

A LEGÍTIMA DEFESA NO CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO E NA LITERATURA PENAL OITOCENTISTA

THE SELF-DEFENSE IN THE EMPIRE'S CRIMINAL CODE AND IN 19TH CENTURY CRIMINAL LITERATURE

Edson Amaral¹  

Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ,
Rio de Janeiro/RJ
amaraledson@id.uff.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10946313>

Resumo: O artigo busca visitar a pouco conhecida literatura penalística nacional sobre a legítima defesa e, a partir dessa visita, identificar se é possível pensarmos na dogmática brasileira fora da ideia de uma construção dita incipiente. É possível pensar a legítima defesa a partir de uma dogmática brasileira? O que escreveram os penalistas – tratados como meros “comentadores” – do Código Criminal? Partiu-se desses questionamentos para iniciar a investigação bibliográfica da literatura penal oitocentista e buscar extrair dela tudo que fosse possível para começar a entender o esquecido penalismo brasileiro.

Palavras-chave: Dogmática Penal; Direito Penal brasileiro; Código Criminal de 1830.

Abstract: The article seeks to visit the little-known national penal literature of self-defense and from this visit identify whether it is possible to think about Brazilian dogmatics outside the idea of a so-called incipient construction. Is it possible to think about self-defense based on Brazilian dogmatics? What did the criminal experts—treated as mere “commentators”—write on the Criminal Code? We started with these questions to begin the bibliographical investigation of nineteenth-century criminal literature and seek to extract everything possible from it to begin to understand the forgotten Brazilian penal literature.

Keywords: Criminal dogmatic; Brazilian criminal law; Criminal Code of 1830.

1. Introdução

O tratamento jurídico dado à legítima defesa não é um dos mais esquecidos pela dogmática penal. Os volumosos e bem-feitos trabalhos sobre legítima defesa,¹ abordada em todas as suas complexidades, oferecem-nos um mapa teórico bem sedimentado e sem grandes percalços. Isso não quer dizer, por evidente, que não haja nada mais a ser dito sobre a legítima defesa, sobretudo diante da complexidade do mundo e dos novos fenômenos que exigem do penalista a disposição permanente para exercer a criatividade.

O que pretendo, neste texto, é fazer algumas anotações sobre o que usualmente não está no mapa teórico dos penalistas brasileiros, que curiosamente é a própria dogmática nacional. A ideia aqui não é discutir a legítima defesa em todos os seus aspectos modernos nem mesmo a partir do referencial teórico que nos deixou a Escola Italiana ou a Escola Alemã. Pretendo, por outro caminho, seguir as trilhas do penalismo brasileiro sobre a legítima defesa, especificamente do legado do nosso Código Criminal de 1830 e da literatura oitocentista sobre a questão.

O objetivo é visitar a pouco conhecida literatura penalística nacional sobre a legítima defesa e, a partir dessa visita, identificar se é possível pensarmos na dogmática brasileira fora da ideia de uma construção dita incipiente. É possível pensar a legítima defesa a partir de uma dogmática brasileira? O que

escreveram os penalistas – tratados como meros “comentadores” – do Código Criminal? Partiu-se desses questionamentos para iniciar a investigação bibliográfica da literatura penal oitocentista e buscar extrair dela tudo que fosse possível para começar a entender o esquecido penalismo brasileiro.

2. A legítima defesa no Código Criminal de 1830

Ao contrário das leis penais de hoje, em que qualquer mínimo movimento do poder punitivo convoca o mais incauto até o mais refinado dos penalistas a prontamente se manifestarem, o Código Criminal demorou para ter um corpo teórico sólido. De fato, as obras mais densas sobre o Código foram publicadas tardiamente, depois de alguns bons anos da sua edição (Machado Neto, 1977). Ainda assim, como o campo normativo era fecundo – a despeito das contradições e das ambiguidades do nosso contexto social liberal escravista – os penalistas do império conseguiram extrair dele anotações dogmáticas importantes para o período.²

O Código se preocupou em descrever detalhadamente³ a legítima defesa e ainda hipóteses que poderiam ser consideradas de estado de necessidade, todas elas dentro do que chamou de “crimes justificáveis”: “tais se chamam aqueles que o homem pratica, afirmando por meio da força a sua existência jurídica de encontro a outras forças que pretendem destruí-lo” (Barreto, 2012, p. 166).

¹ Doutorando em Direito Penal pela UERJ. Doutorando em Teoria do Estado e Direito pela PUC-Rio. Mestre em Direito Penal pela UERJ (2022). Professor Substituto de Direito Penal da Universidade Federal Fluminense de Volta Redonda e Advogado. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0867185574186354>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2093-0649>. Instagram: @aamaraledson.

Nesse retrato do penalismo brasileiro, as hipóteses de justificação aparecem como uma categoria apartada do conceito de crime, vinculada apenas à ideia da punição e não na formação analítica do conceito. **Tobias Barreto** (2012, p. 125) não se contentou com a definição dada pelo nosso Código: “Em rigor o Código não dá uma definição do crime. No art. 2 e seus parágrafos ele estabelece diversas figuras conceituais do delito; qualquer delas consideradas por si só não abrange as ideias da coisa em toda a sua extensão”. Com essa definição do Código não tínhamos, então, ações justificadas, mas propriamente crimes justificados: “será o crime justificável, e não terá lugar a punição delle”. **Mendes da Cunha Azevedo** (1851, p. 161) tentou nos oferecer uma explicação: “ainda conservo a denominação de crimes; porque contém o seu elemento material, e mesmo a intenção de ferir”. Mesmo concordando com a denominação trazida pelo Código, anotou a divergência: “alguns criminalistas repellem esta denominação nos casos de legitima defesa, se foi feita *cum moderamine inculpatæ tutelæ* para apagar toda ideia de mancha, que indirectamente lhe possa ser attribuída” (**Azevedo**, 1851, p. 161). **Thomaz Alves Junior** (1864, p. 263) chega próximo da questão, mas lhe dá outros contornos. Criticando a fórmula do Código Espanhol de 1848, que estabelece “*las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal*” (**Espanha**, 1848, art. 8º), afirmava que foi correta a opção do legislador pela expressão “crimes justificáveis” ao invés de “causas justificativas do crime”. Isso porque “aqui não se trata da causa ou circunstancia que justifique o crime, trata-se do exercicio de um direito que não póde soffrer imputação, mesmo quando do seu exercicio resulta violação de terceiro” (**Alves Junior**, 1864, p. 263). Tínhamos entre nós a formação de um crime cujo reconhecimento da justificativa repelia a aplicação da pena e não a formação sistemática dele próprio. Essa questão não traduz nenhum atraso do penalismo brasileiro, mas propriamente um retrato do penalismo do século XIX, em que o conceito de antijuridicidade ainda estava ganhando os contornos dados por **Jhering** (1867) no Direito privado e a questão do tipo e da tipicidade ainda sendo pensada, dentro do que depois se convencionou chamar de sistema Liszt–Beling no século seguinte (**Beling**, 1906; **Liszt**, 1882).

A moldura da justificação aparece nas hipóteses do art. 14 do Código, quando o sujeito age para evitar mal maior; quando defende interesse próprio ou defende a sua família; quando defende interesse de terceiro; quando a ação se dá em resistência às ordens ilegais; e, por último, nas hipóteses de uso moderado do castigo, dos pais com os filhos e, no contexto escravista, dos senhores com os escravizados.⁴ Na hipótese dos parágrafos primeiro, segundo, terceiro e quarto concorrem ainda requisitos, como a certeza do mal que se propõe evitar, a falta absoluta de outro meio menos prejudicial e a probabilidade da eficácia da reação (1º), a provocação (2º e 3º) e a necessidade de o mal ser maior ou igual à reação (4º). Sobre a necessária concorrência dos requisitos, o Acórdão de 9 de fevereiro de 1855 da Relação da Côrte anulou um julgamento por não provar o concurso simultâneo de todos os requisitos que o Código exigia para a “justificabilidade do crime, embora se decidisse em quesito anterior que era elle justificavel” (**Pessoa**, 1885, p. 52).

As primeiras considerações que podemos fazer diz respeito à racionalidade na legitima defesa e seus limites. **Liberato Barroso** (1866, p. 124-125) dizia que “é difficil ou quasi impossivel prescrever limites ao exercicio do direito de defeza”. Segundo o penalista, cabia alguma censura ao nosso Código pelos requisitos exigidos para o reconhecimento da legitima defesa, pois o Código prescreveu limites que não podem ser friamente observados no momento perigoso, em que a vontade do homem, reduzida ao instinto da conservação “tem um direito imprescriptivel a todos e quaesquer meios de resistencia, sejam ou não proficuos, e mesmo sem esperança de successo; em que o homem não póde chamar a rasão a conselho para aquilatar a efficacia dos meios” (**Barroso**, 1866, p. 126). Acrescenta ao debate **Thomaz Alves Junior** (1864, p. 271): “terá nessa circumstancia difficil a intelligencia do homem bastante firmeza e sangue-frio para reflectir e calcular até onde irá o braço arremessando contra o agressor?” O que sobraria para o excesso seria a circunstância atenuante do §2º ou 3º do art. 18.

E no caso de dúvida com relação à ação defensiva? “No caso de duvida e mesmo de simples possibilidade tem qualquer o direito de aventurar o unico meio, que lhe resta para salvar-se de uma injusta agressão”. E conclui dizendo que “a justiça” tem tempo para examinar as circunstâncias, já a “defesa” não tem: “a primeira delibera antes de obrar; a segunda obra imediatamente. O direito de defeza no momento de sua accção é um direito ametade cego” (**Azevedo**, 1851, p. 166). Anotou **Liberato Barroso** (1866, p. 134): “O Codigo não exige clareza do meio empregado, e sim probabilidade; a qual só pode ser entendida em um sentido relativo, apreciada segundo as circumstancias da occasião”. Aqui já tínhamos boas considerações sobre o debate que surgiu no século seguinte sobre a necessidade do elemento subjetivo na legitima defesa (**Fragoso**, 2002).

E a possibilidade de fuga exclui a legitima defesa? Há o dever de fugir ou enfrentar o perigo? Algum consenso pode ser extraído do penalismo brasileiro oitocentista, que enxergava a fuga como um dever quando fosse para evitar um mal desnecessário, sobretudo nos casos de ataques de crianças ou “homens privados de razão” (**Alves Junior**, 1864, p. 273-274; **Pessoa**, 1885, p. 53). Para além dessas hipóteses, que espelham as construções jurídicas contemporâneas,⁵ não havia o dever de suportar a agressão injusta.

As ressalvas com relação à espécie do “bem jurídico” lesionado — tratado ainda no espectro de “direitos” — também aparece no penalismo brasileiro. O segundo parágrafo do art. 14 dispõe a defesa da pessoa ou de seus direitos e a questão que surge é: “emquanto a primeira parte, as offensas pessoas, concordão os escriptores de direito criminal; a divergencia, porém, é notavel a respeito da defesa dos direitos, principalmente do direito de propriedade” (**Alves Junior**, 1864, p. 268). **Thomaz Alves Junior** partia de Ortolan para sustentar a possibilidade de legitima defesa da propriedade somente nos casos em que o mal feito à propriedade não seja reparável pela intervenção da justiça pública ou quando faltar outro meio eficaz de repelir o ataque, tratando a questão de maneira possível, mas excepcional. No mesmo caminho está a legitima defesa da liberdade e da honra, esta última circunscrita apenas “quando se dá ataque ao pudor, e não ataque a honra genericamente fallando” (**Alves Junior**, 1864, p. 269). Assim também ensinava o **Conselheiro Paula Pessoa** (1885, p. 54), que dizia que “os ultrages a honra, as injurias reas, como uma bofetada, não collocarão a pessoa ultrajada em estado de legitima defesa” e quem assim reage “não é senão para vingar uma injuria e punir o homem que o ofendeu, e o poder de punir não póde ser senão confiado a autoridade pública”.⁶ O que pensavam os penalistas encontrava respaldo na jurisprudência: “não é justificável o crime quando a morte de um individuo fôr feita por motivos de honra — por ter elle tido relações illicitas com a mulher do réo” (Tribunal da Relação de Pernambuco, 27 de agosto de 1875 *apud* **Tinôco**, 1886, p. 36).

Essa ausência de distinção entre quais “direitos” poderiam ser objeto de defesa levou **Liberato Barroso** a sustentar uma questão ainda atual: se a lei não distingue nem a qualidade dos direitos, nem a natureza dos meios empregados para a defesa a questão gira em torno da fórmula trazida pelo Código: “certeza do mal e da falta absoluta de outro meio para evita-lo” (**Barroso**, 1866, p. 126). Aqui as anotações de **Paula Pessoa** (1885, p. 54) também são interessantes: “quando a perda dos bens não é comparavel a vida, que é irreparavel, não havendo proporção entre os bens e a vida do que se matasse para os conservar, não sendo uma necessidade absoluta a defesa de uma propriedade”, o que pode ser feito é recorrer a lei para perseguir o ladrão. Mas assim não pensava **Azevedo** (1851, p. 163-164), que enfatizava a possibilidade de legitima defesa em face de lesão a qualquer direito, de maneira ampla, até mesmo para casos de roubo ou furto de pequeno valor, já que a lei “não distingue nem a qualidade dos direitos, nem a natureza dos meios empregados para a defesa”.⁷ Apesar da polêmica em torno da propriedade e das posições — todas tendentes ao reconhecimento da propriedade como objeto de defesa —, o fato é que o penalismo oitocentista já tinha chamado atenção para o debate sobre a proporcionalidade nos meios de reação — falta absoluta de outro meio —, independente do “bem jurídico” lesionado.

Discutimos a lógica da imputação da legitima defesa, mas resta

saber as consequências do excesso: “tem-se de saber então como devem ser punidos os criminosos, se pelo crime que premeditaram e trataram de realizar, ou por essas consequências materiais do delito” (Camargo, 2005, p. 261). A celeuma que se estabeleceu na literatura penal da época sobre o conteúdo da má-fé do art. 3º do Código oferece-nos um debate interessante. Joaquim de Camargo (2005, p. 262) não tinha dúvidas de que o Código Criminal habilitava a punição sempre para as “consequências nocivas, quer o agente tenha conhecimento pleno ou menos pleno, quer tenha intenção direta ou indireta”. Isso significa, portanto, que tendo ou não a chamada “intenção direta”, o sujeito responderia pelo resultado, sabendo ou não das possibilidades concretas da sua ação. O conhecimento menos pleno das consequências e uma intenção indireta, tem sempre a seu favor a atenuante do §1º do art. 18 do Código (Camargo, 2005). As lições do professor substituto de José Bonifácio na Universidade de São Paulo seguem a linha de raciocínio dos demais penalistas (Alves Junior, 1864, p. 372-373; Barroso, 1866, p. 165-166). Braz Florentino Henriques de Souza (1872, p. 37-38), a despeito de tecer vastas considerações sobre a vontade e a consciência na realização da ação — “se tal é a vontade, está claro que ella envolve e pressuppõe a intelligencia, porque não se póde conceber o homem querendo uma coisa sem d’ella ter conhecimento: *nihil volitum, quod non precognitum*” —, e até mesmo considerações vanguardistas sobre a finalidade no comportamento humana — “está claro que acção ou omissão voluntaria só póde ser aquella, que nasce da determinação da vontade, precedida do desejo e do conhecimento do fim” —, caminha no mesmo sentido de relativizar, no plano da consciência, a necessidade do conhecimento pleno acerca do mal. “Não especificando o Codigo n’este artigo o gráo de conhecimento necessario para se dar a má fé [...] o legislador nos leva assim a distinguir o conhecimento elementar da má fé em pleno e menos pleno”, de tal maneira que “não é necessario que

elle tenha obrado com pleno conhecimento do mal; basta que esse conhecimento tenha sido menos pleno”. Segundo ele, do contrário a disposição do §1º do art. 18 seria absurda e inexplicavel em face do art. 3º (Souza, 1872, p. 112-113). A exceção controvertidamente contrária é a de Azevedo (1851, p. 25-26) que, em um primeiro momento das suas observações sobre o Código diz que “o art. 3º não admite crime sem pleno conhecimento do mal, má-fé, e intenção de o praticar; porque não havendo pleno conhecimento do mal póde a acção ser reputada boa, ou indifferente [...] logo só o duplo character de pleno conhecimento, e intenção póde constituir a má fé”. Num segundo momento de suas observações, quando enfrenta o disposto no §1º do art. 18, o penalista aparenta concordar sobre a possibilidade do conhecimento menos pleno “nós comprehendemos sem hesitação alguma differença para distinguir o pleno do menos pleno conhecimento do mal já quanto à natureza da acção, já quanto a todas as suas consequências provaveis, ou possíveis” (Azevedo, 1851, p. 219-220), recebendo considerações de Braz Florentino quanto à essa “inadvertência” (Souza, 1872, p. 112).

3. Conclusão

A conclusão possível a partir do estudo realizado é que a dogmática penal brasileira, considerada incipiente e pouco estruturada em termos sistemáticos, comparada à dogmática italiana e à alemã, não é tão incipiente quanto a apresentam. Percebe-se que não há nenhum atraso dogmático quanto às formulações que eram contemporâneas ao penalismo brasileiro. O estudo da legítima defesa, em específico, aponta para a vanguarda da dogmática brasileira, que seguramente não estava restrita apenas ao velho bordão de que produzimos apenas “glosadores da lei”, pelo contrário, há interessantes sementes pouco exploradas dentro do penalismo brasileiro oitocentista.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.
Declaração de autoria: todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade.

Como citar (ABNT Brasil):

AMARAL, E. A legítima defesa no código criminal do império e na literatura penal oitocentista. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 32, n. 378,

Notas

- 1 Por todos, a tese doutoral de Zilio (2015).
- 2 O melhor panorama do Código Criminal está em Batista (2016).
- 3 “Nem um Codigo é mais preciso e claro, do que o nosso, nem talvez tanto, nas regras de direito, relativas a defeza. Os Codigos do Brasil e da Baviera são, os que contêm disposições mais precisas e completas tanto sobre o objecto, como sobre os limites da legitima defeza”. (Barroso, 1866, p. 125). “A defeza pessoal não supõe o direito de atacar, e tão sómente de se garantir de um ataque violento ou subito, quando não ha outro meio de a elle se subtrair” [...] A este respeito não ha divergencia entre nenhum dos criminalistas antigos e modernos”. (Pessoa, 1885, p. 53).
- 4 Nilo Batista nos ensina: “nosso escravismo emparelhava a essas situações o “direito” de castigar o senhor a seu escravo. Como o escravismo envolve necessariamente um poder punitivo doméstico atuante, a rudeza dos castigos por vezes se equiparava, como se vê do uso comum da palmatória” (Zaffaroni et al., 2003, p. 131). Sobre o escravismo interessante as palavras de Liberato Barroso (1866, p. 143): “Entendemos, que uma das vantagens do progresso da instrucção e da educação será a abolição do castigo corporal. Quanto aos escravos, fazemos votos, para que se risquem das nossas leis essas

Referências

- ALVES JUNIOR, Thomaz. *Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & C., 1864.
- AZEVEDO, Manoel Mendes da Cunha. *Codigo Penal do Império do Brasil, com observações sobre alguns de seus artigos*. Recife: Typographia Commercial de Meira Henriques, 1851.
- BARRETO, Tobias. *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir*. Pernambuco: Escada, 1881.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito II: obras completas*. v. 3. Rio de Janeiro: Diário Oficial, 2012.
- BARROSO, José Liberato. *Questões praticas de Direito Criminal*. Rio de Janeiro: Garnier Edictor, 1866.
- BATISTA, Nilo. *Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- BELING, Ernst Ludwig von. *Die Lehre vom verbrechen*. Tübingen: J.E.B. Mohr, 1906.
- CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito Penal brasileiro*. 2. ed. revista, adaptada à ortografia vigente. São Paulo: RT Clássicos, 2005.
- ESPANHA. *Código Penal de 1848*. Real Decreto de 19 de marzo de 1848, del Código Penal. Disponível em: <https://personasjuridicas.es/codigo-penal-de-1848/>. Acesso em: 11 abr. 2024.

Declaração de originalidade: o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplagio.

p. 8-10, 2024. <https://doi.org/10.5281/zenodo.10946313>

disposições, que atestão a existencia da infeliz instituição, a que o Brasil deve grande parte dos seus males. Fiquem para as paginas tristes da nossa historia essas scenas horrorosas e immoraeas, de que fomos, e infelizmente ainda somos testemunhas”.

- 5 No Brasil, acompanhando as proposições de Roxin de condutas alternativas em casos de agressões de inimputáveis: Santos (2017, p. 235). Em sentido contrário, Zaffaroni et al. (2003, p. 90).
- 6 O uso da expressão “poder de punir” ao invés do desventurado “direito de punir” parece indicar que Paula Pessoa leu atentamente as anotações de Tobias Barreto (1881) sobre “o chamado fundamento do direito de punir”.
- 7 “Da generalidade dos termos, em que são concebidas estas condições, resulta, que para evitar o furto, ou o roubo de huma pequena quantia, que se me queira fazer a mim, ou a minha familia, tenho direito de matar o ladrão, se tiver certeza do mal, e falta absoluta de outro meio para evita-lo; porque a lei he clara quando diz: em defeza da propria pessoa, ou de seus direitos – em defeza da familia do delinquente; e não distingue nem a qualidade dos direitos, nem a natureza dos meios empregados para a defeza” (Azevedo, 1851, p. 163-164).

- em: 11 abr. 2024.
- FRAGOSO, Cristiano. Sobre a necessidade do *animus defendendi* na legítima defeza. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 10, n. 112, p. 13-15, mar. 2002.
- JHERING, Rudolph von. *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*. Giessen: Roth, 1867.
- LISZT, Franz von. *Der Zweckgedanke im Strafrecht*. Marburger Universitatprogramm, 1882.
- MACHADO NETO, Zahidé. *Direito penal e estrutura social*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Codigo criminal do Imperio do Brazil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Popular, 1885.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. 7. ed. Florianópolis: ICPC, 2017.
- SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de Direito Criminal*. Pernambuco: 1872.
- TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil anotado*. Rio de Janeiro: Imprensa Industrial, 1886.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro*. tomo. II.II. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZILIO, Jacson. *Legítima defeza: las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal*. Buenos Aires: Didot, 2015.

Autor convidado