



Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 2019.

Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB.

Comissão de Direito Penal

Indicação nº 01/2019.

Parecer sobre o "Projeto de Lei Anticrime" do Governo Federal, de autoria de Sua Excelência o Ministro da Justiça Sérgio Fernando Moro.

IV) Medidas relacionadas à legítima defesa.

1. Ementa.

INDICAÇÃO 01/2019 DO IAB. PROJETO DE LEI Nº 882/2019 DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. PROJETO ANTICRIME. LEGÍTIMA DEFESA. CONTEXTO POLÍTICO BRASILEIRO. ALEGADA NECESSIDADE DE RETAGUARDA JURÍDICA PARA AÇÕES LETAIS DE AGENTES DE SEGURANÇA. CONCEITOS DA DOUTRINA SOBRE LEGÍTIMA DEFESA. ATUALIDADE E RISCO CONCRETO DA AGRESSÃO. PROPORCIONALIDADE DA RESPOSTA. ART. 23 DO CÓDIGO PENAL. EXCESSOS PUNÍVEIS. CRIAÇÃO DE HIPÓTESE DE MINORAÇÃO OU PERDÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO PARA AGENTES DE SEGURANÇA. ART. 25 DO CÓDIGO PENAL. ALARGAMENTO DAS HIPÓTESES PREVISTAS DE EXCLUDENTES DE ILICITUDE. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DA



LOCUÇÃO "CONFLITO ARMADO". DIFERENÇA ENTRE REPELIR E PREVENIR. ART. 309-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO LAVRATURA DE FLAGRANTE PELA AUTORIDADE POLICIAL. INSTAURAÇÃO CONCOMITANTE DE INQUÉRITO POLICIAL. NECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO AO JUIZ E AO MINISTÉRIO PÚBLICO.

2. Do objeto.

Cuida o presente de parecer para analisar a viabilidade e a pertinência das mudanças propostas pelo Ministro de Estado da Justiça e da Segurança Pública, por meio de seu "**projeto anticrime**", especificamente no que tange às modificações propostas ao conceito de "**legítima defesa**".

O instituto da legítima defesa está previsto nos arts. 23 e 25 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940). A atual redação dos dispositivos foi dada pela Lei nº 7.209/1984, a qual modificou a parte geral da legislação substantiva penal. Eis os termos dos dispositivos:

Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Legítima defesa

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

As proposições relacionadas à legítima defesa estão inseridas no capítulo IV do Projeto Anticrime, sob o título de "Medidas relacionadas à legítima defesa".

Eis a redação das medidas:

Mudanças no Código Penal:

"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."
(NR)

"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,"
(NR)

Mudança no Código de Processo Penal:

“Art. 309-A. Se a autoridade policial verificar, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, que o agente manifestamente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Código Penal, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da investigação cabível, registrando em termo de compromisso a obrigatoriedade de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revelia e prisão.

“Art. 310.
§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.”

As propostas passariam, portanto, por mudanças nos já referidos arts. 23 e 25 do Código Penal, assim como a inserção de novos dispositivos no Código de Processo Penal.

3. Do contexto da proposta.

Antes de examinar o texto proposto, fundamental entender o contexto no qual a proposição está sendo feita.

Mesmo antes de sua vitoriosa campanha eleitoral, o atual Presidente Jair Bolsonaro, durante sua carreira como Deputado Federal, sempre encampou suposto apoio a agentes públicos da área de segurança, defendendo a aprovação de excludente de ilicitude para policiais que pratiquem homicídio em serviço.

Em dezembro de 2017, enquanto ainda integrante do PSC-RJ, o Presidente Jair Bolsonaro discursou em Manaus e afirmou exatamente o seguinte:

"Nós vamos brigar pelo excludente de ilicitude. O policial militar em ação responde, mas não tem punição. Se alguém disser que quero dar carta branca para policial militar matar, eu respondo: quero sim. O policial que não atira em ninguém e atiram nele não é policial. Temos obrigação de dar retaguarda jurídica a esses bravos homens que defendem nossa vida e patrimônio em todo Brasil."¹

Não é exagerado, portanto, o temor de que um projeto de lei apresentado pelo Governo Jair Bolsonaro possa ter como objetivo uma permissão para ações letais dos agentes de segurança pública, já que ele mesmo abertamente afirmou querer "*carta branca para policial matar*".

Durante a campanha, seu programa de governo possuía expressa menção à desejada excludente de ilicitude para casos de mortes

¹ Vide <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/14/bolsonaro-diz-que-quer-dar-carta-branca-para-pm-matar-em-servico.htm>

provocadas por policiais em serviço, independentemente do contexto da ocorrência:

“Policiais precisam ter certeza que, no exercício de sua atividade profissional, serão protegidos por uma retaguarda jurídica. Garantida pelo Estado, através do excludente de ilicitude. Nós brasileiros precisamos garantir e reconhecer que a vida de um policial vale muito e seu trabalho será lembrado por todos nós! Pela Nação Brasileira!”²

Em entrevista ao “Jornal Nacional”, o então candidato à Presidência da República Jair Bolsonaro reafirmou sua posição, manifestando-se da seguinte forma:

“(...) Esse tipo de gente, você não pode tratá-lo como se fosse um ser humano normal, que deve ser respeitado, que é uma vítima da sociedade. (...) Em local que você possa deixar livre da linha de tiro as pessoas de bem da comunidade, ir com tudo para cima deles, dar para o policial, dar para o agente de segurança pública, o excludente de ilicitude. Ele entra, resolve o problema. Se matar 10, 15 ou 20, com 10 ou 30 tiros cada um, ele tem que ser condecorado, não processado.”

Inevitável, portanto, que a leitura das mudanças propostas no “Projeto Anticrime” passem por uma análise da promessa do

² Programa de governo de Jair Bolsonaro, p. 32. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/propostas-de-candidatos>

presidente da República de buscar a aprovação da dita "excludente de ilicitude" para policiais em serviço.

4. Do conceito de "legítima defesa".

A lei estabelece os requisitos para que esteja configurada a excludente de ilicitude de legítima defesa, quais sejam, agressão injusta, atual ou iminente, defesa de um bem jurídico próprio ou de outra pessoa e uso moderado dos meios necessários.

Tal qual a lei brasileira, Jiménez de Asúa, em seus escritos, definiu a legítima defesa como ***"repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelirla"***³.

A doutrina sobre a legítima defesa goza de relativa estabilidade ao longo de décadas, havendo grande zona de congruência entre autores clássicos e modernos.

Nelson Hungria, em seu clássico "Comentários ao Código Penal", teceu lições sobre o instituto, então previsto no art. 19 da legislação substantiva penal, que seguem atuais nos dias de hoje:

"Não exige o Código a *necessidade inevitável* da defesa, contentando-se com a atualidade ou iminência da agressão: basta a presença concreta de perigo para que surja, sem qualquer outra indagação, a necessidade de defesa. (...) Em face de uma agressão atual (ou iminente) e injusta, todo cidadão (...) tem a faculdade legal (...) de

³ ASÚA, Luis Jiménez de. La Ley y el Delito. Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1967, p. 289.

obstar *in continenti* e *ex próprio Marte* o exercício da violência ou da atividade injusta.”⁴

Hungria, acerca dos meios utilizados para repelir a agressão, afirma que “não há cogitar da **rigorosa** adequação ou proporção entre os meios da reação e os da agressão, mas da **necessidade** e **moderação** dos meios empregados pelo defensor”⁵.

Sobre a atualidade ou iminência da agressão, Nelson Hungria destacou o seguinte:

“A primeira condição da legítima defesa é que seja dirigida contra uma agressão atual ou iminente. Entende-se por agressão toda atividade tendente a uma ofensa, seja ou não violenta. Pode ser considerada na sua fase militantemente ofensiva (agressão atual) ou na sua fase de imediata predisposição objetiva (agressão iminente): em qualquer destas hipóteses, está-se na órbita de legitimidade da reação. O que é preciso é que se apresente um perigo concreto, que não permita demora à repulsa; e tal perigo existe não só quando a agressão, já iniciada, *perdura* (perigo de continuada ou maior ofensa), como quando está a pique de iniciar-se. (...) A situação de perigo não está condicionada ao começo da ofensa. Idêntico ao resultante da agressão que continua é o perigo que deriva da agressão iminente. A reação é, em qualquer hipótese, preventiva: preventiva do começo de ofensa ou preventiva de maior ofensa. Não é, assim,

⁴ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, vol. 1, tomo 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 284.

⁵ HUNGRIA, op. Cit. p. 285.

admissível legítima defesa contra uma simples ameaça desacompanhada de perigo concreto e imediato. Finda a agressão, já não mais existe um perigo a ser conjurado.”⁶

Os mais modernos pareceristas e autores do Direito Penal brasileiro tendem a repisar as lições de Hungria.

César Roberto Bittencourt, acerca da atualidade e/ou iminência da agressão, afirma o seguinte:

“Além de *injusta*, a agressão deve ser *atual* ou *iminente*. *Atual* é a agressão que está acontecendo, que está se realizando, isto é, que não foi concluída; *iminente é a que está prestes a acontecer, que não admite nenhuma demora para a repulsa, sobre pena de concretizar-se.* (...) A *reação* do ofendido para caracterizar a legítima defesa pode ser *preventiva* ante uma agressão injusta iminente, estando orientada, prioritariamente, a impedir o início da ofensa, mas pode destinar-se a evitar, ante uma agressão injusta atual, a sua continuidade, com o objetivo de impedir que se produza um dano maior ao bem jurídico. A *reação* deve ser, em ambos os casos, imediata à *agressão*, pois a demora na repulsa descaracteriza o instituto da legítima defesa.”⁷

Sobre a proporcionalidade dos meios para a repulsa da agressão, o Professor Bittencourt repete a lição de Nelson Hungria, asseverando o seguinte:

⁶ HUNGRIA, op. Cit., pp. 286/287.

⁷ BITTENCOURT, op. cit., p. 436.

“(...) não se exige uma adequação perfeita, milimetrada, entre ataque e defesa, para se estabelecer a necessidade dos meios e a moderação no seu uso. Reconhece-se a dificuldade valorativa de quem se encontra emocionalmente envolvido em um conflito no qual é vítima de ataque injusto. A reação *ex improviso* não se compatibiliza com uma detida e criteriosa valoração dos meios necessários à repulsa imediata e eficaz.”⁸

Fácil vislumbrar a existência de certo consenso doutrinário acerca da definição do instituto, bem como do seu alcance.

Somente a partir dos pressupostos estabelecidos pela doutrina sobre o que é e como funciona a referida excludente de ilicitude é possível a análise técnica da necessidade e da pertinência da reforma pretendida pelo “Projeto Anticrime”.

5. Das propostas para o art. 23 do Código Penal.

O projeto propõe alterar o art. 23 do Código Penal para incluir dois parágrafos que, em tese, versarão apenas sobre casos de excesso em situações de aplicação das excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal.

O parágrafo primeiro reproduz o antigo parágrafo único, previsto como “excesso punível”, tipificando assim a existência de casos nos quais, a despeito da existência de situação de exclusão da antijuridicidade, o fato pode ser punido.

⁸ Idem, p. 437.

Já o parágrafo segundo, a verdadeira novidade no texto, prevê causa de redução de pena ou perdão judicial especificamente para situações quando, tal como previsto no texto, **“o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção”**.

O mencionado dispositivo possibilitaria o abrandamento de pena a agentes que, acusados de cometer algum excesso, se encontravam em situação excepcional e emocionalmente delicada quando do ocorrência do fato.

A proposta guarda amparo no direito comparado.

A possibilidade de abrandamento da punição em casos de excesso na legítima defesa ou outra excludente de ilicitude é prevista de modo expreso no Código Penal alemão, o qual utiliza as locuções **“perturbação, medo ou pânico”**, e no português, que fala em **“perturbação, medo ou susto, não censuráveis”**.

O texto do dispositivo alemão, em tradução livre, é o seguinte. Observe-se que, em tradução literal, o texto alemão fala em “autodefesa”, que é na verdade o instituto em português denominado “legítima defesa”:

Seção 33

Excesso em autodefesa

Um agente que excede os limites da autodefesa por confusão, medo ou pânico⁹ não será penalmente responsabilizado.

O texto do dispositivo alemão vai, em tese, bastante além da proposta do “Projeto Anticrime”, eliminando a possibilidade de persecução penal da conduta.

⁹ O termo em alemão é “*Schrecken*”, que dá a conotação de pânico causado por uma situação súbita, com o agente assustado, aterrorizado.

A doutrina alemã sobre o referido dispositivo faz distinção entre excessos intensivo e extensivo em legítima defesa, apontando a legítima defesa intensiva como a situação clássica de aplicação do parágrafo 33 da legislação penal teutônica. Eis a tradução livre de lição do Professor Doutor Johannes Kaspar:

O caso clássico e indiscutível do parágrafo 33 é o chamado excesso de defesa intensivo: o defensor luta por confusão, medo ou susto no contexto de uma consistente situação real de autodefesa, no entanto de forma mais intensiva do que necessário ou aconselhável.

Exemplo: 'A', numa viagem de caça, é atacado de surpresa por 'B', de punho levantado, prestes a desferir-lhe um soco. 'A', amedrontado, atira na direção de 'B' de certa distância, com sua pistola, ferindo-o gravemente. Um tiro de alerta teria sido, no entanto, suficiente.

No exemplo, 'A' optou, por conta de medo (e também em razão de uma afetação astênica), optou por um meio não necessário à defesa. (...) 'A' pode, no entanto, apelar para a razão de escusa do parágrafo 33.

Também quem, por confusão, medo ou susto, usa meio não necessário para defesa – algo como abater alguém que o ataca em visível estado de ligeira embriaguez – também estaria albergado pela escusa do parágrafo 33. (...)”¹⁰

A legislação penal lusitana vai também muito além do texto proposto no “Projeto Anticrime”.

¹⁰ KASPAR, Johannes. Strafrecht – Allgemeiner Teil – Einführung, 2. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden. 2017, p. 130-131



Eis os termos do art. 33 do Código Penal português:

Artigo 33.º

Excesso de legítima defesa

1 - Se houver excesso dos meios empregados em legítima defesa, o facto é ilícito mas a pena pode ser especialmente atenuada.

2 - O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis.

Ou seja, o excesso já é automaticamente atenuado, sendo ou não doloso; o reconhecimento das hipóteses de perturbação, medo ou susto geram perdão judicial no direito penal português.

No direito brasileiro, a matéria encontra-se já prevista no art. 45, parágrafo único, do Código Penal Militar, o qual dispõe o seguinte:

Excesso culposo

Art. 45. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa.

Excesso escusável

Parágrafo único. Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação.

A legislação penal castrense prevê, outrossim, a possibilidade de abrandamento da pena mesmo quando o excesso seria punível como crime doloso:

Excesso doloso



Art. 46. O juiz pode atenuar a pena **ainda** quando punível o fato por excesso doloso.

No que tange às hipóteses previstas no texto proposto para o art. 23, §2º, não há no Código Penal brasileiro menção direta expressa aos conceitos de **medo** e **surpresa**. O vocábulo **medo**, em especial, seria inteiramente desconhecido ao nosso ordenamento criminal.

O Supremo Tribunal de Justiça português, ao julgar matéria penal, condiciona a aplicação do dispositivo a situações de **medo** em casos como o do aresto abaixo em parte transcrito:

“(...) o excesso do meio usado pelo argüido ficou a dever-se, como resulta da matéria de facto apurada, ao medo que aquele tinha do irmão, pessoa que, embora mais baixa de estatura, era mais incorporado e mais forte que ele e tinha praticado luta greco-romana, de tal modo que, já por diversas vezes, o havia agredido e obrigado a tratamento hospitalar.

Daí que haja que considerar o aludido excesso como astênico e não censurável, por falta de culpa, com a conseqüente não punição do argüido, uma vez que sem culpa não há punição criminal, de acordo com o n. 2 do artigo 33 do Código Penal, como considerou a decisão recorrida. (...)”¹¹

Por outro lado, há abordagens doutrinárias sobre o conceito de surpresa, por conta de circunstância qualificadora do homicídio (art. 121, §2º, IV, CP) e de agravante genérica (art. 61, II, “c”, do CP).

¹¹ STJ (Portugal)

Processo 041727, Nº Convencional JSTJ00010559, Rel. Cerqueira Vahia, 05/06/1991

Cezar Roberto Bittencourt define a surpresa como sendo ***“um ataque inesperado, imprevisto e imprevisível; além do procedimento inesperado, é necessário que a vítima não tenha razão para esperar a agressão ou suspeitar dela”***¹².

O Professor Celso Delmanto, ao definir surpresa restringindo-a à situação ***“insidiosa e inesperada para a vítima, dificultando ou impossibilitando sua defesa”***¹³.

A hipótese de minoração da pena ou perdão judicial em casos de excesso culposos ou dolosos em decorrência de surpresa já está prevista nos arts. 45 e 46 do Código Penal Militar, mas não a de **medo**.

A hipótese do **medo** dificilmente poderia ser aplicável a agentes públicos de segurança no exercício de suas atividades, eis que a atividade de agentes de segurança pública pressupõe o preparo adequado para justamente enfrentar situações de perigo.

Já locução ***“violenta emoção”***, outra das hipóteses previstas no texto do art. 23, §2º, já é utilizada três vezes na legislação substantiva penal brasileira: como circunstância atenuante geral (art. 65, inciso III, “c”), no homicídio privilegiado (art. 121, §1º) e, por último, como causa de diminuição de pena do crime de lesão corporal (art. 129, §4º).

A doutrina define a expressão ***“violenta emoção”*** da seguinte forma:

“(...) é um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da efetividade, a que estão ligadas

¹²BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa. 17ed. São Paulo, Saraiva: 2017. p 91

¹³ DELMANTO, Celso [et al.] Código Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 448.

certas variações somáticas ou modificações particulares das funções da vida orgânica (pulsar precipite do coração, alterações térmicas, aumento da irrigação cerebral, aceleração do ritmo respiratório, alterações vasimotoras, intensa palidez ou intenso rubor, tremores, fenômenos musculares, alterações das secreções, suor, lágrimas etc.)¹⁴

A legislação brasileira diferencia a incidência da violenta emoção como circunstância atenuante daquela prevista no homicídio privilegiado e na causa de diminuição de pena do crime de lesão corporal:

“Sob o domínio significa que o agente deve estar completamente dominado pela situação. Caso contrário, se somente agiu influenciado, a hipótese não será de redução de pena em virtude da aplicação da minorante, mas tão somente de atenuação, em face da existência da circunstância prevista na alínea c do inc. III do art. 65 do Código Penal.¹⁵”

A jurisprudência é clara, usando o requisito temporal como parâmetro:

“Inconfundível o privilégio previsto no §1º do art. 121 do Código Penal com a atenuante referida no art. 65, inc. III, alínea c, do mesmo diploma legal. A primeira regra incide quando o agente comete o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima; a segunda, quando

¹⁴ HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal, vol. V. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 132.

¹⁵ GRECO, Rogério. Código Penal comentado, p 345

apenas influenciado por esse sentimento,
dispensado o requisito temporal¹⁶

Embora a proposta de inclusão do art. 23, §2º, no Código Penal não fale em requisito temporal, essa condição em tese estaria implícita, **eis que uma condição inerente ao próprio estado de legítima defesa.**

No caso de extemporaneidade da medida contra a agressão, não estaria o agente amparado pela excludente de ilicitude, pois sua reação mais próxima estaria de uma retorsão.

O projeto não esclarece se, no caso de **violenta emoção**, bastaria, a fim de fazer incidir a norma do art. 23, §2º, a simples **influência** da violenta emoção, nos mesmos termos do art. 65, III, "c", do Código Penal, ou se, de fato, que o agente esteja **dominado** por ela, como no caso do homicídio e da lesão corporal privilegiados.

O fato de que a possível nova minorante genérica do art. 23, §2º, seja justamente prevista na parte referente à **legítima defesa** do projeto anticrime aproximaria sua hermenêutica do art. 121, §1º, eis que o texto desse dispositivo prevê que a ação do agente ocorra **"logo em seguida a injusta provocação da vítima"**.

Mencione-se, ainda, que a frase **"escusável medo, surpresa ou violenta emoção"** deixa margem a dúvida se a palavra **escusável** tão somente se refere a **medo** ou se é aplicável às três hipóteses de incidência da norma.

Como aparentemente o termo se refere às três hipóteses, seria possível corrigir a redação do dispositivo e eliminar qualquer

¹⁶ TJDF, APR 19980110369450, Rel. Getúlio Pinheiro, 2ª T., Crim., j. 22/2/2007, DJ 22/3/2007

possibilidade de dúvida, flexionando o vocábulo ao plural: “medo, surpresa ou violenta emoção escusáveis”.

Talvez ao contrário do pretendido com o projeto, evidentemente essas circunstâncias não se aplicariam aos agentes de segurança pública no exercício de suas funções, já amparados pela normas dos arts. 45 e 46 do Código Penal Militar.

A incidência da norma proposta no art. 23, §2º, decerto alargaria as hipóteses de excesso escusável do art. 45, parágrafo único, do Código Penal Militar, e, tendo em vista o contexto político no qual nasce o projeto, a falta de definição clara de alguns de seus conceitos na doutrina e na jurisprudência poderia dar margem a interpretações extravagantes.

Quiçá mesmo, em casos extremos, ser encarada como cláusula penal autorizando execuções extrajudiciais.

A importação acrítica de conceitos legislativos de países que vivenciam realidades políticas e sociais completamente distintas da brasileira, casos de Portugal e Alemanha, é medida perigosa.

Tais nações não possuem nem de longe um problema grave de letalidade policial como o Brasil; nem tampouco seria cogitável em seus órgãos legislativos qualquer proposição legislativa autorizando a eliminação ou a execução de suspeitos.

A realidade brasileira é totalmente distinta.

Não há como desconsiderar as diversas afirmações dos proponentes do projeto de que tais excessos são inerentes à atividade policial e, como tal, deveriam ser amparados por uma “*retaguarda jurídica*”.

Como ignorar declarações dadas, por exemplo, pelo Governador Wilson Witzel, afirmando que *"o correto é matar o bandido que está de fuzil; a polícia vai fazer o correto, vai mirar na cabecinha e... fogo! Para não ter erro"*¹⁷.

Seria o objetivo com esse dispositivo criar a pretendida retaguarda jurídica em situações de confronto armado?

Por outro lado, a proposta poderia ser uma ferramenta interessante para proteger, por exemplo, vítimas de violência doméstica e grupos LGBT que possam ter cometido algum excesso durante atos de defesa.

A modificação, porém, não deveria abarcar agentes de segurança, pois, como citado por Luis Greco, *"as emoções que provocam o excesso dificilmente estarão presentes nesses agentes, em que se supõe uma maior capacidade de enfrentar situações extremas"*¹⁸.

Uma forma de tornar isso mais claro seria excluir expressamente agentes de segurança em serviço do âmbito de incidência da norma.

A exclusão da incidência da norma a agentes públicos dos órgãos de defesa no exercício de suas funções retiraria qualquer possibilidade de que o dispositivo funcionasse como autorização a ações policiais letais, servindo no entanto para propiciar ao Juiz e aos Conselhos de Sentença uma ferramenta que permita sanções proporcionalmente adequadas ao juízo de reprovabilidade da conduta.

¹⁷ Wilson Witzel: A polícia vai mirar na cabecinha e... fogo. Veja. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/politica/wilson-witzel-a-policia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogo/>>

¹⁸ GRECO, Luis. "Análise sobre Propostas Relativas à Legítima Defesa no 'Projeto de Lei Anticrime'". Jota. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/analise-sobre-propostas-relativas-a-legitima-defesa-no-projeto-de-lei-anticrime-07022019>> Acesso em 25/02/2019.

Assim, com os ajustes aqui propostos, uma redação mais adequada ao dispositivo seria da seguinte forma:

"Art. 23.....

[...]

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

§3º O disposto no parágrafo anterior não é aplicável a agentes de segurança pública no exercício de suas funções."

Assim sendo, entende-se que a medida pode ser oportuna e merecer endosso, desde que excluída de modo expresso qualquer possibilidade de que o dispositivo sirva para favorecer ações policiais letais.

6. Da proposta para o art. 25 do Código Penal.

As mudanças propostas para o art. 25 do Código Penal são, *primo ictu oculi*, inócuas, nada acrescentando ao instituto.

Almeja o projeto, nesse ponto, inserir um parágrafo único com dois incisos ao art. 25 do Código Penal, especificando hipóteses nas quais agentes de segurança pública fariam, de modo automático, jus à exclusão da ilicitude de suas ações.

O texto do parágrafo contendo os incisos afirma que "*observados os requisitos do **caput**, considera-se em legítima defesa*", ou seja, que **caso observados os parâmetros previamente definidos no próprio art. 25 do Código Penal**, o agente terá agido em legítima defesa.

O projeto, então, prevê o inciso I, o qual afirma que "*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".

Já o inciso II afirma que estaria agindo em legítima defesa "o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes".

Se a intenção das modificações for apenas a de dar maior segurança jurídica ao agente público de segurança que atua dentro dos parâmetros legais e constitucionais de proporcionalidade no uso dos meios, tal trecho do projeto é inócuo.

A necessidade de observância dos requisitos do caput do art. 25 do Código Penal, quais sejam, **uso moderado dos meios necessários para repelir injusta agressão atual ou iminente, na proteção de bem jurídico próprio ou de outrem**, são circunstâncias indispensáveis para que os casos previstos nos incisos I e II não sejam considerados antijurídicos.

Trocando em miúdos, o projeto basicamente diz que **age em legítima defesa quem age em legítima defesa.**

Não existe legítima defesa específica para agentes de segurança, em termos diversos daqueles reservados à população geral, esteja ou não em situação de conflito.

Os requisitos são os mesmos, o instituto é o mesmo.

No caso previsto no inciso I, se o agente **previne injusta agressão a direito seu ou de outrem**, pouco importa se está ou não em situação de conflito armado.

Exemplo concreto da hipótese prevista no texto do inciso I seria um grupo de policiais que, ao fazer uma incursão numa comunidade, é alvo de tiros por parte de homens armados.

A reação com uso moderado dos meios a tal ameaça concreta é clara hipótese de legítima defesa, até que a agressão cesse, seja com a rendição dos agressores, seja com sua fuga, seja mesmo com o perecimento de um deles.

Caso a norma seja interpretada dessa forma, a modificação legal é inócua, eis que nada acrescenta ao conceito de legítima defesa.

Melhor sorte não assiste ao texto do proposto inciso II, pelas exatas mesmas razões.

O referido inciso cuida da hipótese de pessoa mantida refém durante a execução de ato criminoso.

Ocorrência essa, frise-se, bastante comum em caso de sequestros e roubos praticados contra instituições bancárias, por exemplo.

Foi o ocorrido, outrossim, no famoso caso do sequestro do ônibus 174, em 12 de junho de 2000, o qual culminou com o falecimento da vítima Geisa Firmo Gonçalves e do autor do fato, Sandro Barbosa do Nascimento.

A locução **“vítima mantida refém”** conduz, necessariamente, à interpretação de uma ameaça concreta já em curso, no mínimo com restrição de sua liberdade de ir e vir, além de possível ameaça concreta ao bem jurídico vida.

O policial que, nessas circunstâncias, “observados os requisitos do caput” do art. 25 do Código Penal, vem a agir, está abarcado pela excludente de ilicitude prevista no art. 23, II, do Código Penal.

Mais uma vez, a modificação legal é desnecessária, inócua, tão somente repisando os termos do instituto.

Nesse sentido, nada haveria na modificação proposta ao art. 25 do Código Penal que de fato trouxesse um maior âmbito de proteção normativa aos agentes de segurança pública.

Se esse for o objetivo único do trecho do projeto, então não há que se falar em encampar a mudança, pois desnecessária.

Existe, porém, regra basilar de hermenêutica, segundo a qual *não se presumem na lei palavras inúteis*.

A obra clássica de Carlos Maximiliano sobre hermenêutica jurídica trata do assunto:

“Bem avisados, os norte-americanos formulam a regra de Hermenêutica nestes termos: ‘deve-se atribuir, quando for possível, algum efeito a toda palavra, cláusula, ou sentença’. Não se presume a existência de expressões supérfluas; em regra, supõe-se que leis e contratos foram redigidos com atenção e esmero; de sorte que traduzam o objetivo dos seus autores. Todavia é possível, e não muito raro, suceder o contrário; e na dúvida entre a letra e o espírito, prevalece o último.”¹⁹

Embora o próprio Maximiliano reconheça a existência, sim, de “*palavras inúteis*” na legislação, fato é que, como regra, a interpretação da norma tende a dar sentido às locuções utilizadas pelo legislador.

¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 251.



Nessa toada, e mormente diante do contexto político no qual as modificações são propostas, a utilização da locução **"conflito armado"** é preocupante.

Como leciona o Professor Gerhard Werle, "conflito armado" ("armed conflict") foi definido pela primeira vez pela câmara de apelação do Tribunal Criminal Internacional para a Antiga Iugoslávia:

"International humanitarian law, and thus also the laws of war, may as a rule be applied only to armed conflict. The ICTY Appeals Chamber, in its judgement of 2 October 1995, defined armed conflict as follows: '[W]e find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or *protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State*'.²⁰"

Os grupos armados aos quais fez menção a Câmara de Apelações do Tribunal Criminal Internacional para a Antiga Iugoslávia são grupos armados com motivação política, grupos que almejam, em última análise, a tomada do poder pela via armada.

Isso resta bastante claro no art. 8º-2-f do Estatuto de Roma, da Corte Penal Internacional:

"Artículo 8

Crímenes de guerra [...]

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por 'crímenes de guerra': [...]

²⁰ WERLE, Gerhard. Principles of International Criminal Law. The Hague, Holanda: T.M.C. Asser Press, pp. 286/287.

f) El párrafo 2 e)²¹ del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.”

A despeito das elevadas taxas de criminalidade urbana do país, e, notoriamente, do estado do Rio de Janeiro, não há que se falar em enquadramento de grupos como o Comando Vermelho – citado nominalmente em outro trecho do projeto, aliás – no conceito de “*organized armed groups*” para fins do reconhecimento de um conflito armado não internacional.

Diante disso, difícil compreender o uso do termo “*conflito armado*” no projeto.

O termo parece ter sido empregado de modo atécnico, referindo-se a conflitos armados de modo *lato*, sendo preocupante o tipo de interpretação que será dada ao dispositivo.

Será o referido inciso, em decorrência do emprego dessa locução, encarado como verdadeira “*licence to kill*”, consagrada pela ficção de Ian Fleming?

O emprego da locução “*conflito armado*” dentro do proposto texto para o inciso I do art. 25 do Código Penal guarda certa

²¹ O referido parágrafo “e” trata de violações graves em conflitos armados não internacionais, ou seja, conflitos com características de guerra civil.



similaridade com a "Ordem de Serviço nº 803 de 1969, da Superintendência de Polícia Judiciária do Antigo Estado da Guanabara"²².

Editado cerca de quatro meses após o AI-5, a normativa dispunha que policiais, *"em caso de resistência, poderão usar os meios necessários para defender-se ou vencê-la"*, dispensando a investigação de eventuais mortes.

O cenário de promessas de emprego de atiradores de elite (*"snipers"*) em operações favelas por parte do atual governador fluminense torna a questão ainda mais sensível.

Outro ponto sensível do texto proposto é o uso, no inciso I do art. 25, o termo **"previne"**, ao invés de **"repele"**, utilizado no caput do dispositivo: **"previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem"**.

Há evidente diferença semântica no emprego das locuções, com prováveis implicações na hermenêutica do dispositivo. O espaço temporal que se extrai da locução é significativamente mais largo que no caso de *"repelir"*.

Segundo o "Dicionário Priberam da Língua Portuguesa", **repelir** significa *"rechaçar, impelir com ímpeto, expulsar, afastar, rebater, não deixar aproximar"*²³. Todos os significados implicam necessariamente uma reação a agressão já iniciada ou, ao menos, no exato instante em que será iniciada.

O significado de **prevenir**, por outro lado, segundo o mesmo dicionário, é *"dispor de antemão, precaver, tratar de evitar"* ²⁴.

²² FLORA, Diogo José da Silva. In dubio contra reum: autos de resistência e justiça penal de exceção. Rio de Janeiro, 2017. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 2017. p. 59

²³ <https://dicionario.priberam.org/repelir>

²⁴ <https://dicionario.priberam.org/prevenir>

Como já frisado, a ação ofensiva demanda atualidade e iminência, sendo que "**atual**, como observado, designa presente, já se ter começado e ainda não estar concluída; e **iminente**, ou seja, **imediate**, prestes a acontecer"²⁵.

De antemão, as diferenças levantam a questão acerca do **espaço temporal** e do **grau de certeza da agressão** que seria exigido para a ação em tese defensiva.

A convivência dentro do dispositivo prevendo a legítima defesa de verbos com significados tão díspares como "**repelir**", já consagrado na doutrina, e "**prevenir**", de espectro mais amplo, poderia no mínimo gerar insegurança jurídica.

Caso o alargamento das hipóteses de cobertura pela excludente de ilicitude não seja o objetivo do texto do art. 25, I, o emprego do verbo "**prevenir**" não faz sentido e deveria ser substituído pelo consagrado verbo "**repelir**".

A conjugação das locuções "**conflito armado**" e "**previne injusta e iminente agressão**" pode, outrossim, ensejar interpretações que descaracterizem o instituto da legítima defesa e sugiram a possibilidade de propagação de "**ações letais preventivas**" em casos nos quais agentes de segurança pública poderiam ficar sob perigo, como por exemplo durante incursões em áreas de risco.

Logo, se por um lado as modificações propostas ao art. 25 do Código Penal **nada acrescentam** ao âmbito de proteção conferido pela excludente de ilicitude da legítima defesa, por outro, o emprego dos termos "**conflito armado**" e "**prevenir**" poderão implicar insegurança jurídica ou mesmo em interpretações que levem a uma inadmissível autorização para a promoção de ações letais.

²⁵ PRADO, Luiz Régis. Tratado de Direito Penal: parte geral, volume I. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 683.



Em ambos os casos, entende-se que as modificações são inoportunas, devendo ser rejeitadas.

7. Da proposta para os arts. 309-A e 310 do Código de Processo Penal.

As modificações propostas para o Código de Processo Penal são positivas.

A proposição do art. 310, §1º, apenas renumera o atual parágrafo único do mesmo dispositivo, cujo texto é o seguinte:

Art. 310 [...] Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

A real modificação estaria na inserção do art. 309-A ao *codex* processual penal.

O novo dispositivo autorizaria o Delegado de Polícia a deixar de efetuar a prisão em flagrante caso verifique, de pronto, "*que o agente manifestamente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 - Código Penal*".

A previsão seria inédita na legislação.

Hoje, nos termos do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, apenas o magistrado, após o recebimento do auto de prisão em flagrante, pode relaxar a prisão, avaliando se o autor do fato agiu amparado por alguma excludente de antijuridicidade.

Muito embora com as audiências de custódia a soltura de um suspeito preso nessas condições tenda a ocorrer até 48h depois do seu encarceramento, de fato não faz sentido acautelar suspeito que flagrantemente agiu amparado por alguma causa de exclusão da ilicitude.

O texto do novo artigo proposto traz de positivo que a não efetuação da prisão ocorrerá *"sem prejuízo da investigação cabível"*, além de já impor a cautelar *"de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revelia e prisão"*.

O texto prevê, portanto, a instauração de investigação policial para averiguar as condições, podendo ser o agente eventualmente processado e até mesmo preso.

A proposta poderia tutelar melhor as mortes ocorridas em decorrência da atividade policial que o atual regime de autos de resistência, sabidamente lavrados sem que, na grande maioria dos casos, seja levada a cabo qualquer investigação.

O texto do dispositivo, porém, deveria ser melhor elaborado, com fins de evitar a possibilidade de abusos.

A tradição processual brasileira vem sendo, ao longo de décadas, a de que apenas a Autoridade Judicial venha a conceder a liberdade.

Se por um lado isso pode acarretar no acautelamento por alguns dias de um agente amparado por uma excludente de ilicitude, por



outro pode impedir que situações de claríssimos abusos acabem sem o necessário controle jurisdicional.

Nessa toada, não é suficiente que o projeto tão somente possua a previsão de instauração da investigação cabível.

Deveria constar de modo expreso no dispositivo a necessidade obrigatória, em casos de aplicação pela Autoridade Policial do art. 309-A, de instauração de **inquérito policial**, procedimento adequado previsto no nosso Código de Processo Penal para a devida apuração de possíveis ilícitos penais.

Nesse ponto, parece carecer de técnica legislativa a expressão "*investigação cabível*".

Ademais, fundamental a obrigatoriedade de comunicação imediata, no mesmo prazo da prisão em flagrante, ao Juízo competente e ao Ministério Público, para avaliação do acerto do procedimento adotado pela autoridade policial e requerimento de diligências cabíveis, inclusive o restabelecimento da custódia cautelar.

A título de exemplo, assim poderia ser o texto do dispositivo:

"Art. 309-A. Se a autoridade policial verificar, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, que o agente manifestamente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Código Penal, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, **instaurando inquérito** para apurar o fato e registrando em termo de compromisso a



obrigatoriedade de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revelia e prisão.

Parágrafo único. A Autoridade Policial deverá comunicar sua decisão ao Juiz competente e ao Ministério Público, no prazo de 24h, a fim de que possa ser reavaliada a presença da causa de exclusão da ilicitude, apresentado requerimento de diligências e possível necessidade de prisão cautelar do agente ou imposição de medidas cautelares adicionais.

Nesse sentido, entende-se que a modificação proposta deve ser endossada desde que com algumas modificações, podendo ser medida positiva para a legislação processual penal.

8. Conclusão.

Diante do exposto, opinamos da seguinte forma:

1) **Endossar** as modificações propostas para o art. 23 do Código Penal, desde que com a **ressalva** de que a norma não será aplicável a agentes públicos no exercício de suas funções, como na redação abaixo sugerida:

"Art.23..... [...]"

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

§3º O disposto no parágrafo anterior não é aplicável a agentes de




segurança pública no exercício de suas funções."

2) Não endossar as modificações propostas pelo Projeto Anticrime para o art. 25 do Código Penal.

3) Endossar a inserção do art. 309-A ao Código de Processo Penal, desde que com as **ressalvas** de que deverá ser instaurado inquérito para apurar o fato e a decisão da Autoridade Policial será comunicada ao Juiz competente e ao Ministério Público em até 24h, para que o caso seja reavaliado e seja apresentado pedido de diligências, prisão cautelar do agente ou outras medidas cautelares adicionais, como na redação abaixo sugerida:

"Art. 309-A. Se a autoridade policial verificar, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, que o agente manifestamente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Código Penal, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, *instaurando inquérito* para apurar o fato e registrando em termo de compromisso a obrigatoriedade de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revelia e prisão.

Parágrafo único. A Autoridade Policial deverá comunicar sua decisão ao Juiz competente e ao



Ministério Público, no prazo de 24h, a fim de que possa ser reavaliada a presença da causa de exclusão da ilicitude, apresentado requerimento de diligências e possível necessidade de prisão cautelar do agente ou imposição de medidas cautelares adicionais.

É nossa opinião, s.m.j.

Cordialmente,

Carlos Eduardo Machado
OAB/RJ 46.403

Mario Fabrizio Polinelli
OAB/RJ 172.639