atenção ao princípio constitucional implícito da plenitude da tutela da vida sabiamente defendido por Loureiro<sup>30</sup>, atestar que a proteção da vida merece ser plena, vedando-se o manejo de abusos do sistema normativo-penal tendentes a maliciosamente burlar a defesa da vida e privilegiar aquele que dolosamente cometeu um homicídio e tenta esquivar-se da sua responsabilidade sob o manto da legítima defesa putativa.

Sustentar a legítima defesa antecipada como tese jurídica de exclusão da ilicitude, sobretudo, diante de um quadro insofismável vivenciado em comunidades carentes, nas quais a violência urbana é uma constante e a proteção estatal uma realidade longínqua, representa conferir à sociedade em geral um verdadeiro “cheque em branco” para o cometimento reiterado de crimes contra a vida.

A vida é o mais precioso dos bens, o mais importante valor do ser humano. Cabe ao Estado e aos operadores do Direito uma atuação voltada a frear o crescente número de homicídios no Brasil, e não o contrário!

Segundo Atlas da Violência divulgado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) no ano de 2017 foram registradas no Brasil mais de sessenta mil mortes decorrentes de homicídios<sup>31</sup>. Por certo, não será com a propagação de uma tese defensiva que fomenta e incentiva a prática de novos crimes que a sociedade brasileira se verá livre dessa epidemia de homicídios vivenciada por todo o Brasil.

Vivenciamos um momento preocupante em que teses jurídicas desenvolvidas com o único propósito de beneficiar aqueles que voluntariamente cometem crimes estão sendo amplamente acatadas pelos Tribunais a partir de uma inegável customização da legislação, ou seja, a interpretação criativa da lei tem-se mostrado um exercício de proteção em favor daqueles que cometem crimes graves contra a sociedade brasileira.

A proliferação da tese da legítima defesa antecipada em processos relativos a crimes dolosos contra a vida, inegavelmente, terá o condão de influenciar de forma direta no aumento dos crimes de homicídio. É preciso, de forma oposta, abraçar a perspectiva de prevenção geral contida na aplicação de uma pena. Diante do colapso suportado pela sociedade decorrente da violência esse vetor preventivo torna-se amplamente relevante.

Resta saber qual é o real interesse dessa relativização da legislação penal sempre em contrariedade aos interesses da sociedade. Certo é que ninguém com bom senso preza que as garantias processuais constitucionalmente previstas sejam afastadas. De outra sorte resta extremamente perigoso o apego às novas e criativas teses defensivas que vêm ganhando fôlego em sintonia com aquilo que Aras denomina de “cafuné processual”<sup>32</sup>.

O reconhecimento da legítima defesa, conforme já ventilado no presente estudo, demanda a presença de todos os requisitos trazidos na lei (artigo 25, do Código Penal Brasileiro). Dessa forma, ante à impossibilidade de se compatibilizar a chamada “legítima defesa antecipada” como o obrigatório requisito da “agressão atual ou iminente”, por razões óbvias, resta prejudicado que o Conselho de Sentença acate essa tese defensiva.

## **PROPOSTA DE ENUNCIADO**

“NO JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS DE HOMICÍDIOS NÃO SERÁ ACEITA A TESE DE LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA”.

## **REFERÊNCIAS**

---

<sup>30</sup> LOUREIRO, Caio Márcio. **O princípio da plenitude da vida no Tribunal do Júri**. Cuiabá: Carlini & Caniato Editorial. 2017, p. 42.

<sup>31</sup> Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=30253](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30253)>. Acesso em 08 mai. 2019.

<sup>32</sup> ARAS, Vladimir. **Déjà vu processual: mais do mesmo**. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/images/artigos/D--j--vu-processual-mais-do-mesmo.pdf>>. Acesso em 06 mai. 2019.

- ARAS, Vladimir. **Déjà vu processual: mais do mesmo.** Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/images/artigos/D--j---vu-processual-mais-do-mesmo.pdf>>. Acesso em 06 mai. 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. 23 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** parte geral. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2017.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** Vol. 1, parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.
- Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_ensasp\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_ensasp_FINAL.pdf)>. Acesso em 11 mai. 2019.
- COURA, Carlos Boaventura Dias. A legítima defesa antecipada como causa supralegal de exclusão da ilicitude. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17448](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17448)>. Acesso em 10 mai. 2019.
- DOUGLAS, William. Legítima Defesa Antecipada. **Revista dos Tribunais.** São Paulo. n. 715. p. 428-430, maio, 1995.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral.** 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. **Da exclusão de ilicitude.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2001.
- JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LA MEDICA, Vincenzo. **O Direito de Defesa.** Campinas: ME Editora e Distribuidora. 2003.
- LINHARES, Marcelo J. **Legítima defesa.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- LOUREIRO, Caio Márcio. **O princípio da plenitude da vida no Tribunal do Júri.** Cuiabá: Carlini & Caniato Editorial. 2017.
- NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. **A defesa da vida no Tribunal do Júri.** 2 ed. Cuiabá: Carlini & Caniato Editorial. 2018.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SANTANA JÚNIOR, Francisco das Chagas; GADELHA JÚNIOR, Francisco das Chagas. Legítima Defesa Antecipada. In: **Revista Direito e Liberdade.** Mossoró, v. 3, n. 2, set. 2006. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/59995>>. Acesso em: 08 mai. 2019.