

DANILLO SILVA BASTOS

LEGÍTIMA DEFESA NO CONTEXTO POLICIAL

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2022

DANILLO SILVA BASTOS

LEGÍTIMA DEFESA NO CONTEXTO POLICIAL

Monográfica apresentado ao Núcleo de Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade Evangélica de Goiás, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação do professor Me. José Rodrigues Ferreira Júnior.

CURSO DE DIREITO - UniEVANGÉLICA
ANÁPOLIS – 2022

DANILLO SILVA BASTOS

LEGÍTIMA DEFESA NO CONTEXTO POLICIAL

Anápolis, ____ de _____ de 2022.

Banca Examinadora

RESUMO

Este presente trabalho explica o instituto da legítima defesa na atuação policial, enfocando que, o ordenamento jurídico brasileiro admite o instituto da referida excludente de ilicitude a toda pessoa que se encontre na iminência de ser agredido injustamente, agressão esta que possa vir a ser direcionada à honra ou até mesmo ao seu patrimônio. Esclareceu-se também que o policial faz jus ao seu direito fundamental, independente se está ou não em exercício da função. Com base nestas análises, a finalidade será na prática discriminante putativa, a chamada legítima defesa putativa, no âmbito da atuação policial. Este trabalho teve por objetivo geral: descrever o que é a legítima defesa como meio de exclusão de ilicitude através da ação policial, buscando descrever as noções sobre legítima defesa, crime, bem como, a legítima defesa e sua relação com a polícia na luz da Constituição Federal. Para que o mesmo se pautasse do êxito esperado, adotou-se uma metodologia de trabalho em que foram realizadas consultas em obras existentes e que versam fartamente sobre o assunto abordado. Conclui-se, dentro do exposto, que é possível averbar que o enquadramento da legítima defesa putativa ao Policial Militar em atividade é possível, em meio que, não teria como esperar-se uma resposta diferente considerando as variáveis presentes na hora do fato, ou seja, a reação entre decidir defender-se ou ser alvejado é curta e o saber diferenciar uma arma real de uma réplica durante uma situação real e com perigo não é relevante quando se tratam de vidas.

Palavras-chave: Legítima defesa. Policial Militar. Exclusão de ilicitude.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO - I - LEGITIMA DEFESA	03
1.1. Origem da Legítima Defesa.	03
1.2. Conceito de Legítima Defesa.....	05
1.3. Previsão da Legítima Defesa.	06
CAPÍTULO - II - LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA	10
2.1. Conceito de Legislação Simbólica.....	10
2.2. Direito Penal Simbólico	12
2.3. Garantismo Penal.....	13
2.4. Efeitos do Direito Penal Simbólico	15
CAPÍTULO - III - LEGITIMA DEFESA DO PACOTE ANTICRIME	19
3.1. Lei nº 13.964/2019.....	19
3.1.1. Do art. 23 – “escusável medo, surpresa ou violenta emoção	20
3.1.2. Perspectiva psicológica – As emoções humanas e sua subjetividade	20
3.1.3. Do art. 25 – Da redundância da “Licença para matar”	22
3.2. Inclusão da legítima defesa policial	25
3.3. Legítima defesa policial é uma legislação simbólica?	26
CONCLUSÃO	29
REFERÊNCIAS	31

INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico tem como temática a caracterização da legítima defesa putativa na ótica policial, visto que a sociedade ainda passa por uma sensação de insegurança todos os dias, demonstrada através dos altos índices de criminalidade, fazendo-se necessário estar pronto para defendermos a indivíduos terceiros, que sofram alguma agressão injusta, conforme os pareceres legais previstos na legislação.

A presente pesquisa encontra-se sob o título: legítima defesa putativa na ação policial. Isto se justifica, pois, o presente estudo enfatiza que visando a clareza em relação ao instituto, que apesar de pacífico diante das doutrinas penalistas, possui ainda muitas nuances, ou seja, tem o intento de identificar o conceito legal de legítima defesa, e suas consequências, tendo em vista uma exclusão de ilicitude.

Em complementação ao estudo da legítima defesa, deve ser realizado um aprofundamento quanto ao enquadramento legal dos crimes propriamente e impropriamente policiais, para identificarmos em quais cenários a aplicabilidade da presunção da legítima defesa poderia ser utilizada, se levado em considerações os seus limites éticos.

Logo, a presente monografia apresenta como objetivo geral: descrever o que é a legítima defesa como meio de exclusão de ilicitude através da ação policial.

No primeiro capítulo, tratou-se sobre o conceito analítico de crime, descrevendo suas especificidades: fato típico, ilicitude e, posteriormente salientando os elementos relevantes para a abordagem do crime dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, o segundo capítulo apresentou as gerais de legítima defesa, descrevendo sobre a legítima defesa, seu conceito, evolução histórica, natureza jurídica, como também, os tipos de legítima defesa vigentes na legislação.

Enfim, o terceiro e último capítulo compreendeu a legítima defesa real, como também, a putativa, abrangendo os excessos, de modo a demonstrar que o agente que pratica, conseqüentemente, não responde por toda ação, mas apenas pelo excesso e fim. Em seguida, foram citadas algumas jurisprudências da defesa putativa em ação policial.

CAPÍTULO I - LEGÍTIMA DEFESA

Inicialmente, no primeiro capítulo, o objetivo a ser tratado será o de fazer uma apresentação sobre o conceito analítico de crime e suas especificidades, percorrendo sobre o fato típico, abordar sobre a ilicitude e culpabilidade com enfoque em a legítima defesa, trazendo os elementos de maior relevância para a abordagem do crime dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 Origem da legítima defesa

O assunto “legítima defesa” é ponto divergente entre doutrinadores, havendo até mesmo aqueles que afirmam que este instituto não possui história.

A história da legítima defesa embarça-se com a história do homem uma vez que este já nasce com o instinto de defender-se. A principal origem da legítima defesa é a conservação do homem, por isso é natural anteceder toda e qualquer codificação legal, sendo este o motivo de vários doutrinadores entenderem como um instituto que não tem história.

Mas para o doutrinador Ferracini (1996) não representa uma verdade total o fato de considerarem que a legítima defesa não tem história, para ele poucos institutos têm uma história tão completa quanto ao instituto da legítima defesa. Ele diz ainda que a compreensão do estado de defesa é que não tem história.

Os romanos tinham como direito reconhecido a repulsa da violência pela violência. Guerrero (1997, p. 64) afirma que:

No Direito Romano, para que a defesa fosse legítima, não bastava o caráter injusto da agressão: exigia-se que essa ainda não houvesse cessado, pois se o ataque desaparecesse, o direito de defesa deixaria de existir dando lugar ao excesso, porque neste caso, se estaria diante de uma vingança.

Vale destacar que para os romanos, embora a legítima defesa fosse um ato de ação individual, para que tivesse reconhecimento fez-se necessário algumas formalidades.

O mesmo não incidia no direito Germânico que, por sua vez, assumia a legítima defesa um caráter particular, derivado do direito de vingança que poderia ser exercido imediatamente ou, até mesmo, antecipadamente pela vítima da agressão. O seu fundamento permitia que uma pessoa pudesse vingar a morte de um parente, no próprio agente causador ou em seus familiares como forma de privar a paz do agressor.

A Igreja Católica, com sua grande influência sobre o Estado, colaborou muito para o incremento da legítima defesa, encontrava-se em essência, o reconhecimento da legítima defesa, admitindo-se a repulsa, sob a condição de que seja proporcional ao ataque sofrido.

O que se compreende é que a busca de vestígios da legítima defesa ao longo do tempo, passando pelo direito Romano, passando pelo Germânico, até chegar à legislação moderna é em vão, uma vez que nada condiz a direito e, sim, às formas primordiais de reação a ataques. De acordo com Jesus (2002, p. 383).

A nossa jurídica da legítima defesa surgiu quando o Estado reclamou para si o castigo do autor em face da prática de uma ofensa pública ou privada, iniciando-se o processo evolutivo do direito de punir e do direito de liberdade: de um lado, o magistério estatal punitivo como forma de repressão ao delito; de outro; a legítima defesa exercida por qualquer particular injustamente vítima da agressão.

O julgamento que se tem é que a impunidade do agente que pratica o fato em legítima defesa sempre foi reconhecida, porém, a noção jurídica do instituto da legítima defesa foi incluída aos poucos na legislação brasileira, em razão da inconformidade do Estado perante a instintiva e limitada oposição da força contra força, monopolizando para si a proteção dos direitos individuais, abrindo obrigatoriamente uma exceção, permitindo que o indivíduo o substitua quando a agressão do injusto atacar seus direitos.

O instituto da legítima defesa, em síntese, apresenta dois fundamentos: o primeiro é a defesa do ordenamento jurídico, afetando ante uma agressão injusta. O segundo é a necessidade de defender bens jurídicos perante uma agressão.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 549):

O problema mais complexo da legítima defesa não é a sua natureza, mas o seu fundamento. É definido pela necessidade de conservar a ordem jurídica e de garantir o exercício dos direitos. Conforme seja acentuado um ou outro dos aspectos deste duplo fundamento, se insistir em seu conteúdo social ou individual. Na realidade, o fundamento da legítima defesa é único, porque se baseia no princípio

de que ninguém pode ser obrigado a suportar o injusto. Trata-se de uma situação conflitiva, na qual o sujeito pode agir legitimamente, porque o direito não tem outra forma de garantir o exercício de seus direitos, ou melhor dito, a proteção de seus bens jurídicos.

Jesus (2002, p. 385) define sua posição com relação à natureza jurídica deste instituto, segundo o entendimento do autor, são estabelecidos dois grupos que procuraram fundamentar a legítima defesa:

O Primeiro grupo parte do princípio que o homicídio cometido em legítima defesa é voluntário, não se castigando o autor porque se fundamenta na conservação da existência, essa teoria é bastante restrita, uma vez que se baseia exclusivamente no homicídio, entendendo o instituto com escusa e causa de impunidade. O segundo grupo fundamenta a legítima defesa como exercício de um direito e causa de justificação, pois não atua contra o direito quem comete reação para proteger um direito próprio ou alheio ao qual o Estado não pode oferecer a tutela mínima, esta é a seguida pelo Código Penal.

1.2 Conceito de legítima defesa

A Legítima defesa é uma excludente de ilicitude prevista no artigo 23 inciso II do Código Penal, que em regra garante ao agente que repeliu uma agressão injusta atual ou iminente o direito de não ser penalizado, haja vista haver a exclusão do ilícito penal.

De concordata com o que estabelece o Código Penal em seu Artigo 25, entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Capez (2011) reforçando o caput do artigo 25 do Código Penal explana que a legítima defesa é uma causa de exclusão da ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários.

Nas palavras de Nucci (2012, p.172) dispõe que: “na legítima defesa há um conflito entre o titular de um bem ou interesse juridicamente protegido e um agressor, agindo ilicitamente, ou seja, trata-se de um confronto entre o justo e o injusto”.

De forma bem prática Carlos e Friede (2013) estabelece que a legítima defesa se trata de causa de excludente de ilicitude através da qual o Estado permite, em caso excepcional, e desde que presentes os requisitos necessários, o exercício da autodefesa.

Prado (2008, p. 65) estabelece em sua obra, que existem várias teorias que buscam justificar e explicar a legítima defesa, dentre elas, o mesmo esclarece que:

Existe a teoria da ação culpável e impune (Kant), oriunda do Direito Canônico. Por ela não se poderia aprovar a morte de um ser humano, somente declará-la impune. Teoria da retribuição, no qual estabelece que a defesa particular é injusta, pois o direito de punir pertence exclusivamente ao Estado. Teoria do Direito subjetivo público (Binding, Massau), no qual considera a legítima defesa como direito público, e a reação individual de uma agressão injusta têm cunho de justiça.

Vale frisar de forma importante que, o agente ao se utilizar da legítima defesa pode ser alvo de um processo criminal, mas, a luz do artigo 386 inciso VI do Código de 10 Processo Penal tem que ser absolvido, regulamentando que o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça existirem circunstâncias no qual excluam o crime ou isentem o réu de pena.

1.3 Previsão da legítima defesa

Em resumo, a legítima defesa é uma causa de exclusão de ilicitude, com previsão legal no artigo 23, inciso II do Código Penal, tendo como fundamento o fato do Estado não ter condições de oferecer proteção aos cidadãos em todos os lugares e momentos, logo, permite que se defendam quando não houver outro meio, assim dispõe Capez (2011). Lembrando, que tal dispositivo engloba todo o cidadão independente da profissão que exerça.

Carlos e Friede (2013) em seus ensinamentos no tocante ao fundamento, estabelecem que se trate de causa da exclusão de ilicitude através do qual o Estado permite, em caso excepcional, e desde que presentes os requisitos necessários, o exercício da autodefesa, ou seja, sabendo que não é capaz de se fazer presente em todos os lugares ao mesmo tempo, o Estado autoriza o indivíduo a se proteger de agressões injustas, bem como a proteção de terceiros injustamente agredidos.

Verificando o artigo 25 do Código Penal, observa-se que o conceito legal de Legítima Defesa se encontra preenchido de elementos que se faz necessário uma correta interpretação, visando o mais próximo possível de uma verdade real. Com base nisso é importante um estudo de seus elementos: Agressão injusta; atual ou iminente; meios necessários; moderação; direito próprio ou de terceiro.

Prado (2008) acrescenta e afirma a necessidade o requisito subjetivo, que é o conhecimento da agressão e a vontade de defesa, ou seja, o agente deve ser portador do elemento subjetivo, consistente na ciência da agressão e no ânimo ou vontade de atuar em defesa de direito seu ou de outrem.

Agressão Injusta

Agressão é o comportamento humano que põe em perigo um interesse juridicamente protegido, todavia, se um policial utiliza violência para evitar um crime, constitui uma agressão justa, pois o mesmo agiu na defesa de um bem jurídico assegurado pelo ordenamento vigente. Salientando que não se exige que a agressão injusta seja necessariamente um crime, exemplo: A legítima defesa pode ser exercida para a proteção da posse, como bem estabelece o Código Civil em seu artigo 1.210 §1º, *in verbis*:

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado § 1º. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indisponível à manutenção ou restituição da posse. (BRASIL, 2014)

Sendo importante destacar que os inimputáveis (ébrios habituais, doentes mentais, menores de 18 anos) podem sofrer reação do agredido amparado pelo instituto da legítima defesa, pois, o Código Penal, em seu artigo 23 não faz distinção se o agente agressor é imputável penalmente ou não. Nucci (2012) ratifica esclarecendo que, o inimputável, embora não tenha consciência da ilicitude de seus atos, pode praticar agressões injustas, que é elemento suficiente para caracterizar a excludente.

Atualidade ou Iminência

Agressão atual é aquela que está acontecendo; iminência é aquela que mesmo não estando ocorrendo irá acontecer quase que imediatamente. Vale ressaltar que a reação deve ser imediata à agressão, pois a demora no revide desqualifica a excludente de ilicitude legítima defesa, caracterizando vingança de forma premeditada que por sua vez é vedada pelo ordenamento jurídico, e passível de sanções penais, porém, Capez (2011) esclarece que, no crime permanente, a defesa é possível a qualquer momento, uma vez que a conduta se protraí no tempo, renovando-se a todo instante a sua atualidade.

Meios Necessários

Os meios necessários são aqueles utilizados de forma proporcional e suficientes para cessar a agressão e se possível escolhendo o meio menos gravoso para cessar a agressão sofrida. Ao analisar situações hipotéticas ou até mesmo em

casos concretos não é fácil para o agredido, que totalmente envolvido em uma situação de medo, pânico ou outro sentimento siga corretamente todos os parâmetros de proporcionalidade, até mesmo porque a legítima defesa é uma reação natural, é um instinto, e por isso a exigência de proporcionalidade é incompatível com o instituto, porém é viável que se exija certo limite para a adequação da devida excludente, lembrando que o direito à legítima defesa não é absoluto.

Vale informar que a portaria interministerial 4.266 de 2010, que traça diretrizes sobre o uso da força, estabelece de forma clara em seu tópico 3 que:

Os agentes de segurança pública não deverão disparar armas de fogo contra pessoas, exceto em casos de legítima defesa própria ou de terceiros contra perigo iminente de morte ou lesão grave. (BRASIL, 2010)

Capez (2011) complementa afirmando que os meios necessários são os menos lesivos colocados à disposição do agente no momento em que sofre a agressão. O autor utiliza o seguinte exemplo: Se o sujeito tem um pedaço de pau a seu alcance e com ele pode tranquilamente conter a agressão, o emprego de arma de fogo revela-se desnecessário. O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que o modo de repelir a agressão, também, pode influir decisivamente na caracterização do elemento em exame. Assim, o emprego de arma de fogo, não para matar, mas para ferir ou amedrontar, pode ser considerado meio menos lesivo e, portanto, necessário. Porém, é importante lembrar que a legítima defesa é uma reação natural, rápida, e em regra não há tempo para agir de forma milimetricamente proporcional, agora, o que se deve evitar é uma total desproporcionalidade.

Entretanto, se um indivíduo em posse de um objeto perfuro cortante tenta ferir um policial, ou tomar a arma do mesmo, este tem que se defender usando os meios que estão ao seu alcance o que normalmente é uma arma de fogo.

Também com relação aos meios necessários, é adequado que no Estado do Goiás, possui uma unidade de elite pertencente à Polícia Militar, denominada de Batalhão de Polícia de Choque, que é composta de policiais especializados em armamentos menos letais, que tem como lema "atire e deixe viver", referindo-se ao uso de munições de impacto controlado, que em regra só causam escoriações leves. Dentre o armamento menos letal utilizado pelo batalhão de choque existe a taser, arma essa, que quando acionada lança dardos contra o acusado emitindo uma descarga elétrica por cerca de 5 segundos, tempo que os policiais realizam o resgate

do refém, se houver, e a imobilização do acusado. Esse armamento é de grande importância nas operações policiais, pois em grande parte das ocorrências são preservadas as vidas da vítima e do acusado.

Moderação

A Moderação persiste enquanto durar a agressão, ou seja, descontinuada a agressão, deve cessar a reação, porém se o agente continua reagindo mesmo depois de cessada a agressão tem-se o excesso da legítima defesa, respondendo de forma dolosa ou culposamente.

Deve-se, no entanto, está atenta para o requisito da moderação, pois não pode invocar legítima defesa aquele que mata ou agride fisicamente quem apenas lhe provocou com palavras, como bem ensina Capez (2011, p.310).

Quando se fala em proporcionalidade não quer dizer que exista uma norma exata para uma reação, mas tem que existir um mínimo lógico relativamente equivalente à agressão sofrida, pois não é passivo de justificação, por exemplo; uma equipe de policiais patrulhando e de repente são surpreendidos com vários arremessos de ovos em suas direções e a reação se dar com uso de armas de fogo, claro que a reação não deve ser com ovos, mas sim com uso de armas menos letais. Na atual realidade dos nossos agentes de segurança pública a situação é um tanto complexa, haja vista a grande maioria das viaturas não serem equipadas com armamento menos letal e muitos policiais não serem habilitados para o manuseio com certos tipos de armas.

CAPÍTULO II - LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

Existe no Brasil, assim como na maioria dos países periféricos, uma marcante preferência pelas legislações simbólicas para que os representantes do povo esquivem-se de sua função precípua, qual seja, representar o interesses público primário.

Neste capítulo será pontuado as três características da legislação simbólica de acordo com doutrinadores renomados fazendo uma crítica quanto à falta de comprometimento dos representantes do povo no congresso nacional.

2.1 Conceito de legislação simbólica

Antes de tratar sobre a inflação legislativa observada no Direito Penal, importante salientar alguns aspectos da legislação simbólica. Para isso, mister se faz conceituar legislação simbólica: "...aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental" (NEVES, 2007, p.1 LENZA, 2009, p.31).

Desde esta conceituação percebe-se a influência da legislação simbólica para desviar a finalidade jurídica de determinada lei. Poder-se-ia afirmar que quanto mais leis, mais distantes estas se tornam de sua finalidade precípua, seja ela qual for.

Ainda desenvolvendo o conceito de legislação simbólica supramencionado, Neves, propõe uma "tipologia da legislação simbólica", afirmando que o seu conteúdo pode ser: "a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios" (NEVES, 2007, p.23 *apud* LENZA, 2009, p.31).

O inicial conteúdo expresso em linhas anteriores diz respeito aos interesses de determinado grupo que é privilegiado pelo legislador que faz prevalecer os valores apenas desse grupo. Como exemplo desse conteúdo tem-se a “lei seca”, criada para apenar gravemente os motoristas que dirigem embriagados, transformou o crime que era de perigo concreto em crime de perigo abstrato. Tal lei impôs ao condutor que se submetesse ou ao tipômetro ou ao exame de sangue para comprovar a concentração de álcool no sangue.

De acabado, observa-se o desrespeito desta determinação ao princípio de que o acusado não pode produzir prova contra si mesmo fazendo com que o motorista que dirige sob o efeito de alta concentração de álcool não seja punido. Indaga-se: O fim desta lei fora atingido? Assim deixou de atingir o fim a que se propôs e concedeu a um determinado grupo, que não estava interessado na eficácia desta lei, um respeito social. Constituindo, tal legislação, como símbolo de *status*.

Outro efeito gerado pela legislação simbólica diz respeito a criação legislativa para demonstrar falsa imagem de “trabalho cumprido” normalmente apresentada pelo Estado e governo.

Fora inventado um costume na sociedade consistente na ideia de ao surgir determinado problema, a criação de lei é instrumento eficaz para a resolução. Nisto se apoiam os políticos a cada eleição, oferecendo projetos que sequer merecem ser objeto de discussão. Deste modo, “a legislação-álibi, tem o “poder” de introduzir um sentimento de “bem-estar” na sociedade, solucionando tensões e servindo à “lealdade das massas”” (LENZA, 2009, p.32).

Deste feito o exemplo mais latente e pulsante são as mudanças na legislação penal, exigidas pela sociedade para que sejam reduzidos os índices de criminalidade.

Alerta, Marcelo Neves (2007, p.40-41) sobre a utilização exacerbada da legislação simbólica, asseverando qual o efeito causado: “ (...) o emprego abusivo da legislação-álibi leva à ‘descrença’ no próprio sistema jurídico, ‘transforma persistentemente a consciência jurídica’ (...)”.

Como último efeito exibido aqui, tem-se a postergação da solução dos conflitos sociais, vez que se transfere a solução de determinado conteúdo para futuro incerto e a lei criada apenas apazigua os ânimos daqueles que desejavam tão

somente que a atividade legiferaste fosse realizada, sem qualquer vinculação com a aplicabilidade da lei, está na maioria das vezes, impraticável.

2.2 Direito Penal Simbólico

Neste assunto, a modificação de lei ou ainda a criação desta, motivadas por pressão pública faz surgir o direito penal simbólico, este que, nas palavras de Roxin (2000):

De tal modo, portanto, haverá de ser entendida a expressão "direito penal simbólico", como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais.

Exemplos de legislação simbólica no Brasil são diversos, o mais recente foi a criação da lei "Carolina Dieckmann" que após a pressão midiática fez com que em um curto intervalo de tempo fizesse ser promulgada a lei, exatamente no mesmo ano da ocorrência dos fatos.

Conquanto haja inúmeros projetos de lei buscando regulamentação dos delitos havidos na internet e diversos grupos interessados na criminalização destas condutas, após a criação do Marco Civil da Internet esses projetos foram reunidos e suspensos, isso após longas discussões entre as quais a de que o direito penal deveria ser buscado como medida subsidiária, devendo antes de socorrer-se a ele tentar aplicação de medidas alternativas, menos repressivas.

No entanto, a suspensão desses projetos fora interrompida em virtude do crime virtual praticado contra a atriz Carolina Dieckmann que trouxe à tona toda discussão e desejo de reprimenda por meio da criminalização da conduta de vazamento de foto.

Diz acatamento a uma lei casuística haja vista ter sido criada motivada por um caso concreto, em específico, afastando, portanto, dos requisitos da abstração e generalidade que devem nortear a formulação de leis.

Se atentar-se ao fato do discurso formatado para a criação desta lei, percebe-se nitidamente que ele se apossou de uma fala pautada no medo. Baseada nas ideias de que a internet é um mundo sem lei, que não há regulamentação específica para tratativa desses delitos que só fazem mais vítimas a cada dia, sem haver qualquer possibilidade de punição, tampouco identificação do infrator. Discursos desse tipo inflamaram mais a pressão para que fosse promulgada a “Carolina Dieckmann”.

Outro exemplo citado por Luiz Flávio Gomes é a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu como inconstitucional o § 1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime aos condenados por crime hediondo. Agiu o legislador com nefasto desconhecimento da Carta Magna, pois que violou um dos seus preceitos.

Tem-se com isso, criações legislativas emergenciais que em sua superficialidade demonstram avanço e efetividade, porém desprovidas de qualquer vitalidade no meio jurídico e que por isso merecem ser rechaçadas.

2.3 Garantismo penal

Em contragolpe ao excesso de produção punitiva Estatal, Luigi Ferrajoli apresenta a doutrina do garantismo penal, esta que em suas ilações afirma que “a produção de normas promocionais e de forte conteúdo simbólico em relação ao sistema repressivo é a tônica dominante no campo político, chocando-se com a linha ideológica denominada garantismo” (FERRAJOLI, 2000, p.49).

No livro *Derecho y razón*, Ferrajoli, ao aplicar a sua doutrina do garantismo, visa uma liberdade entre as ações do Estado e do indivíduo, desta forma minimizando a atuação estatal e ampliando o campo de liberdade do homem.

Pelos termos: direito, privilégio, liberdade, segurança jurídica e responsabilidade, entendem-se garantia. São tidas como sinônimo de garantia do cidadão frente ao Estado.

Situando melhor a teoria de Ferrajoli, Bobbio (1982, p.49) pontua:

“As normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra superior e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma

fundamental. Cada ordenamento possui uma norma fundamental, que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de ordenamento”.

Neste sentido constitucional que Ferrajoli fundamenta a teoria do garantismo penal. E esta teoria impede que o Estado aja com excessos no seu *jus puniendi*, posto que pautado em normas do Estado Constitucional.

Deste modo, em um Estado pautado pelas rigidez Constitucional, as normas que são inferiores à Constituição têm de ser consonantes ao descrito na Constituição, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

Encontra-se neste ponto o embaraço de muitas leis criadas por uma legislação penal simbólica. Em um primeiro plano, elas respondem às demandas emergentes, todavia, à médio e longo prazo, são afastadas do ordenamento jurídico por contrariarem disposições constitucionais.

Há nessa tratativa a função do juiz em aplicar a lei coerente à Constituição, nas palavras de Ferrajoli (2000, p.26): “(...) que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de eleger os únicos significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais estabelecidos (...)”.

Ferrajoli preceitua nesse ensinamento que alguns axiomas devem ser utilizados na busca de um uso cada vez menor do poder institucional. O suporte o qual ele sugere para que todos façam uso dizem respeito a normas de garantia relativa à pena, ao delito e ao processo, são elas:

Como garantias em relação à pena:

1) *nulla poena sine crimine* - emprego do princípio da retributividade - o Estado somente pode punir se houver prática da infração penal; 2) *nullum crimen sine lege* - é o princípio da legalidade, que preconiza quatro preceitos: a) o princípio da anterioridade penal; b) a lei penal deve ser escrita, vedando desta forma o costume incriminador; c) a lei penal deve também ser estrita, evitando a analogia incriminadora; d) a lei penal deve ser certa, ou seja, de fácil entendimento; decorre daí o princípio da taxatividade ou da certeza ou da determinação; 3) *nulla lex penales sine necessitate* ou princípio da necessidade, ou como modernamente é denominado, princípio da intervenção mínima - não há lei penal sem necessidade.

O direito penal deve ser tratado como a derradeira opção sancionatória no combate aos comportamentos humanos indesejados.

Vê-se como garantias relativas ao delito:

1) *nulla necessitas sine injuria* ou princípio da lesividade ou ofensividade - não há necessidade se não há também uma relevante e concreta lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado;

2) *nulla injuria sine actione* ou princípio da exterioridade da ação, que proíbe a criação de tipos penais que punam o modo de pensar, o estilo de vida. Há somente a punição pela ação ou omissão do homem, pois o direito penal é do fato e não do autor;

3) *nulla actio sine culpa* ou princípio da culpabilidade - deve-se apurar o grau de culpa (dolo ou culpa stricto sensu) para então dosimetrar a punição pela prática humana.

E por fim como garantias relacionadas ao processo: 1) *nulla culpa sine iudicio* ou princípio da jurisdicionariedade - não há reconhecimento de culpa sem que o órgão jurisdicional a reconheça; 2) *nullum iudicium sine accusationes* ou princípio acusatório - o poder judiciário não afirma o direito de ofício, devendo ser provocado; referido poder é inerte (princípio da inércia). Frederico Marques dizia que "o juiz é um expectador de pedra", ou seja, por ser inerte não pode agir; 3) *nulla acusation sine probatione* ou princípio do ônus da prova - não há acusação sem a existência de prova ou suficiente indício de autoria; 4) *nulla probation sine defensione* ou princípio da ampla defesa e do contraditório.

O componente fulcral da teoria do garantismo penal é justamente o enfrentamento do Direito Penal Simbólico, atenuando seus efeitos e assim atingindo a função máxima do direito penal, sem permitir que dela se desvie em nome de um estado emergencial que tem sido aclamado hodiernamente.

2.4 Efeitos do direito penal simbólico

A fim de que seja compreendido os efeitos diretos do uso do direito penal simbólico, mister evidenciar o conceito de direito penal e sua função primordial. Nesse sentido, imperioso valer-se de uma conceituação pontual feita por Eugenio Raúl Zaffaroni:

O conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama "delito", e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor (2006, p. 15).

Deste conceito supramencionado, depreendem-se dois sentidos relevantes do direito penal. O primeiro diz respeito a punição grave para aquele que viola bem jurídico por ele tutelado, e por isso deve ser aplicado apenas como último recurso – é o direito penal mínimo - e o segundo, traduz a função preventiva, a fim de ser evitado o cometimento de novos delitos.

Por isso ser errônea a aplicação do Direito penal numa função simbólica. Seria o mesmo que conceder-lhe função que não lhe é própria. Isso porque o Direito penal simbólico, diferentemente do conceito de direito penal acima exposto, não prima pela tutela do bem jurídico, preocupando-se tão somente em criar a sensação de paz no meio da sociedade, acalantar os ânimos desejosos da sociedade por criação legislativa.

Não obstante, ao ser pensada uma lei, quando esta passa pelo curso normal de sua regulamentação, sem quaisquer emergências, dois princípios, entre outros, são particularmente observados, o princípio da fragmentariedade e o princípio da intervenção mínima.

O princípio da fragmentariedade é baseado no entendimento de que nem todas as lesões a bens jurídicos serão objeto de proteção penal. Há um critério de seletividade que determina quais são os fatos mais gravosos, ou ainda aqueles mais reprováveis socialmente.

Nesse viés de entendimento Luiz Regis Prado preceitua:

Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente. Esclareça-se, ainda, que a fragmentariedade não quer dizer, obviamente, deliberada lacunosidade na tutela de certos bens e valores e na busca de certos fins, mas limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade (2002, p. 120).

Uma vez feita a seletividade dos bens tuteláveis pelo direito penal, assim como das condutas que os ofendem, estes bens passarão então a receber a proteção jurídica penal. Nisso converge o caráter de fragmentariedade.

Portanto, esse princípio deriva dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, ou seja, constitui a materialização dos referidos princípios (GRECO, 2006, p. 65).

Em seguida, o princípio da fragmentariedade evita que os comportamentos mais inofensivos e corriqueiros sejam criminalizados e impede a consequente inflação legislativa que somente atravança a realização da justiça.

No que dedilha ao princípio da intervenção mínima, este tem como fundamento o artigo VIII da Declaração de Direitos Humanos de 1789 cujo texto expressa que cabe a lei prever tão somente as penas necessárias. Apenas haverá atuação do Direito Penal nos casos descritos pela lei. E nesse particular reside a proteção ao cidadão de que somente sofrerá reprimenda estatal se violar alguma norma descrita como crime.

O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade não está expressamente descrito na Constituição Federal, nem tampouco integra o rol dos princípios penais, porém cabe ao aplicador da lei a utilização deste princípio tendo em vista estar ele em harmonia com os demais princípios previstos e com os pressupostos políticos do estado de direito democrático (BATISTA, 2007, p. 85).

Ainda, de ser esse princípio consagrado na Declaração dos Direitos do homem e possuir bases iluministas na ideia de reduzir a legislação penal a poucas e necessárias leis, a partir da segunda década do século XIX foi constatado um desmedido crescimento das normas penais incriminadoras (LUIZI, 2003, p. 41).

O *jus puniendi* do Estado há de ser aplicado após uma acurada mensuração e verificação de sua extrema necessidade. Refere-se a incidência do direito penal como *ultima ratio*. Na locução de Roberto Chacon de Albuquerque (2006, p. 21) “ele só deve atuar, à luz do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, em defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos seres humanos [...]”.

Cesare Beccaria advertia que:

É que para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei (2006, p. 107).

Por isso, o uso excessivo da reprimenda estatal não conduz a uma proteção eficiente dos bens jurídicos, pelo contrário, leva a uma inflação penal que desemboca em um descrédito e insegurança jurídica frente à sociedade. E muitas

são as demandas jurídicas atuais que poderiam ser plenamente tratáveis em outros ramos do direito e, na verdade, são resolvidas pelo meio mais extremo.

O efeito prático criado por essa legislação simbólica é a descrença no ordenamento jurídico, uma criação de disposições excepcionais que fazem minar o poder intimidativo das proibições.

Outro efeito observado, outrossim, é uma crença exacerbada na função social do direito penal, elegendo até outras funções que não lhe são próprias e o resultado é a perda de suas reais possibilidades em um longo prazo.

Destarte, a promulgação excessiva de leis, criadas como resposta ao anseio de uma sociedade carente de uma série de normas sociais, embora deixa a sensação de tranquilidade, nada traz de benefícios quanto ao fim primordial do direito penal, qual seja: inibir a prática de crimes.

Neste exato sentido, Ricardo Dip (2002, p.221) pontua:

A questão do crime, efetivamente, não é quantitativa: não se solve pelo número de leis nem pelo esmero descritivo quanto às ações incrimináveis. Com isso o autor quer dizer que muito mais importante que um inchamento do sistema normativo é que ele seja eficaz: é melhor poucas leis que funcionem do que muitas leis que impressionem.

A consequência direta é um direito penal ineficaz, que, ao invés de assumir sua função preventiva, age com paliativas e o efeito de tudo isso certamente é o que se verifica nas sociedades hoje: aumento absurdo da violência e criminalidade.

Porém, a problemática central está na falsa crença de que o direito penal aplicado constitui o instrumento mais eficaz de combate à criminalidade.

Finalmente, pode ser ainda pontuada como última consequência de criação legislativa por meio do simbolismo penal, a lentidão dos processos, visto que ao passo que novas leis são criadas na efervescência de clamor público, incontáveis demandas surgem e a estrutura policial e judicial não acompanha esta dinamicidade. Ampliando o velho conceito de justiça morosa e impunidade.

CAPÍTULO III – LEGÍTIMA DEFESA DO PACOTE ANTICRIME

Levando em consideração a relevância das matérias debatidas, o pacote de Lei Anticrime foi componente de extenso debate no meio legislativo, ganhando amplo espaço na mídia nacional. Dessa forma, com foco na questão da Legítima Defesa, vejamos o desenvolvimento do projeto de lei (PL 10 372/2018) até o texto final, sancionado pelo Presidente da República.

3.1 Lei nº 13.964/19

Na data de 04/12/2019, após intenso debate legislativo junto ao Congresso Nacional, restou aprovado, por 408 votos a favor e 9 contra o pacote anticrime do Ex-Ministro Sérgio Moro. Contudo, o texto perdeu cerca de 30% de seu teor, tendo 11 pontos retirados da proposta original. Após, em 11/12/2019, o projeto restou aprovado pelo Senado Federal, seguindo para ser sancionado pelo Presidente da República (GRECO, 2019).

Enfim, em 24/12/2019, restou publicado no diário oficial a modificação do Projeto de Lei nº 10.372/2018 na Lei Ordinária nº 13.964/2019, após ser sancionado pelo Presidente. Em relação à Legítima Defesa, assim restou definido:

Art. 1º Esta Lei aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

Art. 25. Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste Artigo, considera-se também em Legítima Defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes (BRASIL, 2019, p. 08).

O texto que restou aprovado prevê apenas a inclusão do parágrafo Único ao Art. 25 do Código Penal, que define a possibilidade de Legítima Defesa, praticada por agente de segurança pública, em situações em que vítima é mantida refém durante a prática de crimes. A proposta original do Pacote Anticrime sofreu significativa perda em seu conteúdo, sendo aprovado apenas um parágrafo e rejeitados outros três. (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, o pacote Anticrime, pela proposta de alteração da Legítima Defesa, foi objeto de inúmeras críticas, por parte de opositores políticos, especialistas e movimentos sociais, que sinalizavam que a alteração poderia ensejar uma carta-branca para que a polícia matasse. (GOLEMAN 2012)

Interessante a reflexão sobre as motivações para a proposta sofrer tamanha modificação. É nesse aspecto que o presente trabalho buscará, nos próximos tópicos, apresentar as problemáticas envolvidas, uma vez que a proposta poderá ser reincluída para debate legislativo e apresenta enorme relevância.

3.1.1 Do Art. 23 – “escusável medo, surpresa ou violenta emoção”

No presente item se buscará analisar o Projeto de Lei nº 10.372/2018, mais especificamente o disposto no Art. 23, que assim apontou:

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 (BRASIL, 2018, p.07).

Nesse sentido, temos que a proposta apresenta a possibilidade de se a poder “reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la”, quando o agente agir sob “escusável medo, surpresa ou violenta emoção” (BRASIL, 2018).

Entende-se, de plano, que a medida apresenta um considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas na prestação jurisdicional e durante a apuração do evento típico.

Assim, nos fica o questionamento: objetivamente, como seriam caracterizados os referidos institutos? Como definir o “medo”, a “surpresa” ou a “violenta emoção” para correta análise da ocorrência do crime? (GRECO, 2019).

3.1.2 Perspectiva psicológica – As emoções humanas e sua subjetividade

Goleman (2012), afirma que o ser humano é dotado de duas mentes: a emocional, que sente, e a racional, que pensa, ao ponderar a estrutura cerebral do homem moderno. A primeira é impetuosa, enérgica, às vezes contraditórias; a segunda é mais independente na consciência, além de ser capaz de avaliar e ajuizar.

De acordo o autor, tais mentes são harmônicas, trabalham em conjunto na tomada de decisão do ser pensante. Contudo, há momentos, que a afinidade entre as

duas mentes se torna discordante, o que pode proceder ações perpetradas pelo ser pensante de acordo com a que prevalece. (GOLEMAN, 2012)

Goleman explica esse fenômeno, ao mencionar as circunstâncias no que o homem deva reagir prontamente a uma situação de perigo de modo que ele não feneça. (GOLEMAN, 2012)

A emoção, possui duas funções biológicas: provocar uma reação ao estímulo externo e preparar o organismo para exercer tal reação (JESUS, 2000)

Sigmund Freud destaca que os seres humanos não são essencialmente animais racionais, mas sim são dominados por forças emocionais de poder expressivo de origem ou de formação irrefletida, ou seja, a emoção antepara a probabilidade consciente de evitar certas ocorrências (Apud: NUCCI, 2011).

Assim, existem fatores psicológicos que influenciam muito o comportamento defensivo do ofendido. Fatores como perigo e medo desencadeiam reações defensivas involuntárias no cérebro.

Além da programação genética emocional, o comportamento humano resulta da subjetividade de cada ser. Isso porque a reação das pessoas para eventos semelhantes varia de acordo com a individualidade. E esta, o que lhe concerne, forma-se tanto por predisposições genéticas quanto por fatores externos. Comenta Maílson (2011, p. 8):

“a subjetividade é tudo aquilo construído e depositado no homem, aquilo que ele valoriza e despreza, que o atrai e repudia, enfim, sua subjetividade é o elemento móbil de toda a estrutura da psique. Dos bilhões de habitantes da terra, nenhum possui sua subjetividade igual ao do outro, é a impressão psíquica do homem”.

E articulação Brito alega (1957, p. 16) “cada personalidade, além de ter do mundo uma peculiar concepção individual, irá reagir particular e singularmente, ao ambiente que a cerca. Inclusive, quando entrar em choque contra outra conduta humana”, em razão disso, quando o mesmo indivíduo se depara com o mesmo evento, a reação por ele perpetrada nunca será a mesma nos dois casos. Uma porque o sujeito muda, a experiência que ele teve com o evento transforma-o, duas porque os eventos não se repetem nem são reproduzidos com tamanha perfeição.

Depreende-se de tudo o que foi dito neste capítulo tratar-se o ser humano de sujeito demasiado complexo, posto serem suas ações resultado de processos

mentais, fatores internos e externos a ele. Assim, não há afirmação mais correta: “a reação do indivíduo decorre de seu eu biopsicossocial” (BRITO, 1997, p. 16).

Uma vez que abarcamos a complexidade mental e outros fatores que influenciam o comportamento humano, chegamos ao que a lei estabelece em termos de resposta defensiva e excesso com a natureza humana.

Nesse sentido, ainda que se defenda que a mente emocional responde aos estímulos externos mais rápido que a mente racional e, sem ponderar, em uma situação em que seja necessário ao agente o ato da defesa de bem jurídico, cabe ao ofendido a ponderação sobre qual meio à sua disposição é o menos danoso, além de agir com moderação. (NUCCI, 2011).

A reação do ofendido, de acordo com a emoção (a qual pode ser medo ou surpresa, ou forte emoção), ainda que possua todo o embasamento fisiológico, não pode e não deve ser tutelada pelo ordenamento jurídico, uma vez que se tem aqui uma questão extremamente subjetiva. (NUCCI, 2011).

Nesse viés, caso a proposta de alteração do Art. 23 do Código Penal, com a inclusão do parágrafo segundo²⁰, fosse acatada pelas casas legislativas, estaríamos nos deparando com uma situação em que seria possível, em absolutamente todos os casos, se alegar que não houve excesso na Legítima Defesa, tendo em vista a subjetividade dos critérios de “escusável medo, surpresa ou violenta emoção”. (BRASIL, 1942).

Portanto, não se nega que o fator emoção, fundamentalmente, tem uma significativa influência no comportamento dos seres humanos em determinadas situações de perigo, entretanto, não pode ser uma salvaguarda para o cometimento de excessos na Legítima Defesa (NUCCI, 2011).

Ainda, a mudança ora debatida insere conceitos vagos que fragilizam o princípio da legalidade estrita e aumentam o poder discricionário do juiz acerca da punição de condutas violentas, nos afastando de critérios objetivos para aplicação da pena e da segurança jurídica. (NUCCI, 2011).

3.1.3 Do Art. 25 – da redundância da “Licença para matar”

O Pacote Anticrime previa a alteração do Art. 25 do Código Penal, que passaria a vigorar com o seguinte texto:

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 (BRASIL, 2018).

Quanto ao inciso I, o mesmo foi rejeitado. Entretanto, após deliberação a legislativa, a Lei nº 13.964/2019 foi sancionada, incluindo o parágrafo único, com o seguinte texto: Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste Artigo, considera-se também em Legítima Defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes (BRASIL, 2018).

Em relação ao Código Penal, a nova legislação criou a previsão de Legítima Defesa do agente de segurança pública, que repele agressão, ou risco, a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (MANGO, 2018).

Entretanto, a aplicação e técnica jurídica são questionáveis na referida hipótese, uma vez que o Código Penal já apresentava previsão de exclusão de ilicitude nos casos em que o agente “usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (MANGO, 2018).

Nesse sentido, temos que o inciso ora debatido tem como premissa a observância ao caput do Art. 25, o qual apresenta os seguintes requisitos: injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de outrem, e de uso moderado de meios necessários para repelir essa agressão. Dessa forma, não se faz necessário destacar nova hipótese, apenas para destacar “o agente de segurança pública”, uma vez que é garantido a todos os cidadãos o direito à Legítima Defesa. (MANGO, 2018).

Em igual sentido, preleciona Rogério Greco (2019):

Não existe uma Legítima Defesa específica para agentes policiais ou de segurança pública ou específica para determinados contextos, pelo simples fato de que esse direito já existe para todos em todos os contextos; ele depende apenas de agressão injusta e atual/iminente. Os acréscimos soam, assim, tão despropositados quanto acrescentar ao extenso rol do Art. 5º da Constituição Federal um inciso de conteúdo “o agente policial ou de segurança pública, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, tem direito à vida, à integridade física, à propriedade etc.”

Assim, é possível concluir que o Projeto de Lei não criou novo tipo de Legítima Defesa, vez que ela sempre existiu. Em igual sentido, vejamos a análise de Greco (2019) ao inciso II, que restou sancionado e passou a integrar o parágrafo único do Art. 25 do Código Penal:

A superfluidade também é confirmada por uma análise do inciso II. Aqui não se fala mais em conflito armado, e sim em um agente que “previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes”. Observe-se que, no elemento contextual de “vítima mantida refém”, já existe uma agressão, uma vez que por agressão, terminus technicus do instituto da Legítima Defesa, entende-se comportamento humano que gera perigo para um direito próprio ou alheio;³ quem mantém outra pessoa refém, lesiona (e, portanto, também coloca em perigo), no mínimo, o seu direito de liberdade de locomoção. Não é o inciso II que cria uma Legítima Defesa nessas situações; ela sempre existiu, nos termos do próprio caput. (GRECO, 2019)

Ainda, segundo Greco (2019, p.163), surgem 6 “ordens de problemas” com o Projeto de Lei, quais sejam:

I.a repetição dos requisitos do caput, com exceção do “uso moderado dos meios necessários”. Nesse caso, se sustenta que podem ocorrer interpretações que tentassem excluir o referido requisito;

II.os conceitos do caput, os quais restam repetidos no parágrafo único, com pequenas modificações. Assim, novamente se entende que podem surgir interpretações equivocadas, principalmente em relação ao requisito da agressão ser “injusta, atual e iminente”.

III.ausência de definição se os incisos restringirão o direito de legítima defesa prevista no caput;

IV.poderá o agente ser isento de pena ou responsabilizado apenas por culpa, nos termos do art. 20, §1º do código penal;

V.a reforma na legítima defesa, com especificidade aos agentes estatais, concede a estes um poder à margem da lei;

VI.o uso do termo “conflito armado” poderia ensejar, em último caso, que o Brasil se encontra em conflito armado. Assim, o instrumento da legítima defesa estaria sendo usado em um contexto de guerra civil.

Em igual sentido, Nucci (2020, p. 08), faz duras críticas ao Pacote Anticrime, afirmando que “pretende-se recriar um instituto considerado inconstitucional pelo Pretório Excelso, conferindo maior desarmonia ao sistema penal, caso seja aprovado o mencionado pacote anticrime.” Mas não é só. “Intenta-se alterar o cenário das excludentes de ilicitude e, em particular, da Legítima Defesa (Arts. 23 e 25, CP), a pretexto de dar maior abrigo à atuação dos agentes policiais no confronto com a criminalidade.”

Isso significa que os agentes de segurança pública teriam mais liberdade para matar pessoas impunemente. Isto não é necessário porque a legítima defesa atualmente em vigor dá plena cobertura aos agredidos, sejam eles agentes da polícia ou não, permitindo-lhes defender-se, mas com os meios necessários e de forma moderada. Afinal, estamos em um estado democrático de direito e não na linha da guerra total em território brasileiro.

Resta patente a preocupação do autor com a alteração legislativa e com a liberalidade que assiste ao policial em matar pessoas sem qualquer punição, sob o argumento de ter agido em Legítima Defesa. (NUCCI, 2020).

Por todo exposto, temos que o projeto de lei se apresenta redundante, uma vez que repete os requisitos do caput, além de ser extremamente perigoso, já que poderia abrir campo para interpretações maliciosas e ensejar verdadeiros massacres a parcela mais pobre da população, que já convive diariamente com a violência (NUCCI, 2020).

3.2 Inclusão da legítima defesa policial

O código penal brasileiro não define especificadamente o conceito de crime. Conforme Greco (2009), o conceito formal e material não define com precisão o significado de crime. Se há uma lei editada pelo Estado proibindo determinada conduta e o agente a viola, se não estiverem presentes as causas de excludentes de ilicitude, então haverá crime.

Outro conceito é o chamado conceito analítico de crime. Sobre o conceito analítico de crime.

[...] substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa necessita de outra mais analítica apta a por amostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: a ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável. [...] (TOLEDO 1994 *apud* GRECO, 2015, p.195)

De acordo com *et al*, o crime é composto pelo fato típico, antijurídico ou ilícito e culpável. Sendo que a legítima defesa é um fato atípico porque não está tipificado como um crime. O fato é antijurídico quando não atua em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular

do direito (causas de excludentes de ilicitude) ou quando não houver o consentimento do ofendido (causa supralegal de excludente de ilicitude) (GRECO, 2018).

3.3 legítima defesa policial é uma legislação simbólica?

O direito penal simbólico é uma temática que está presente nas políticas criminais de expansão punitiva, existindo alguns autores que irão trazer considerações sobre a matéria que serão de grande relevância para chegarmos à conclusão de que o parágrafo único do Art. 25 do Código Penal representa (ou não) um direito penal simbólico. (BRASIL, 1942).

Como bem delinea David Garland, existem medidas legislativas que podem ser descritas como uma forma de atuação simbólica, ou seja, significa dizer que se engajam numa maneira impulsiva e irrefletida de ação, evitando o reconhecimento realista de problemas subjacentes, sendo que a própria reação provê alívio e gratificação (GARLAND, 2008).

Algumas leis são instituídas para simbolizarem ações expressivas, catárticas, de maneira a censurar o crime e confortar o público. Sua capacidade de controlar o crime futuro, conquanto ruidosamente decantada, é frequentemente duvidosa e, em todo caso, menos importante do que sua habilidade imediata de representar o sentimento público, de proporcionar respostas instantâneas, de funcionar como medida retaliadora cuja virtude é sua própria existência. (SANTOS, 2013)

Estas medidas são tipicamente aprovadas no calor da indignação popular em face de crimes violentos marcantes, que envolvem o perturbador e arquétipo confronto entre um criminoso perigoso deficientemente controlado e uma vítima inocente, indefesa, da classe média. (SANTOS, 2013)

Do ponto de vista dos atores políticos, as questões mais sensíveis do realismo penalógico se tornaram considerações secundárias facilmente subordinadas aos fins políticos. Sua preocupação mais premente é fazer algo decisivo, reagir com efeitos imediatos à indignação do público, demonstrar que o Estado está no controle e disposto a usar seus poderes para manter a “lei e a ordem” e a proteger o público cumpridor da lei (GARLAND, 2008).

A formulação de políticas se torna uma forma de atuação simbólica que rebaixa as complexidades e o caráter duradouro do controle do crime efetivo, em favor das gratificações imediatas de uma alternativa mais expressiva.

A elaboração das leis se torna uma questão de gestos retaliadores, cujo objetivo é o de reconfortar um público preocupado com o tema e de alinhar ao senso comum, por mais inadequados que sejam tais gestos para tratar o problema subjacente. A disposição de aplicar penas mais severas a criminosos condenados compensa, magicamente, o fracasso de prover segurança para a população em geral (GARLAND, 2008).

Ora, é extremamente comum a criação de leis penais simbólicas no Brasil que na verdade não visam efetivamente solucionar o problema da criminalidade que lhe é subjacente, existindo uma preocupação retaliadora imediata diante da prática de crimes violentos. Com a sua criação, aparentemente, o Estado estaria fazendo a sua parte no combate ao crime, reagindo à indignação do público causada por este e demonstrando que tudo estaria sob controle (MONTENEGRO, 2015).

Exemplo emblemático disto é a criação da lei de crimes hediondos – Lei nº 8072/90, que tanto no seu surgimento como nas suas modificações foram motivadas por casos de grande repercussão nos meios de comunicação, como o sequestro de um empresário, a morte de uma atriz que trabalhava em uma rede de televisão e os problemas da falsificação de remédios. O primeiro motivou a criação da lei e os dois últimos motivaram as suas modificações (MONTENEGRO, 2015).

Discorrendo também sobre a temática, Juarez Cirino dos Santos preceitua que o direito penal simbólico não teria função instrumental – ou seja, não existiria para ser efetivo –, mas teria função meramente política, através da criação de imagens ou de símbolos que atuariam na psicologia do povo, produzindo determinados efeitos úteis. (SANTOS, 2013)

Além disso, o crescente uso simbólico do direito penal teria por objetivo produzir uma dupla legitimação: a) legitimação do poder político, facilmente conversível em votos – o que explica, por exemplo, o açodado apoio de partidos populares a legislações repressivas no Brasil; b) legitimação do direito penal, cada vez mais um programa desigual e seletivo de controle social das periferias urbanas e da força de trabalho marginalizada do mercado, com as vantagens da redução ou, mesmo, da exclusão de garantias constitucionais como a liberdade, a igualdade, a

presunção de inocência etc., cuja supressão ameaça converter o Estado Democrático de Direito em estado policial (SANTOS, 2013).

Em outras palavras, a utilização do Direito Penal simbólico representa a alternativa mais “barata” na hora de articular soluções para problemas sociais, visto que as medidas e programas sociais sempre são mais custosos do ponto de vista financeiro.

Como se pode notar, busca-se com a criminalização simbólica de determinadas condutas uma legitimação do poder político no sentido de que este estaria adotando medidas efetivas de repressão penal, o que possui na verdade a função de angariar votos, mas não existe uma preocupação efetiva no combate à criminalidade e na melhora das condições de trabalho dos agentes de segurança pública.

CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho monográfico, notou-se que o instituto da Legítima Defesa é relativamente complexo, visto que é imprescindível uma análise minuciosa de todos os requisitos elencados no art.25 do CPB, além do requisito subjetivo, aceito por uma parte da doutrina e recusado pela outra parte.

Esta pesquisa em questão foi tratada principalmente da legítima defesa na atuação policial, haja visto ainda existir indagações errôneas que asseguravam que o policial, quando de serviço ao reagir a uma agressão injusta e iminente praticar o estrito cumprimento de um dever legal, quando na verdade ninguém tem o dever de matar nem de ferir, salvo na legítima defesa quando preenchido as particularidades e mesmo assim, não é um dever e sim um direito.

Considerou-se também que o CPB já prevê como causa que enseja a excludente de ilicitude do crime e, conseqüentemente o agente não será penalizado por seus atos, pois a legítima defesa, se dá quando o agente usando moderadamente dos meios necessários, repele uma injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de terceiros.

E uma variação doutrinária desta excludente é a denominada legítima defesa putativa, que se configura quando o agente imagina estar em legítima defesa, reagindo, então, a uma agressão inexistente, e é amplamente aceita pela doutrina.

Deste modo, o mais coerente, em uma reação em legítima defesa, seria a adoção de teoria de que a vítima e/ou terceiro pode dispor-se do meio que estiver disponível (seja ele qual for) no momento em que estiver sofrendo uma atual ou iminente agressão, desde que este meio seja utilizado moderadamente. Isto é, os meios necessários deverão ser utilizados até que esta agressão cesse, não importando, às vezes, que o mesmo venha a ser colocado em prática, buscando-se, assim, que a agressão finalize.

Averiguou-se ainda que o policial treinado para exercer sua função com o uso moderado da força, caso seja necessário, já que possui poder de polícia, tem a prerrogativa para, no modo da lei, atuar como um agente regulador, com o objetivo de preservação, da ordem pública e da incolumidade das pessoas e das coisas.

Nesta perspectiva, se um policial, no exercício em atividade, repele injusta agressão, ainda que presumidamente, como por exemplo, no caso de o indivíduo estar portando uma réplica de arma de fogo, tem-se que ele deve estar amparado pelo instituto da legítima defesa

Por conseguinte, diante do que foi apresentado, espera-se ter respondido ao questionamento do nosso trabalho, lembrando que os meios necessários, no momento da iminência ou ataque, deverão ser utilizados pelo policial de forma moderada, no intuito de que excessos não se constante, o que, caso for, lhe trará responsabilidades perante a justiça.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- BRASIL, **Código de Processo Penal, Constituição Federal e Legislação Complementar**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1021.
- BRASIL. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em 12 out. 2022
- BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. **Projeto de Lei. Estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa**. Brasília/DF, 2019. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052>. 63/pl-mjsp-medidas-contracorrupcao-crime-organizado.pdf Acesso em: 12 out. 2022
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 10 372/2018** de 06 de junho de 2018. Brasília, DF. 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170> Acesso em: 22 set. 2022
- BRITO, R. **A Direito Penal: Parte Geral**. 7^o ed. revista, atualizada e ampliada. Recife: Ed. do Autor, 2014.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- CARLOS, André; FRIEDE, Reis. **Teoria Geral do Delito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2013.
- DIP, Ricardo. **Crime e castigo**. Campinas: Millenium, 2002, p. 221.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOLEMAN, D. **Inteligência emocional**: a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 18 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral. 7.** Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v.1.

GUERRERO, Hermes Vilchez. **Do Excesso em legítima defesa**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo, 15ª edição, 2011, ed. Saraiva.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MANGO, A. R. **Análise do instituto da Legítima Defesa**: da evolução histórica ao excesso. In: Revista Âmbito Jurídico. 2018. Disponível em: http://www.ambito.juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16252. Acesso em: 27 set. 2022

MASSON, Cleber. **Direito penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha**: uma análise criminológica-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. apud LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquemático**. 15ª edição, 2011, ed. Saraiva.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral: Arts. 1 a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral: Arts. 1 a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUCCI, **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 1. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.1.

SANTOS, J. C. **Direito Penal: Parte Geral I**. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 6ª. ed., ampl. e atual., 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 6. ed. v.1. São Paulo: RT, 2006.