



EXCLUDENTE DE ILICITUDE

**NOTA TÉCNICA
SOBRE O PACOTE DE
MEDIDAS PENAIS
DO MINISTRO
SERGIO MORO
(PL 822/2019)**

01.

PROPOSTA DO PACOTE DE MEDIDAS PENAIS

Art. 23
(...)

§1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

§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).

Art. 309-A. Se a autoridade policial verificar, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, que o agente manifestadamente 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”.

02.

COMENTÁRIOS

Um dos grandes motes da campanha eleitoral do Presidente Jair Bolsonaro, a “excludente de ilicitude para policiais”, como diversas vezes referido por ele, é também um dos mais panfletários pontos de todo o seu plano de governo. A proposta foi apresentada ao Congresso Nacional pelo ministro da Justiça e Segurança

Pública Sergio Moro no seio do seu pacote de medidas penais.

Diversos são os problemas das proposições do ministro: (i) a criação da legítima defesa para policiais; (ii) a “legítima defesa preventiva”; (iii) a flexibilização da punição pelo excesso. Vejamos:

Da legítima defesa para policiais

Ao bradar pela aplicação da legítima defesa para homicídios cometidos por policiais, o projeto oculta, com ares de inovação, uma constatação demasiadamente simples: esta aplicação já existe, nos exatos termos da lei.

Nos moldes da melhor doutrina¹, o instituto da legítima defesa possui duplo fundamento: de um lado, a proteção do indivíduo e, de outro, a prevalência do direito de defesa. Seus requisitos, por sua vez, são a existência de uma ação humana de agressão penalmente relevante e contrária ao ordenamento jurídico, atual ou iminente e contra a qual haja reação idônea — que consiga de fato afastar a agressão — e proporcional — que cause o menor dano possível ao agressor.

Tais enunciados estão devidamente previstos no art. 25 do CP: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 7. Ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017, pp. 226-238.

Ao bradar pela aplicação da legítima defesa para homicídios cometidos por policiais, o projeto oculta, com ares de inovação, uma constatação demasiadamente simples: esta aplicação já existe, nos exatos termos da lei.



A punição do excesso está prevista no parágrafo único do art. 23: “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”.

Dessa maneira, a proposta de criação de novo parágrafo para considerar-se em legítima defesa “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” não só se mostra desnecessária como é, também, perigosa. Ora, é claro que os agentes do Estado, assim como qualquer outra pessoa, podem ser vítimas de agressão, atual ou iminente e, em face dela, defender-se legitimamente, agindo em legítima defesa própria ou de terceiro. Além disso, o parágrafo único do art. 25 proposto pelo Pacote Anticrime estabelece que se deve observar “os requisitos do caput”, ou seja, a iminência ou atualidade da agressão, sua injustiça, e a utilização moderada dos meios necessários a repeli-la.

Se o direito atualmente vigente já confere justificção à legítima defesa própria e de terceiro, a proposta parece vir incentivar a cultura da violência policial, cujos índices de letalidade são tão assustadores que levaram o Ministério Público de São Paulo a ingressar com uma Ação Civil Pública contra o referido Estado para obrigá-lo a adotar medidas visando reduzir o número de mortos em operações policiais². Serve para passar a mensagem de que a violência policial ficará impune. Serve, enfim, para gerar mais violência.

A questão que se coloca, ademais, é a não observância do fato de que os agentes estatais devem, ao agir em legítima defesa, atuar de forma ainda mais moderada do que faria um particular, pois recebem treinamento para o uso escalonado da força e têm o dever legal de proteção a qualquer pessoa, como decorre do dever de o Estado prestar a segurança pública.

Da legítima defesa “preventiva”

² <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,-com-indices-de-letalidade-policial-assustadores-mp-vai-a-justica-contra-o-estado-de-sp,70002838139>

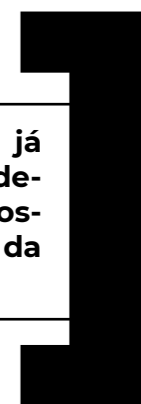
Além disso, a proposta utiliza o verbo “prevenir”, o que pode levar à compreensão – inverídica – de que se permite uma legítima defesa “preventiva”, desvinculada do requisito de atualidade ou iminência da agressão que se deseja repelir. Ao dispor que agentes policiais ou de segurança pública devem ser considerados em legítima defesa ao *prevenir* agressões ou, ainda, o *risco* de agressões, a proposta promove a antecipação da reação à agressões, possivelmente inexistentes.

Aqui não se pode deixar de relacionar tal proposta com a ideia defendida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro Wilson Witzel no sentido de autorizar policiais a “abaterem” pessoas que estiverem portando fuzis. É evidente que o fato de estar portando fuzil, sem que com ele o agente inicie uma injusta agressão ao policial, legitima a sua prisão por porte ilegal de arma de uso restrito, mas não o seu assassinato. A proposta novamente expande a violência, quando deveria reduzi-la.

Da flexibilização da punição pelo excesso

A ação em legítima defesa, ainda que permitida pelo direito, deve atender a elementos objetivos quanto aos meios empregados. É preciso que os meios sejam *necessários* para repelir a injusta agressão e que, além disso, sejam usados de forma *moderada*. Desproporcionalidades extremas entre os meios de defesa e os de agressão, portanto, são incompatíveis com o próprio conceito. Por esta razão, pune-se o excesso.

Se o direito atualmente vigente já confere justificção à legítima defesa própria e de terceiro, a proposta parece vir incentivar a cultura da violência policial [...]



03.

PROPOSTAS

É problemática, assim, a flexibilização da punição do excesso, conforme a alteração sugerida para o art. 23 do CP, ao permitir que o juiz reduza a pena ou deixe de aplicá-la, *se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção*. São dois os motivos, destrinchados a seguir, um de ordem técnica e outro de ordem prática.

Do ponto de vista técnico, estes elementos são bastante subjetivos e, portanto, de difícil precisão. Além disso, sua análise deve ser feita no campo da exculpação, ou seja, do exame da culpabilidade, pressuposto da aplicação da pena ao acusado, e não da justificação da conduta, da análise de conformidade da conduta ao direito.

Em todo caso, já existe a possibilidade de relativização da punição do excesso em legítima defesa, nos casos em que se demonstre a existência de defeito na dimensão emocional do agente que, seja por medo, susto ou perturbação, agiu com excesso. É o que se discute como causa suprallegal de exclusão da culpabilidade. Trata-se de uma análise complexa que se restringe ao campo da culpabilidade, ou seja, da exigibilidade de que o agente adotasse um comportamento diverso, e não se confunde com o exame da ilicitude da conduta, momento em que se confirma ou não a legítima defesa.

Do ponto de vista prático, por sua vez, em um país como nosso, em que ainda vigem os “autos de resistência”, e onde as taxas de letalidade policial alarmantes são tema de preocupação e de denúncia não só nacional, como internacional, parece cínico não acreditar que a flexibilização anunciada servirá antes como forma de enterrar o gravíssimo problema de segurança pública que envolve a execução sumária da população – pobre e negra, preferencialmente – que como método de redução da violência advinda da aplicação desmedida do sistema penal como resposta a conflitos.

Desse modo, é possível que a legítima defesa seja configurada e que o excesso, configurado pelo uso de meio desnecessário ou o uso imoderado de meio necessário seja considerado exculpável quando da aferição da culpabilidade do agente. Uma vez que se considere que era inexigível, pelas circunstâncias materiais do caso, outro comportamento da parte do agente, nenhuma pena deve ser aplicada. O excesso crasso de legítima defesa, contudo, caracterizado pela *desproporção absoluta* entre defesa e agressão, deve sempre ser punido.

Deve-se exigir, de todo modo, mais de quem pode e deve mais. Policiais, por exemplo, são treinados para reagir a situações de estresse extremado e, portanto, deles se deve exigir maior dever de cuidado do que se exigiria de parte de um agente civil. Eventual perda de controle – resultando em excesso – deve ser analisada com maior cautela, o que não nos parece compatível com a simplicidade da alteração enunciada pelo projeto anticrime.

Do ponto de vista prático, por sua vez, em um país como nosso, em que ainda vigem os “autos de resistência”, e onde as taxas de letalidade policial alarmantes³ são tema de preocupação e de denúncia não só nacional, como internacional, parece cínico não acreditar que a flexibilização anunciada servirá antes como forma de enterrar o gravíssimo problema de segurança pública que envolve a execução sumária da população – pobre e negra, preferencialmente – que como método de redução da violência advinda da aplicação desmedida do sistema penal como resposta a conflitos.

³ Veja-se, em 2017, as polícias brasileiras foram responsáveis por 5.144 mortes no país, uma média de 14 por dia. O número corresponde a um aumento de 20% com relação ao ano de 2016. Os dados, os mais recentes disponíveis sobre letalidade de agentes estatais, são do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_Anu%C3%A1rio.pdf.

O projeto se esquece, assim, de que o instituto da legítima defesa versa sobre a proteção da liberdade e deve levar, de alguma maneira, à redução da violência, e nunca ao seu fomento ou justificativa. As alterações propostas certamente nos levam a crer no contrário.

Considerando (i) que a lei brasileira já define exaustivamente a legítima defesa enquanto causa de justificação aplicável a todas as pessoas, inclusive agentes de segurança pública; (ii) a tremenda amplitude do texto sugerido pelo ministro, que comporta, até mesmo, uma noção de “legítima defesa preventiva”; (iii) a incorporação de elementos subjetivos de difícil aferição, que podem levar a flexibilizações desmedidas da punição por excesso; (iv) os altíssimos índices de letalidade policial no Brasil e a disparidade na aplicação do ideal de Justiça, que alcança de forma diferencial a população abastada e a população pobre no país, **entendemos não haver sugestão possível de alteração** do presente texto *no que se refere ao art. 25*, que deve ser **integralmente suprimido** do projeto. Do mesmo modo, a proposta de alteração no art. 23 se mostra desnecessária em razão da existência das causas suprallegais de exclusão da culpabilidade.

O projeto se esquece, assim, de que o instituto da legítima defesa versa sobre a proteção da liberdade e deve levar, de alguma maneira, à redução da violência, e nunca ao seu fomento ou justificativa. As alterações propostas certamente nos levam a crer no contrário.