

Legítima Defesa. Provocação. (*)

Heleno Fragoso

A 3.^a C. Crim. do TJ do antigo Estado da Guanabara decidiu na AO 61.819, relator o ilustre Des. WELLINGTON PIMENTEL, que "não pode alegar legítima defesa quem se acha precedentemente em estado de ilegitimidade. O agente que provoca e dá início à briga não pode argüir defesa legítima". DO 24/7/75, 121 do *apenso*.

Ficou vencido, e, a nosso ver, *data venia*, com a boa doutrina, o ilustre Des. CAVALCANTI DE GUSMÃO. A provocação não exclui a legítima defesa.

Nesse sentido, é uniforme a opinião dos autores, com exceção dos que comentam o código espanhol e os códigos de vários países sul-americanos, que sofreram a influência deste.

O nosso HUNGRIA, I, 1, 459, ensina: "A provocação do agredido não elimina, perante o código atual, a injustiça da agressão. Não é compreensível que a provocação, que jamais passou de atenuante, ou, quando muito, de uma causa de facultativo perdão judicial em casos excepcionais, tenha, na disciplina da legítima defesa, a virtude de elidir, até mesmo o *crime* do provocado". ANÍBAL BRUNO, I, 369, não discrepa dessa opinião: "Não seria conforme ao direito que a provocação inicial do agente o reduzisse a ficar sem defesa, à mercê de toda violência do agressor". No mesmo sentido, COSTA E SILVA (*Código Penal*, 168).

Entre os autores italianos, basta mencionar BETTIOL, 290: "*Nessuna norma penale consente al provocato di ucidere il provocatore*".

Veja-se também, ANTOLISEI (*Manuale di Diritto Penale*, 1955, 211): "*L'aggressione è ingiusta anche se provocata dall'agredito, in quanto la provocazione non esclude l'illiceità del fatto*".

Na mesma orientação, MEZGER (*Tratado*, trad. vol. I, pág. 455): "*Tambien puede el atacado defenderse legitimamente contra las agresiones culpables (de las que es culpable) e incluso contra las provocadas por el*".

O excelente MAURACH (*Deutsches Strafrecht*, 3.^a ed., 265) também afirma que "é antijurídica igualmente, a agressão provocada pelo agredido, seja culpável ou sem culpa". (*Rechtswidrig ist endlich auch der vom*

Angegriffenen, sei es schuldhaft oder schuldlos, provozierte Angriff).

Resumindo as lições de MERKEL, BINDING, FRANK, LISZT-SCHMIDT e tantos outros, SCHÖNKE-SCHRÖDER (*Strafgesetzbuch Kommentar*, 12.^a ed., 378), asseveram: "A antijuridicidade da agressão não é afastada pelo fato de a ter o agredido culposamente causado, inclusive através de provocação" (*ebesowenig durch Provokation*).

Não prevalece mais a orientação de nosso direito anterior, que subordinava a legítima defesa, à "ausência de provocação que ocasionasse a agressão" (CP de 1890, art. 34 n.º 4). Afastou-se com isso a complicada distinção que procuram fazer os autores espanhóis, sobre provocação *suficiente* ou *grave* (cf. SOLER, I, 369 e ASÚA, *Tratado*, IV, 246, que, para afastar a exigência legal, termina propondo o critério da não exigibilidade).

"A provocação pura e simples não tem os contornos da agressão. Por isso mesmo quem provoca outrem pode revidar a ataque que deste sofrer, tanto mais que nenhuma disposição da lei, jurídica ou moral, atribui ao provocado o direito de vida ou de morte sobre o provocador; cabe assim a este o direito de legítima defesa" (RF 249/294).

Sobre a prova da legítima defesa, convém lembrar que a ausência de testemunhas não é decisiva. Como já decidiu o TJ de Santa Catarina, "a ausência de testemunhas de vista não constitui, por si, motivo impeditivo ao reconhecimento da legítima defesa. A palavra do réu, verossímil e corroborada por indícios concludentes, autoriza se acolha a justificativa". Decisão perfeita da 1.^a C. Crim., relator Des. MARCÍLIO MEDEIROS (RF 263/351) .

(*). Texto integral e original do verbete n.º 341, da obra "*Jurisprudência Criminal*", 4.^a ed., Forense, Rio de Janeiro/RJ, 1982, p. 398-399