

ALGUNS ASPECTOS DA LEGÍTIMA DEFESA DOMICILIAR NO CÓDIGO PENAL ITALIANO

(à luz da lei n. 36, de 26 de abril de 2019)

Sheila Jorge Selim de Sales
Professora Titular de Direito Penal
Faculdade de Direito da UFMG

1 – Considerações iniciais. 2 – Exclusão da ilicitude e presunções na legítima defesa domiciliar e da legítima defesa domiciliar. 3 – Excesso culposo e perturbação “grave”. 4 – Considerações finais.

1. Considerações iniciais

A recente lei n. 36, de 26 de abril de 2019, trouxe modificações que incidem, em especial, sobre a legítima defesa, prevista no art. 52 do código penal italiano. Mas também modificou outros artigos do código penal, *e. g.*, os arts. 55 (excesso culposo), 614 (violação de domicílio) e 624-*bis* (furto em habitação).

Trata-se de uma reforma que inclui tão somente a legítima defesa no domicílio, também denominada legítima defesa domiciliar ou, ainda, legítima defesa alargada, há muito mencionada e anunciada na Itália, mas somente agora constituída em lei.

De se notar que, na normativa vigente no direito penal italiano, o instituto da defesa legítima se coloca dentre as causas de justificação ou da ilicitude do fato, e encontra seu fundamento na necessidade de autotutela da pessoa, que se manifesta no momento em que, ausente a ordinária tutela prestada pelo Estado, é reconhecida uma derrogação ao monopólio do uso da força pelo Estado, dentro de determinados limites.

Os requisitos e pressupostos da legítima defesa permanecem os mesmos, previstos no *caput* do art. 52, c. p. italiano: existência de um direito próprio ou alheio, atualidade da agressão, injustiça da agressão, necessidade e proporcionalidade da defesa.

Os 2º e 3º *comma* do art. 52, foram introduzidos pela lei n. 59/2006, que introduziu a denominada legítima defesa domiciliar ou legítima defesa alargada, com expressa referencia ao art. 614 (2º *comma*) e “outro lugar onde seja exercitada uma atividade comercial, profissional ou empresarial” (3º *comma*).

Nestes casos, é autorizado o recurso à uma arma, que o agredido possua de forma legítima, ou outro meio idôneo para repelir a injusta agressão, para fins da subsistência da discriminante.

O ponto central da reforma, como já afirmado reside na legítima defesa domiciliar: habitações e outros lugares de *privata dimora*, incluindo-se os lugares onde se desenvolvem atividades comerciais, profissionais e empresariais.

Antes de referirmos os pontos centrais da reforma, importa dizer que, em relação aos crimes de violação de domicílio (art. 614) e furto em habitação (624-*bis*), a nova lei modificou o tratamento sancionatório, aumentando os limites editais das penas previstas.

Para a espécie de fato prevista no art. 614, previa-se pena de reclusão, de seis meses a três anos, substituída agora pela reclusão, de um a quatro anos. Em relação ao furto em habitação, cuja sanção era a reclusão de três a seis anos, foi substituída pela reclusão, de quatro a sete anos.

2. exclusão da ilicitude e presunções na legítima defesa domiciliar e da legítima defesa domiciliar

O art. 1 da nova lei, ao inserir nos casos de legítima defesa domiciliar, o advérbio “sempre”, logo após o vocábulo “subsiste”, estabelece uma relação de proporcionalidade entre defesa e ofensa, ou agressão. Note-se que o vocábulo *sempre*, foi introduzido no 2º *comma*, do art. 52, pela nova lei.¹

Portanto, foi realizada uma verdadeira e própria presunção – e presunção absoluta – de proporção entre a injusta agressão e a defesa.

¹ Para as modificações aportadas pela referida lei, cf. https://www.asaps.it/downloads/files/Legge%20nr_%2036_2019.pdf, acessado em 13.06.2019.

Com efeito, uma presunção inadmissível, que suscita questões de legitimidade constitucional. É absurdo não se verificar o requisito da proporcionalidade nos casos de legítima defesa domiciliar. Seguramente uma leitura jurisprudencial conforme a Constituição, orientada a superar o rigor desta presunção legal, com base na hierarquia dos bens jurídicos constitucionais, (defesa de bens patrimoniais sacrificando a vida), será realizada pelos tribunais italianos.

Infelizmente, a nova lei não extirpou a desafortunada expressão “arma legitimamente detida” pelo agredido, inserida pela lei n. 50/2006. Façamos um exemplo: se a pessoa agredida usa uma arma sem ter o porte legal, responderá por homicídio voluntário? Evidentemente resta criada uma situação absolutamente injusta, arbitrária, porque se punirá por homicídio quem deveria responder somente por porte ilegal de arma.

A nova lei inseriu no art. 52 o 4º *comma*, que traz expressa referência ao 2º e ao 3º *comma* e, assim, apontando para a presunção anteriormente mencionada.

Nos mesmos casos, diz o 4º *comma*, atuará *sempre* em defesa legítima não apenas quem está dentro do domicílio ou em lugar a ele equipado, mas também a pessoa que venha a repelir a invasão, a intrusão, por parte de uma ou mais pessoas, mediante violência ou ameaça de uso de armas ou de outros meios de coação física. O elemento especializante, aqui, nos é dado pelo caráter violento da violação de domicílio.

Mas ainda que assim o seja, absurdamente, neste caso, não se realizou a presunção da proporcionalidade, mas fez-se uma modificação *via* inserção do 4º *comma*, tão inédita quanto inoportuna, presumindo-se o próprio instituto da legítima defesa domiciliar em todos os seus requisitos... Assim, caberá ao juiz penal unicamente verificar se o fato (por exemplo, um homicídio) foi praticado após violação de domicílio mediante violência, para rechaçar a intromissão ou invasão por parte de uma ou mais pessoas, mediante violência ou ameaça de uso de arma ou outros meios de coação física. É possível, portanto, mediante interpretação literal, invocar legítima defesa de bens patrimoniais em detrimento da vida do agressor.

Normalmente, intrusão ou violação de domicílio são repelidas de outras formas, segundo o *id quod plerumque accidit*, como sistemas de alarme, tiros de arma de fogo disparados para cima, etc.

Também esta nova disposição legal, pois, é contaminada pela ilegitimidade constitucional. O modelo de legítima defesa domiciliar presumido, desprovida dos

pressupostos da necessidade e da proporção são incompatíveis com o direito de defesa enquanto faculdade excepcional e não como um direito à defesa armada.

3. Excesso culposo e perturbação “grave”

A recente lei n. 36, de 26 de abril de 2019 trouxe modificações também ao excesso culposo nas causas de exclusão da ilicitude, previsto no art. 55, c. p. italiano, nele inserindo o 2º *comma*, aplicável apenas à legítima defesa domiciliar.

Nele se estabelece que, nos casos de legítima defesa domiciliar, a punibilidade é excluída se a pessoa que cometeu o fato para a salvaguarda da incolumidade própria ou de outrem agiu nas condições previstas do art. 61 do código penal italiano, *primo comma, numero 5*, ou em estado de grave perturbação (*grave turbamento*), proveniente da situação de perigo.

Se o excesso é doloso, nenhuma dúvida existe em relação à não exclusão da ilicitude. O agente responderá pelo fato praticado.

Mas no excesso culposo em legítima defesa domiciliar um primeiro problema se coloca: é possível sua configuração em relação à hipótese de legítima defesa domiciliar presumida?

Pelo menos antes de uma interpretação jurisprudencial que coloque limites ao 4º *comma* do art. 52, permanece configurável o excesso culposo em relação ao 2º e 3º do art. 52. Mas permanece indeterminado e vago o que se deve compreender por perturbação “grave”.

Aqui também a praxe deverá fazer uma aplicação restritiva, em grau de excluir a presunção da perturbação “grave”.

A situação psicológica de quem é agredido é sempre muito delicada e pessoal, pois cada um tem a sua forma de reagir a situações de ofensa. É natural que nestas circunstâncias a pessoa não esteja em condições de dominar completamente suas emoções e ímpetos. Por isto parece-nos que a palavra “grave”, porque a perturbação é sempre subjetiva, impossível de ser mensurada.

4. Considerações finais

Delineou-se aqui um breve *excursus* sobre a legítima defesa domiciliar e as inovações trazidas pela novel lei n. 36, de 26 de abril de 2019 no direito penal italiano. Em breve teremos a crítica da doutrina peninsular e, espera-se, uma aplicação

ajustada aos cânones constitucionais, das inserções feitas no código penal pelo Parlamento.

Talvez as consequências mais graves das modificações legislativas, impregnadas de populismo, sejam culturais, em vista da forma como atualmente é realizada a comunicação: mídia em geral, redes sociais e o contato entre pessoas comuns, sem conhecimento jurídico. Provavelmente a mensagem para público em geral é a de atuar justiceiramente – e não em autotutela – em razão de um *déficit* do Estado de promover justiça, vivente na mentalidade da pessoa leiga.