

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

Natalia Blanc Leite Oliveira

**A LEGÍTIMA DEFESA NO PACOTE ANTICRIME (PL 882/2019) E A VIOLÊNCIA
POLICIAL: UM CONFRONTO ENTRE GARANTISMO PENAL E PUNITIVISMO
POPULISTA**

Juiz de Fora

2019

Natalia Blanc Leite Oliveira

**A LEGÍTIMA DEFESA NO PACOTE ANTICRIME (PL 882/2019) E A VIOLÊNCIA
POLICIAL: UM CONFRONTO ENTRE GARANTISMO PENAL E PUNITIVISMO
POPULISTA**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Penal sob orientação do Prof. Mestre Leandro Oliveira Silva.

Juiz de Fora

2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

NATALIA BLANC LEITE OLIVEIRA

A LEGÍTIMA DEFESA NO PACOTE ANTICRIME (PL 882/2019) E A VIOLÊNCIA POLICIAL: UM CONFRONTO ENTRE GARANTISMO PENAL E PUNITIVISMO POPULISTA

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 04 de novembro de 2019

RESUMO

As instituições policiais são organizações destinadas ao controle social que possuem autorização para utilizar a força em casos necessários. Entretanto, em um Estado Democrático de Direito, a atividade policial necessita do equilíbrio entre o uso de sua autoridade e o respeito aos direitos fundamentais de todos os indivíduos. Na sociedade brasileira, nota-se que esse equilíbrio vem sendo violado em prol de um sistema penal mais repressivo, que é colocado como solução para o problema da criminalidade. Dentro desse contexto, o Brasil possui um enorme número de vítimas de ações policiais violentas, sendo que, na maioria dos casos, as vítimas são as mesmas: negros e pobres. Nesse sentido, é essencial a criação de mecanismos de responsabilização e controle com o objetivo de conter a violência e a arbitrariedade policial. Assim, o presente estudo busca criticar as mudanças relativas ao instituto da legítima defesa propostas no Pacote Anticrime (PL 822/2019) a partir do garantismo penal, demonstrando como as modificações, que desrespeitam os princípios garantistas e constitucionais, podem potencializar a violência policial.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Legítima defesa. Punitivismo Populista. Pacote anticrime. Garantismo penal. Violência policial.

ABSTRACT

Police institutions are organizations for social control that are authorized to use force in some cases. However, in a democratic state, police activity needs a balance between the use of its authority and the respect for the fundamental rights of all individuals. In Brazilian society, it is noted that this balance has been violated in favor of a more repressive system, which is put as a solution to the problem of crime. Within this context, Brazil has a huge number of victims of violent police actions, and in most cases the victims are the same: black and poor people. In this sense, the creation of accountability and control mechanisms is essential in order to contain police violence. Thus, the present study intends to criticize the changes related to the institute of self-defense proposed in the Anticrime Package (PL 822/2019) based on criminal guarantee, demonstrating how the modifications, which disrespect the guarantists and constitutional principles, can enhance police violence.

Keywords: Democratic state. Self-defense. Populism. Anti-crime package. Guaranteeism. Police violence.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. O INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA	8
2.1 A ilicitude e suas causas excludentes	8
2.1.1 Conceito de ilicitude	8
2.1.2 Causas excludentes da ilicitude	9
2.2 Conceito e elementos da legítima defesa	10
2.2.1 O elemento subjetivo da legítima defesa	14
2.3 O excesso da legítima defesa	15
3. A LEGÍTIMA DEFESA NO PACOTE ANTICRIME: CRÍTICAS A PARTIR DO GARANTISMO PENAL	16
3.1 O punitivismo populista e o surgimento do pacote anticrime	16
3.2 Breve exposição do conceito de garantismo penal	19
3.3 Do escusável medo, surpresa ou violenta emoção	21
3.4 Das mudanças do instituto específicas aos agentes policiais	24
3.5 Andamento do projeto de lei (PL 882/2019)	27
4. A LEGÍTIMA DEFESA NO PROJETO ANTICRIME E A VIOLÊNCIA POLICIAL	29
4.1 Panorama da violência policial no Brasil	29
4.2 O pacote anticrime como potencializador da violência policial	32
4.3 Perspectivas e possibilidades	35
5. CONCLUSÃO	38
6. REFERÊNCIAS	39

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo fazer uma breve análise do pacote de medidas criminais do Ministério da Justiça e Segurança Pública (PL 882/2019), especificamente quanto às modificações dos artigos 23 e 25 do Código Penal, relacionadas à legítima defesa. Dessa forma, foram analisados possíveis impactos negativos que essa proposta pode causar na sociedade brasileira, principalmente por violar os princípios garantistas e constitucionais.

Inicia-se a presente investigação com uma análise da ilicitude e suas excludentes, especialmente a legítima defesa, discorrendo acerca dos seus requisitos, quais sejam, a agressão injusta, atual ou iminente; uso moderado dos meios necessários; a defesa de direito próprio ou alheio e o elemento subjetivo, o “*animus defendi*”.

Dando continuidade, buscou-se analisar o contexto de crise do nosso sistema penal e do Estado Democrático de Direito que levou ao surgimento do “pacote anticrime”, dentro da ótica do punitivismo populista. Após, as propostas de modificações dos artigos da legítima defesa foram especificamente abordadas, principalmente no que tange às expressões abertas e abstratas “medo, surpresa ou violenta emoção”; “conflito armado” e a ideia de antecipação da defesa prevista na “prevenção a uma agressão ou risco de agressão”.

Por fim, fez-se necessário examinar como a aplicação desse projeto pode legitimar a violência policial e gerar possíveis aumento de casos de excesso de legítima defesa praticados por agentes policiais, principalmente contra os indivíduos pobres, negros e moradores da periferia. Nota-se, assim, que o projeto, que tem como objetivo uma maior segurança pública, pode, na verdade, aumentar as situações de injustiça por conter propostas que justificam e ampliam a lesividade policial.

Por meio de uma metodologia qualitativa, foram realizadas pesquisas bibliográficas e análise de artigos nacionais com temática relacionada a este estudo, além da utilização de pesquisas estatísticas oficiais, sendo todas as técnicas aplicadas através de uma perspectiva crítica.

Assim, o trabalho pretende demonstrar como as proposições legislativas do projeto anticrime são nocivas e podem gerar um aumento da violência policial, causando, portanto, uma violação ao Estado Democrático de Direito.

2. O INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA

2.1 A ILICITUDE E SUAS CAUSAS EXCLUDENTES

2.1.1 CONCEITO DE ILICITUDE

O conceito de ilicitude, no ordenamento jurídico brasileiro, aparece limitado, surgindo apenas a partir da tipificação de determinado comportamento humano. Assim, havendo a criação de uma norma penal, a ilicitude só deixaria de existir diante da incidência de uma norma de justificação. Entretanto, faz-se necessário a analisar o real significado da ilicitude, uma vez que na situação de legítima defesa, tema principal deste trabalho, a ilicitude excede o limite de elemento de crime e passa a ser “nota essencial do comportamento agressivo, autorizador e delimitador da reação defensiva, comportamento aquele que pode nem ser um fato típico penal”. (TOLEDO,1984, p. 3)

A ilicitude exprime uma ideia de contradição às normas dispostas, seja no *fazer* ou no *não fazer*. Contudo, ela não pode ser considerada uma mera contrariedade ao ordenamento jurídico. Caso assim fosse, quando surgisse uma permissão tal qual a legítima defesa, o sistema falharia ao dizer qual seria o critério utilizado para considerar a norma que prevaleceria no caso específico. Portanto, deve-se observar também o critério valorativo presente em todas as normas jurídicas, que tem como base entendimentos e pensamentos que vêm se consolidando nas culturas existentes e que se modificam ao longo do desenvolvimento das sociedades. Nesse sentido, explica-se:

A ilicitude (ou antijuridicidade) da ação humana, entendida como contrariedade ao direito, consiste, basicamente, em duas coisas: primeira, na existência de uma conduta voluntária na origem, positiva ou negativa (ação ou omissão), em antagonismo com o comando normativo (fazer o que está vedado ou não fazer o que está determinado); segunda, na existência concomitante de possíveis ou reais consequências danosas sobre o meio social dessa mesma conduta (lesão real ou potencial ao bem jurídico tutelado). (TOLEDO, 1984, p. 7).

Nesta perspectiva, não deve haver distinção entre ilicitude formal e material, uma vez que uma atitude humana violadora do ordenamento jurídico sempre irá lesar um bem jurídico tutelado.

Conclui-se que a ilicitude é identificada quando uma situação humana é colocada em confronto com a ordem jurídica vigente, momento no qual se verifica se há ou não a presença da tipicidade de um fato. Essa conduta será considerada um injusto somente do estudo do cabimento ou não de um tipo permissivo excludente da antijuridicidade.

2.1.2 CAUSAS EXCLUDENTES DA ILICITUDE

Para análise das causas excludentes da ilicitude ou causas de justificação deve-se considerar o caso concreto e sua aplicação na legislação penal vigente, verificando se tal situação específica, a partir de uma norma permissiva, pode afastar o caráter ilícito evidente da conduta. A análise das permissões, portanto, não pode ficar a cargo da valoração pessoal do julgador, sob pena de se ferir a segurança jurídica. Assim, deve o legislador se esforçar para exaurir os tipos permissivos, delimitando-os a partir da utilização de mecanismos semelhantes às das normas incriminadoras, com uma inversão das condutas ilícitas.

Entretanto, ainda há situações permissivas que não estão expressamente previstas no ordenamento pátrio, em tais condições, deve-se analisar a defesa aos direitos constitucionalmente reconhecidos, como o direito à vida, à liberdade e à dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, discorre Francisco de Assis Toledo:

De resto seria impossível ao legislador regular todas as causas de justificação porque algumas delas resultam de novas concepções doutrinárias ou das condições materiais e de valores ético-sociais, cujas mutações podem acarretar a criação de novas causas ainda não traduzidas em lei, mas que, tais sejam as exigências mais recentes da vida social, se apresentam como necessárias à correta e justa aplicação da lei penal (TOLEDO, 1984, p. 21)

Presentes os elementos objetivos e subjetivos, evidente que tais permissões possuem um caráter finalístico que ocorre a partir do estudo sobre a ação específica ocorrida. Nesse ponto, discorre Francisco de Assis Toledo, analisando Maurach, acerca da impossibilidade de reconhecimento de uma causa de justificação quando o agente realiza um ato permissivo involuntariamente, sem o desejo de atuar juridicamente, e quando um indivíduo comete uma situação que esteja em desacordo com a ordem jurídica, embora o desejo do autor tenha sido o de agir conforme o direito. (MAURACH, 1971, apud TOLEDO, 1984, p. 23-24)

Lado outro, Zaffaroni e Pierangieli acreditam ainda que em uma ação podem existir várias intenções e que as chamadas “segundas intenções” não devem ser relevantes para aplicação de uma norma excludente da ilicitude. Os autores consideram que, mesmo que um indivíduo acredite que esteja violando o ordenamento jurídico, se a sua ação se enquadrar em um tipo permissivo, suas disposições internas não devem impedir a aplicação da permissão. (ZAFFARONI; PIERANGIELI, 2013, p. 516). Assim, no exemplo da legítima defesa, se um indivíduo estiver agindo, também, por uma vingança pessoal, esse fato não deve ser relevante se a situação for considerada uma defesa, se enquadrando na causa de justificação.

Cumprido analisar qual seria a finalidade dessas permissões concedidas pela legislação. Zaffaroni e Pierangieli consideram que não há como desenvolver um fundamento comum para

todas elas, contudo, essa finalidade pode ser indicada a partir da teoria do fim, na qual haveria um limite para essas ações. Esse limite seria a própria finalidade da conduta:

Qual é o fundamento comum a todas essas permissões? Tentou-se responder a esta pergunta com a chamada teoria do “fim”, segundo a qual não seria antijurídica a conduta que constitui o meio adequado para alcançar o fim de convivência que o Estado regula (...) Mais que o fundamento comum, esta teoria parece indicar um limite comum, ou seja, seria a indicação do fim de convivência ou, melhor dito, de coexistência, como o limite de tolerância do exercício do direito que surge do preceito permissivo”. (ZAFFARONI; PIERANGIELI, 2013, p. 517).

Em outras palavras, esse limite de tolerância surgiria através da impossibilidade do Estado de regular e defender o indivíduo de todas as situações possíveis. Essa incapacidade é suprida com criação de situações nas quais as pessoas podem defender um bem jurídico utilizando mecanismos próprios, ainda que esses interesses causem a inobservância de normas jurídicas. Essas exceções são chamadas “causas legais de justificação” ou “excludentes de ilicitude”.

As mesmas são previstas no Código Penal brasileiro no art. 23¹: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

De um modo geral, o estado de necessidade se apresenta quando em uma situação de emergência há uma colisão de bens jurídicos distintos e prevalece o mais valioso: “O que justifica a ação é a necessidade que impõe o sacrifício de um bem em situação de conflito ou colisão, diante da qual o ordenamento jurídico permite o sacrifício do bem de menor valor” (FRAGOSO, 1985, p. 189 apud BITENCOURT, 2016, p. 410).

O estrito cumprimento de um dever legal e o exercício regular de um direito encontram-se tipificados no artigo 23, inciso III, do Código Penal. Há a presença dessas permissões, respectivamente, quando um indivíduo pratica uma ação em cumprimento de um dever imposto por lei, normalmente um agente público que age para assegurar o cumprimento de uma norma, e para todo aquele que estiver exercendo regularmente uma autorização concedida pela ordem jurídica.

Por fim, há a excludente de ilicitude da legítima defesa, que, sendo objeto principal deste estudo, será analisada mais especificamente adiante.

¹ 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. (CP - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940) Os artigos foram incluídos pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984.

2.2 CONCEITO E ELEMENTOS DA LEGÍTIMA DEFESA

A legítima defesa é um instituto jurídico existente na natureza humana desde os primórdios da sociedade, surgindo a partir da ideia de autopreservação da espécie e de defesa de direitos reconhecidos. Há dois princípios básicos que caracterizam a legítima defesa: o *princípio da proteção individual*, isto é, o direito do indivíduo de proteger seus bens e interesses, e o *princípio da prevalência do direito*, segundo o qual há um direito de defesa contra agressão de interesses individuais (ROXIN, 1997, p. 608, apud BUSATO, 2017, p. 463).

A legítima defesa manifesta-se a partir de uma incapacidade do Estado de proteger todas as relações e situações existentes. Assim, há uma coexistência entre a proteção jurídica tutelada pelo ordenamento jurídico e a possibilidade de autodefesa de bens jurídicos, o que leva essa permissão a ser uma afirmação da ordem jurídica. Nesse sentido, percebe-se que a legítima defesa possui um caráter subsidiário, ou seja, ela não será aplicada se houver outro meio jurídico de defesa do bem jurídico violado. (ZAFFARONI; PIERANGIELI, 2013, p. 518)

No ordenamento jurídico brasileiro, os requisitos da legítima defesa encontram-se presentes no artigo 25 do Código Penal: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Para Busato (BUSATO, 2017, p. 460) esses requisitos se dividem em “A situação justificante da legítima defesa”, que é a presença de uma agressão injusta, atual e iminente, e “A conduta justificada”, qual seja, o uso moderado de meios necessários para a repulsa da agressão. Para melhor entendimento, utilizar-se-á a classificação de Francisco de Assis Toledo, que divide esses requisitos em quatro: repulsa a agressão atual ou iminente e injusta; defesa de direito próprio ou alheio; emprego moderado dos meios necessários e orientação de ânimo do agente no sentido de praticar atos defensivos. (TOLEDO, 1984, p. 71).

A agressão injusta ocorre quando há uma manifestação de vontade e uma intenção de violação de qualquer bem jurídico por parte do autor do delito (como a vida, integridade física, liberdade, patrimônio, entre outros). Essa manifestação pode se dar de forma dolosa, por omissão, ou por imprudência, e não necessariamente deve ser um ilícito penal, isto é, não necessariamente deve ser um crime. Um exemplo é o furto de uso, ilícito civil.² Portanto, essa agressão surge quando há a presença da antijuridicidade, ou seja, se a ação defendida é

² Assim expõe Francisco de Assis Toledo: “Não se exige que a agressão injusta seja necessariamente um crime. A legítima defesa pode ser exercida para a proteção da posse, mesmo quando o fato não caracterize o crime de esbulho possessório. O furto de uso não é considerado crime em nosso direito, mas é seguramente um ilícito civil. Contra essas formas – e outras – de agressão patrimonial pode, portanto, ser exercida a legítima defesa. O que não se pode dispensar é a ilicitude da agressão.” (TOLEDO, 1984, p. 74)

permitida pelo direito, quando há uma causa de justificação, por exemplo, não há que se falar em legítima defesa, diferente do estado de necessidade, que pode ocorrer até mesmo contra um indivíduo que não cometeu ilícito algum.

Exigindo a legítima defesa somente o requisito da ilicitude, a mesma será legítima contra uma agressão praticada por um indivíduo sem culpabilidade, com um sujeito incapaz, por exemplo. Contudo, nessa situação, deve-se utilizar a legítima defesa somente em último caso, buscando primeiramente o uso de alternativas mais viáveis, uma vez que existem limitações ético-sociais. Essa hipótese também se aplica em casos de agressões praticadas em relação de afetividade. (BUSATO, 2017, p. 466).

Ainda em relação à agressão injusta, esta exige uma proporcionalidade entre o tempo de ação e a atitude legitimada, devendo a agressão estar ocorrendo ou em vias de ocorrer (atual e iminente, respectivamente). Logo, não se pode repelir atitudes que já cessaram ou antecipar as que ainda não aconteceram. Necessário se faz analisar a definição de iminente. Nesse ponto, Busato (BUSATO, 2017, p. 467) aponta três principais sentidos para iminente: a primeira, defendida por Jakobs, considera ser “iminente o ataque quando iniciada a execução de um delito”; a segunda entende ser “iminente a agressão quando realizado ato preparatório que já impeça a evitação posterior”, como quer Schmidhäuser; a última teoria, estudada por Claus Roxin, pretende “identificar a iminência do ataque com o momento final da fase de preparação.”³

As duas primeiras teorias apresentam problemas. Considerar iminente um ataque somente no início da sua execução, faz com que a legítima defesa perca sua efetividade. Contudo, considerar iminente uma ação quando do início dos atos preparatórios, faz com que a legítima defesa antecipe muito a conduta defendida:

“Roxin aventa, por exemplo, a possibilidade de que o ataque só pudesse ser detido com segurança um dia antes de sua realização. Nesse caso, estaria presente a iminência da agressão de um modo absolutamente contraditório, pois se o próprio autor desistisse de levar a cabo a consumação por vontade própria, o fato deveria, logicamente, resultar impune” (ROXIN, 1997, p. 619, apud BUSATO, 2017, p. 467).

Assim, a teoria mais correta é aquela exposta por Claus Roxin, que considera iminente a agressão na sua última fase dos atos preparatórios, não antecipando a conduta nem deixando a legítima defesa ineficaz. Nesse ponto, ensina Magalhães Noronha que “A legítima defesa não

³ JAKOBS, 1997, p. 468; SCHMIDÄUSER, 1984, p. 152 e ss.; ROXIN, 1997, p. 619-620; apud BUSATO, 2017, p. 467.

se funda no temor de ser agredido nem no revide de quem já o foi” (NORONHA, p. 201, 1971, apud TOLEDO, 1984, p. 72).

Ainda, deve-se observar que o bem jurídico protegido pode ser próprio e de terceiro. Quando o bem jurídico é de terceiro, é necessário analisar a disponibilidade. Desse modo, se o bem for disponível, para que haja a legítima defesa, deve haver a concordância do ofendido, por outro lado, se o bem for indisponível, essa concordância é irrelevante. (BUSATO, 2017, p. 467). Em relação a bens jurídicos coletivos, o entendimento majoritário permite a atuação em bens jurídicos pertencentes ao Estado, mas nega a legítima defesa no que tange àqueles pertencentes à coletividade. (BUSATO, 2017, p. 467). Além disso, não se admite a mesma para proteção de conceitos abstratos como “ordem pública” ou o “ordenamento jurídico” (TOLEDO, 1984, p. 79-80).

Em relação ao uso moderado de meios necessários, importante considerar especificidade da agressão. Assim, somente no caso concreto será possível perceber a legitimidade ou não do meio utilizado e da sua intensidade, sendo essa análise realizada a partir de uma influência do princípio da proporcionalidade, princípio este não tão evidente quanto na excludente de ilicitude do estado de necessidade, no qual há uma real ponderação de bens. No que tange ao meio utilizado, no caso de uma agressão verbal, por exemplo, é desproporcional aquele que utiliza uma arma de fogo para se defender. Para tal análise, importante considerar também os instrumentos que a vítima possuía no momento da agressão, estudando a situação na qual o indivíduo se encontrava.

Há uma pequena controvérsia em relação à defesa de bens considerados insignificantes, como, por exemplo, o furto de objetos de pequeno valor. Nestes casos, é legítima a ação defensiva que lesione significativamente o agressor? Nesse ponto, discorre Francisco de Assis Toledo:

Embora não se exija, na legítima defesa, balanceamento de bens nos moldes do estado de necessidade, só se admite a defesa de bens insignificantes (note-se que não excluimos a possibilidade) quando os atos necessários e suficientes para tanto não causarem lesão ao agressor de forma expressivamente desproporcionada ao valor dos bens e interesses ameaçado. (TOLEDO, 1984, p. 83).

Ainda, não há que se falar em uma ação legítima quando o uso do meio necessário ocorre imoderadamente, após o encerramento da agressão. Tanto neste caso quanto na escolha do meio utilizado, se as condutas de defesa extrapolarem a razoabilidade, ocorre o chamado excesso de legítima defesa, que gera uma responsabilidade penal independente.

2.2.1 O ELEMENTO SUBJETIVO DA LEGÍTIMA DEFESA

A teoria finalista considera que a atividade dirigida por um fim é um dos elementos do delito. Nesse ponto, surge o elemento subjetivo da legítima defesa, que, para o finalismo, é independente dos demais, que são objetivos. O elemento subjetivo é nada mais que o objetivo de se defender. Desse modo, essa teoria considera que, mesmo se o indivíduo tiver preenchido os requisitos necessários, se enquadrando na legítima defesa, se o seu elemento subjetivo for diverso, não há que se falar em legítima defesa.

Assim, a ausência desse elemento subjetivo se traduziria em dolo não justificado, entretanto, apesar de haver um desvalor da ação, não há que se falar em desvalor de resultado, de modo que não haveria qualquer punição.

Percebe-se, entretanto, que ao considerar necessária a presença do elemento subjetivo, faz-se mister analisar se esse elemento diz respeito somente ao conhecimento da existência de uma permissão do direito ou se deve haver também a vontade do indivíduo de se defender-se. (BUSATO, 2017, p. 472).

Além disso, manifesta-se também a questão da atuação que, objetivamente, é coberta pelos requisitos da legítima defesa, mas que ocorreu de maneira imprudente. Nesses casos, a solução deve ser solucionada a partir da análise da situação concreta, se o sujeito sabia estar envolvido em uma situação de legítima defesa. Nas situações em que essa consciência não existe, a doutrina majoritária entende que a ação imprudente não é justificada, por não estar presente o elemento subjetivo, mas que tal atitude não será punível uma vez que não existe desvalor de resultado mas somente desvalor de ação.

Contudo, o entendimento de que não há punição coloca em evidência a dispensabilidade da exigência do elemento subjetivo. Assim, discorre Busato, analisando a melhor solução, proposta por Juarez Tavares:

Juarez Tavares propõe para as situações uma solução bastante melhor, objetivando a relação da imprudência com a legítima defesa. Sua proposta é de que diante da falta de consciência por parte do agente acerca do emprego dos meios ou da falta de moderação em seu uso, deve ser admitida a legítima defesa sempre que o resultado for, em tese, objetivamente necessário para repelir a agressão. E, para os casos em que se ultrapasse a necessidade objetiva, a situação deve ser resolvida reconhecendo-se o erro em face do uso dos meios. (TAVAREZ, 1985, p. 362, apud BUSATO, 2017, p. 468)

Nesse sentido, nota-se, também, que não é necessário o conhecimento da legitimidade da ação defensiva, isto é, é irrelevante que o indivíduo saiba que está agindo conforme o direito,

se ele estiver agindo com a finalidade de defender-se. (ZAFFARONI; PIERANGIELI, 2013, p. 525).

Em suma, sendo essa excludente de ilicitude parte da dogmática penal, a análise da subjetividade do agente ao se defender se torna essencial, assim como ocorre nos elementos de dolo e culpa presentes em um delito. Tal análise será realizada a partir dos indícios presentes nas circunstâncias do fato específico.

2.3 O EXCESSO DA LEGÍTIMA DEFESA

A punição do excesso, no Código Penal vigente, ocorre em todas as causas de justificação, e não somente na legítima defesa, conforme previa a redação original do Código Penal de 1940.⁴

Conforme já exposto, o “emprego moderado dos meios necessários” é elemento limitador da legítima defesa. Nesse sentido, se o agredido se utiliza de um meio mais gravoso do que o necessário ou utiliza um meio necessário imoderadamente, o mesmo irá praticar o excesso de legítima defesa, sendo esta uma conduta punível pelo ordenamento penal brasileiro. Para a doutrina majoritária, o excesso pode ser considerado doloso, culposo, ou decorrente de caso fortuito, dependendo do caso em concreto.

O excesso doloso realiza-se quando o agente se aproveita da situação inusitada para efetivar um desejo pessoal, impondo, assim, sacrifício maior do que o necessário à defesa do direito inicialmente ameaçado. (BITTENCOURT, p. 409, 2016). Assim, sendo o excesso um ato ilícito, responderá o autor pelo crime na sua forma dolosa, podendo ser beneficiado tão somente pela atenuante do artigo 65, III, c do Código Penal.⁵

O excesso culposo, por sua vez, possui alguns requisitos, como bem exposto pelo Francisco de Assis Toledo (TOLEDO, 1984, p. 93): o agente deve se encontrar, inicialmente, amparado pela conduta permissiva, cumprindo todos os requisitos necessários à legítima defesa; na escolha dos meios defensivos ou no uso imoderado desses meios deve o agente praticar a inobservância do dever de cuidado, seja por negligência, imprudência ou imperícia; por fim, a ação praticada em excesso deve necessariamente possuir previsão em lei da sua

⁴ **Art. 21.** Parágrafo único. O agente que excede culposamente os limites da legítima defesa, responde pelo fato, se este é punível como crime culposo. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2848, de 7.12.1940)

⁵ **Art. 65** - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) **III** - ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) **c**) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

modalidade culposa, respeitando o princípio da excepcionalidade do crime culposo, previsto no artigo 18, parágrafo único, do Código Penal.⁶

Quando presente o caso fortuito, o excesso não será punível, pois é decorrente de uma situação que não poderia ter sido prevista pelo agente, sendo inexigível do mesmo a prática de uma conduta diversa daquela realizada.

Há que se falar ainda das hipóteses de “perturbação, medo ou susto”, não previstas especificamente no Código Penal brasileiro. Francisco de Assis Toledo (TOLEDO, 1984, p. 95) entende que essas hipóteses, apesar de não estarem tipificadas no ordenamento brasileiro, são compatíveis e devem ser aplicadas analisando o caso em específico.

O legislador brasileiro ao colocar como requisitos da legítima defesa a “moderação” e “emprego dos meios necessários”, manifesta somente que não deve ser permitida uma conduta defensiva além dos parâmetros razoáveis cabíveis para repelir o agressor. Assim, evidentemente que o Código Penal brasileiro, dentro da razoabilidade, comporta as hipóteses de atos emocionais provocados pela injusta agressão.

Tais situações não podem ser denominadas causas legais de exculpação, uma vez que o Código Penal expressamente exclui a paixão ou emoção como causa de exculpação (art. 28, inciso I, do Código Penal)⁷. Todavia, conforme já exposto, essas situações podem ser reconhecidas, dependendo circunstâncias específicas do caso concreto, a partir de uma equiparação com as causas de exculpação do art. 22⁸ do Código Penal, constituindo, portanto, uma permissão fraca supralegal. (BUSATO, 2017, p. 475).

⁶ **Art. 18** - Diz-se o crime: **II** - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) **Parágrafo único** - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁷ **Art. 28** - Não excluem a imputabilidade penal: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - a emoção ou a paixão; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁸ **Art. 22** - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

3. LEGÍTIMA DEFESA NO PACOTE ANTICRIME: CRÍTICAS A PARTIR DO GARANTISMO PENAL

3.1 O PUNITIVISMO POPULISTA E O SURGIMENTO DO PACOTE ANTICRIME

O termo populismo surge na década de 40, tendo sido utilizado pela direita para caracterizar e estigmatizar os governos pós Vargas, que possuíam como características a criação de práticas que beneficiassem as classes menos favorecidas. Entretanto, esse termo aos poucos passa a ser utilizado indistintamente pelos mais diversos estudiosos, deixando de ter uma conceituação específica e perdendo sua força e utilidade.

Na literatura criminológica, a delimitação do conceito “populismo punitivista” pode ser considerado recente. Pratt busca a conceituação a partir da literatura de Bottoms, conforme exposto por Gaio:

Para o último, o populismo penal deve ser caracterizado pela conjunção de três principais transformações doutrinárias que legitimam novos tipos de sentenças encontradas em vários países: um modelo de punição que reivindica que o objetivo deve ser encontrar uma punição proporcional ao crime cometido (just-deserts model), o que significaria o abandono das questões relativas aos direitos humanos, a criação de um sistema baseado na gerência dos riscos e a inclusão da comunidade como uma peça decisiva no combate ao crime (PRATT, 2007, p. 2; BOTTOMS, 1995; apud GAIO, 2011, p. 20).

Cada uma das transformações teria gerado diversas consequências: a primeira transformação se relaciona com a ausência de proteção dos direitos humanos aos condenados, a partir de um aumento exponencial da população carcerária e das penas. A segunda transformação, por sua vez, pode ser considerada uma tentativa de dar uma resposta às vítimas dos crimes, com a busca de uma maior eficiência do sistema criminal. Por último, a terceira transformação estaria relacionada com a incapacidade do sistema de se autorregular, desse modo, há a diminuição de penas alternativas e um alongamento das prisões dos indivíduos considerados perigosos.

Entretanto, essas considerações devem ser atualizadas a partir de uma análise do contexto histórico, ou seja, o populismo penal tem estreita relação com uma descrença da população quanto ao sistema penal em vigor. Trata-se de um sentimento geral de que os criminosos estariam sendo favorecidos enquanto as vítimas dos crimes estariam sendo ignoradas pelo Estado. Dessa forma, as pessoas passam a acreditar que “A justiça deve proteger a maioria da população e dar respostas duras àqueles que não podem viver em sociedade e são incapazes de se reabilitarem” (GAIO, p. 21, 2011).

Assim, no populismo penal, há a criação de uma coligação entre os mais diversos segmentos da sociedade, os quais não necessariamente estão ligados à atividade estatal, com o

objetivo de gerar uma pressão para o aumento da punitividade e para aplicação de um sistema penal extremamente repressivo. Nota-se, portanto, que há a busca de uma verdadeira reconfiguração do sistema penal, na qual a palavra da vítima é relevante para aplicação das penas. Para isso, a mídia possui o papel fundamental de expandir medo e ansiedade a todos os indivíduos, que passam a acreditar cada vez mais na morosidade e ineficiência do sistema criminal e da reabilitação e desejam, portanto, a criação de leis mais severas. Além da mídia, ressalta-se que o papel político sempre está presente:

O que Pratt afirma, que muitos observam como um paradoxo, embora não seja, é que o populismo penal não pode dispensar a presença de políticos e seus nexos com as vítimas e a mídia, embora o recurso ao populismo ocorre em um momento de profunda descrença com a política institucional. É o descrédito dos poderes Executivo e legislativo que alimentam essa nova configuração do poder de punir. (PRATT, 2007, apud GAIO 2011, p. 22).

Nesse contexto, surge no Brasil o projeto de Lei Anticrime, proposto pelo ex-Juiz Federal Sérgio Moro, novo Ministro da Justiça e Segurança Pública, iniciando este cargo em 2019. O pacote, de natureza autoritária, pretende alterar aspectos estruturais do ordenamento jurídico-penal brasileiro com objetivo de atacar três questões centrais: o crime organizado, a corrupção e os crimes violentos.

Cumprе esclarecer que o pacote se desenvolve a partir da criação de vinte e quatro “medidas” contra o crime. Tal esquema é fruto de uma organização ideológica que tem como finalidade a imposição do pensamento de que a violência pode ser combatida com meras alterações legislativas que gerem uma maior punição, sendo irrelevante a criação de políticas públicas de longo prazo essenciais para coibir e prevenir a criminalidade. Assim,

Nesse contexto, ao apresentar o seu projeto para uma plateia de juristas, o Ministro da Justiça afirmou que “*o sistema judicial não existe para servir advogados, juízes ou promotores, mas o cidadão*”. O que parece estar por trás dessa fala é a compreensão da Constituição e do processo penal como óbices ao exercício naturalizado do poder punitivo. (...) A questão, contudo, é que, na atual conjuntura de hegemonia do punitivismo, a centralidade política – material e simbólica – da ativação da violência estatal induz o reforço das fantasias de controle total e ilimitado, que constituem o imaginário de dominação das nossas elites colonialistas. Assim, o projeto apresentado por Sérgio Moro consubstancia o desprezo pelas garantias constitucionais e pela linguagem da dogmática penal, legitimando o exercício descontrolado do poder punitivo. (ROORDA; MATOS; BARRETO, 2019)

O “pacote anticrime” se enquadra perfeitamente no populismo punitivista, pois, a partir de um auxílio exacerbado da mídia, que estimula o medo e a insegurança, busca fomentar a descrença às organizações do Estado, dividindo a população entre cidadãos do bem e o estereótipo do inimigo, tudo em prol de uma guerra ao crime. Esse inimigo em comum, criminoso habitual, não possuiria capacidade de se ressocializar, só restando, portanto, para a

diminuição do número de crimes, a “punição dura e a certeza da punição”. (GAIO, 2011, p. 24), que deve ocorrer com um aumento do encarceramento, do endurecimento das penas e de novas tipificações de situações delituosas.

Sendo as medidas do “pacote anticrime” corolárias do populismo penal, a mesma foi precedida, “por um movimento que envolve políticos, mídia e opinião popular organizada” (GAIO, 2011, p. 25), como a maioria das modificações que visam o aumento da punitividade e a criação de novos tipos penais. Essa natureza autoritária de projetos punitivistas, dentre os quais se enquadra o “pacote anticrime”, tem como objetivo principal atingir uma maior adesão a governos que são incapazes de criarem melhoras efetivas para todos os indivíduos:

O projeto Moro possui a função de reafirmar a autoridade do Estado e do governo entre essas classes afetadas. Trata-se de uma tentativa de construção de hegemonia e ocultação dos conflitos de classe, através do exercício da força e da criação de inimigos comuns da sociedade. (ROORDA; MATOS; BARRETO, 2019)

A problemática do projeto se torna evidente na proposta de alteração dos artigos 23 e 25 do Código Penal que trata da legítima defesa, modificações que abandonam o sistema garantista proposto por Ferrajoli. Tais mudanças foram elaboradas a partir de um discurso político estimulador do imaginário popular de que os agentes policiais não possuem proteção jurídica necessária para eficiente defesa da segurança pública. Insta salientar, ainda, que essa justificativa mascara o objetivo desse projeto, que é o a legalização do extermínio, ou seja, a “licença para matar”.

3.2 BREVE EXPOSIÇÃO DO CONCEITO DE GARANTISMO PENAL

Após estudo do surgimento do projeto e do seu enquadramento no cenário populista punitivista presente no Brasil atual, faz-se necessário analisar, ainda, as violações do sistema garantista e dos princípios constitucionais presentes no “pacote anticrime”.

O sistema garantista proposto por Ferrajoli se apresenta principalmente após observância das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, na busca de uma maior proteção da dignidade humana e de todos os indivíduos, colocando-os como sujeitos de direitos. A sociedade, então, passa a exigir uma Constituição com regras e princípios que garantam todos os direitos básicos dos indivíduos como o direito à vida, à liberdade e ao patrimônio. Esse pensamento surge no Brasil com a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988.

O sistema garantista, de um modo geral, busca assegurar efetivamente o Estado Democrático de Direito e possui como pressuposto a justificativa da violência da pena com o estabelecimento de limites ao arbítrio punitivo do Estado, de modo que o *jus puniendi* deve obedecer estritamente aos direitos e garantias fundamentais postos na Constituição. Em suma, o garantismo tem como objetivo minimizar a violência e maximizar a liberdade, a partir de um modelo jurídico que imponha restrições à potencialidade punitiva do Estado para a proteção de todos os indivíduos.

O Estado Democrático de Direito de Ferrajoli, portanto, possui um caráter substancial, no qual qualquer poder deve ser limitado pela Constituição e, para tal, as normas constitucionais devem possuir caráter vinculante. Assim expõe o autor:

Designa, por esse motivo, não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado : a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo o poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes[...]. b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária. (FERRAJOLI, 2002, p. 687-688).

Em suma, para Ferrajoli, o termo garantismo teria três ideias básicas bem definidas. A primeira, que mais se relaciona com a temática desse trabalho, discorreria acerca de um modelo normativo de direito. Assim, vejamos:

Segundo um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia aos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, ‘garantista’ todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

A segunda concepção do garantismo distingue as categorias de vigência e validade, propondo "uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si mas, também, pela existência ou vigor das normas". (FERRAJOLI, 2002, p. 684). Na terceira, o autor realiza uma definição de uma filosofia política que exige uma justificação

externa do Direito e do Estado “com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”. (FERRAJOLI, 2002, p. 685).

Importante mencionar ainda que sistema garantista baseia-se em dez axiomas penais e processuais conectados uns aos outros de modo a vincular a intervenção punitiva estatal aos direitos fundamentais: *Nulla poena sine crimine*, princípio da retributividade; *Nullum crimen sine lege*, princípio da legalidade, que pode ser no sentido lato ou no sentido estrito; *Nulla lex sine necessitate*, princípio da necessidade; *Nulla necessitas sine injuria*, princípio da lesividade; *Nulla injuria sine actione*, princípio da materialidade; *Nulla actio sine culpa*, princípio da culpabilidade; *Nulla culpa sine iudicio*, princípio da jurisdiccionabilidade, sentido lato ou no sentido estrito; *Nullum iudicium sine accusatione*, princípio que separa o juiz da acusação; i) *Nulla accusatio sine probatione*, princípio do ônus da prova ou da verificação; e j) *Nulla probatio sine defensione*, princípio do contraditório ou da defesa. (FERRAJOLI, 2002, p. 74-75).

Por fim, insta salientar que o “pacote anticrime”, que, conforme já exposto, possui um caráter extremamente autoritário e punitivista, vai completamente contra os princípios garantistas, os quais são ignorados principalmente no que tange à proposta de ampliação da legítima defesa.

3.3 DO ESCUSÁVEL MEDO, SURPRESA OU VIOLENTA EMOÇÃO

A primeira proposta prevista no pacote diz respeito ao artigo 23 do Código Penal, que ficaria com a seguinte redação: *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.*

Conforme já citado, se as condutas de defesa na escolha do meio utilizado ou no uso destes extrapolarem a razoabilidade, ocorre o excesso de legítima defesa, gerando uma responsabilidade penal independente. Assim, necessário analisar essa redução da punição do excesso da legítima defesa trazidas nessa parte do projeto anticrime.

A violenta emoção é preceito já analisado pelos penalistas brasileiros. Esta expressão se encontra tipificada, por exemplo, no homicídio privilegiado, previsto no artigo 121 § 1º do Código Penal⁹. Entretanto, é extremamente desproporcional a absolvição de um indivíduo que

⁹ Art. 121: Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos. § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de **violenta emoção**, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

comprove que só cometeu um ato de violência no excesso da legítima defesa porque agiu sob forte emoção. Importante ressaltar que essa norma valeria para todos os crimes, inclusive crimes de ódio como homofobia, xenofobia, feminicídio, além da violência cometida por agentes policiais.

Além disso, as expressões “medo” e “surpresa” são extremamente abstratas e indeterminadas, podendo gerar decisões distintas por todo o país, da redução pela metade ou até mesmo a total impunidade do agente cometedor do excesso. Nesse ponto, expõe Hungria e Dotti, citados por Alana Guimarães Mendes: “A lei penal é assim um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos ‘princípios gerais do direito’, ou pelo costume”. (HUNGRIA; DOTTI, 2017, p. 05, apud MENDES, 2019).

Tanto o medo quanto a surpresa variam de acordo com a situação na qual um indivíduo está sendo submetido, ou seja, cada pessoa possui uma exteriorização distinta e específica desses sentimentos. Tratam-se, portanto, de estados psíquicos do indivíduo quase impossíveis de serem comprovados e profundamente subjetivos. Assim, Alana Guimarães Mendes, discorre:

A questão que surge é: como aferir esse medo ou essa surpresa? Ou basta simplesmente que o sujeito diga “*matei ou quase matei determinada pessoa porque fui acometido por um medo ou fui surpreendido pelo agente infrator*”; o que ocorrerá se essa segunda opção for admitida? E mais: as balizas utilizadas para aferir o medo ou a surpresa poderão ser utilizadas em todos os tribunais? Desde crimes ocorridos na cidade de São Paulo, que possui um excelente corpo técnico, até os delitos na cidade de Autazes (distante 118km da cidade de Manaus)? (MENDES, 2019)

Desse modo, nota-se que a utilização dessas expressões indeterminadas e abstratas contrariam abertamente o princípio da legalidade previsto no Sistema Garantista de Ferrajoli, tendo como consequência o aumento da insegurança jurídica em relação a essas decisões. Tal princípio, para o autor, se divide em mera legalidade e legalidade estrita. Assim:

Enquanto o axioma de mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla Lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actine, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada. Daí se segue [...], um papel distinto dos dois princípios e uma distinta estrutura normativa do sistema legal exigida por eles: a simples legalidade da forma e da fonte é condição da vigência ou da existência das normas que prevêm penas e delitos, qualquer que seja seu conteúdo; a legalidade estrita ou taxatividade dos conteúdos, tal como resulta de sua conformidade para as demais garantias, por hipótese de

hierarquia constitucional é, ao revés, uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes. (FERRAJOLI, 2002, p. 76).”

Percebe-se, assim, que essa previsão do projeto tem como inobservância especificamente o princípio da legalidade estrita de Ferrajoli, uma vez que, como já analisado, a utilização de expressões abstratas pode gerar um aumento de decisões arbitrárias, ao permitir que um indivíduo possa receber o perdão judicial a partir da mera alegação de que estava com medo, surpresa, ou violenta emoção, podendo ter como consequência, por exemplo, um aumento no número de feminicídios e da violência urbana.

Há, portanto, um desrespeito da validade da norma penal, que, no princípio da legalidade estrita, deve sempre ser subordinada aos direitos fundamentais. Dessa forma, a criação dessas mudanças relacionadas a essa excludente de ilicitude não respeita o conteúdo das leis superiores, no que tange à dignidade da pessoa humana, respeito a todos os direitos fundamentais, liberdade e o direito à vida.

Ainda, tal proposta gera uma inversão da valoração dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal brasileiro, colocando a defesa pela propriedade acima da vida ou integridade de um indivíduo, violando o princípio da proporcionalidade. Aumentam-se consideravelmente as possibilidades de reconhecimento de legítima defesa pelos agentes de segurança, legitimando o uso de força letal por parte dos policiais.

Essa análise já havia sido feita por Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 524) quando da extensão da legítima defesa a todos os bens jurídicos. Essa extensão, obra do industrialismo, tem como objetivo dar segurança ao patrimônio da elite, a partir de uma repreensão aos indivíduos marginalizados. Conforme já exposto, tal situação irá se acentuar com essa proposta do projeto anticrime. A dignidade da pessoa humana é valor essencial na sociedade jurídica brasileira, contudo, essa proteção é violada e será cada vez mais em todo momento no qual o Estado resolver considerar legítima qualquer morte que tenha como objetivo a defesa do direito de propriedade.

Importante observar, ainda, que essas expressões são desnecessárias no âmbito dessa excludente de ilicitude. O que se parece, é que a proposta pretende trazer a tipificação do chamado excesso exculpante, já presente no ordenamento penal brasileiro, quando da análise do excesso doloso e culposo. Essas situações de exculpação tem relação com a inexigibilidade da conduta diversa ao considerar que alguns estados psíquicos podem reduzir ou extinguir a culpabilidade de uma pessoa.

Conforme já analisado anteriormente, Francisco de Assis Toledo (TOLEDO, 1984, p. 95) expõe que o ordenamento penal brasileiro já comporta as hipóteses de atos emocionais

provocados pela injusta agressão. Entretanto, o autor alega que deve haver uma razoabilidade nesse excesso, não comportando situações em que a reação é completamente desproporcional. A tipificação dessas expressões, que já podem ser aplicadas quando da análise do excesso dessa excludente, só faria com que até mesmo as reações desproporcionais fossem desprovidas de punição.

Nesse sentido, deve-se salientar que a existência de punição quanto ao excesso da legítima defesa serve para prevenir ações violentas, logo, a aplicação dessas minorantes que diminuem ou até excluem a punição pode estimular condutas abusivas. Há, portanto, um retrocesso do sistema garantista de proteção do direito à vida, uma vez a proposta analisada favorece o uso excessivo e arbitrário da força. Ressalta-se, por fim, que a introdução de elementos abstratos no ordenamento jurídico penal, ao dar margem à discricionariedade do juiz, é desconexo com o princípio da legalidade e viola frontalmente os direitos fundamentais previstos em um Estado Democrático de Direito.

3.4 DAS MUDANÇAS DO INSTITUTO ESPECÍFICAS AOS AGENTES POLICIAIS

O projeto anticrime propõe, também, a inclusão de um parágrafo único no artigo 25 do Código Penal:

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.

Trata-se de uma ampliação do reconhecimento da legítima defesa somente em relação aos agentes policiais ou de segurança pública, buscando uma maior isenção da responsabilidade penal desses agentes, ferindo, notadamente, o princípio da isonomia, representado pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988: 'Todos são iguais perante a lei'. Evidente que a proposta é uma autorização e estímulo do uso da força letal e de ações impulsivas cometidas pelos policiais, a tão falada “licença para matar”.

Observa-se que, neste caso, as mudanças também são desnecessárias, uma vez que, sendo os incisos subordinados aos requisitos do *caput*, são hipóteses já previstas no ordenamento jurídico, isto é, nada de novo haveria. Nesse ponto, analisa Luís Greco (2019): “porque, corretamente entendidas, repetem o que já diz o *caput*; ou nocivas, porque induzem a uma compreensão diversa que, na sua pior versão, conferem licenças para matar e transplantam para a legítima defesa a lógica do direito de guerra” (GRECO, 2019).

Além disso, há novamente a utilização de termos abstratos: “conflito armado”. Ainda não há uma definição correta do que seria o conflito armado, até mesmo no direito internacional. Contudo, no que tange ao “conflito armado não internacional”, o direito internacional considera ser essencial a presença de uma organização armada em confronto duradouro com o Estado, situação não presente no Brasil, mesmo quando se considera os delitos cometidos por crime organizado.

Novamente, a utilização de expressões não bem definidas dá ampla margem ao julgador para utilizar entendimentos e preconceitos próprios na decisão de um delito, considerando qualquer situação como conflito armados, como brigas de bares, brigas de torcidas organizadas, dentre outros. Há, mais uma vez, a violação do princípio da legalidade estrita, analisado no tópico anterior. Assim, vejamos:

Apesar de figurar em documentos de várias Convenções, estes não possuem uma definição estrita do seu significado. Desde o uso no art. 1º, II do Segundo Protocolo sobre Conflitos Armados Não-Internacionais até a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional, relacionada à aplicação do art. 8 do Estatuto de Roma, conflito armado se refere a guerras civis, situação drasticamente distinta da brasileira. Sem um significado preciso nem mesmo no Direito Internacional, a expressão “conflito armado” assume, inevitavelmente, grande elasticidade à interpretação, a qual, por sua vez, será carregada de preconceitos, sentimentos e emoções do julgador e, por isso, manipulável, podendo abrigar inúmeras hipóteses e situações debaixo desse termo “guarda-chuva.” (GRECO, 2019, apud MONTEIRO; CHAVES; FERRAZ, 2019)

Importante salientar, ainda, que, sendo a expressão conflito armado de conceito indefinido, na maioria das vezes, se encontra relacionada ao direito de “guerra” e de “inimigo”. Nesse ponto, tal utilização poderá levar à ideia de “direito penal do inimigo”, situação presente atualmente diversas vezes na sociedade brasileira, mas que é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Assim discorre Zaffaroni:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de *pessoas*, dado que os considerava apenas como *entes perigosos ou daninhos*. Esses seres humanos são assinalados como *inimigos* da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente. (ZAFFARONI, 2007, p. 11)

Essa ideia de guerra que pode ser trazida pela expressão “conflito armado” é ratificada pela fala do deputado Capitão Augusto (PL-SP), relator do grupo de trabalho da Câmara que analisa o projeto anticrime, o qual afirmou que "estamos em guerra, e em todas as guerras

morrem civis", ao comentar sobre a morte da menina Ághata Félix, de 8 anos, que sofreu um tiro de fuzil no Complexo do Alemão, no Rio de Janeiro.¹⁰

Outro ponto de importante discussão nessa proposta tem relação com a agressão iminente, já analisada nesse estudo. O entendimento mais correto, analisado nesse trabalho, é o que de a agressão é considerada iminente quando se encontra na sua última fase dos atos preparatórios. Assim, evidente que a iminência já se encontra nos requisitos da legítima defesa, tipificados no *caput* do artigo 25 do Código Penal.

Entretanto, se a expressão “prevenção” tiver como objetivo a criação de um outro significado que não aquele já presente nos requisitos essenciais para caracterização dessa excludente da ilicitude, há que se falar em uma antecipação da agressão, passando a se considerar válida até mesmo aquela defesa que ocorrer em momento anterior à iminência, no campo dos atos preparatórios. Trata-se, obviamente, de uma agressão ausente de qualquer lesividade, tornando a defesa um ato preventivo injusto. No inciso I da proposta, não seria necessária nem a comprovação de uma situação de conflito armado: “em risco iminente de conflito armado”.

Evidente que essas propostas ferem violentamente o princípio da proporcionalidade. Seu significado parte da busca pelo respeito à dignidade humana, a partir da proibição de excessos, isto é, a vedação a qualquer medida que viole um direito fundamental presente em uma situação específica, e da proteção deficiente, na qual a proteção a todo bem jurídico deve ser eficaz. Trata-se, portanto, de um equilíbrio entre pretensão punitiva do Estado, que não pode ser exagerada, e a proteção dos direitos de todos indivíduos contra condutas arbitrárias de outros. Assim, do mesmo modo que não pode haver uma enorme repressão do ente estatal e violação dos direitos do acusado, deve haver também a proteção do interesse da sociedade. Para isso, em alguns momentos existirá, inevitavelmente, uma restrição à liberdade de um indivíduo.

As medidas propostas pretendem validar a legítima defesa para o agente policial nos casos em que não houve ainda nem um bem jurídico lesado, gerando uma antecipação da conduta e um incentivo à violência e repressão policial que é completamente incompatível com esse princípio, essencial em um Estado Democrático de Direito e inteiramente ligado ao Sistema Garantista de Ferrajoli.

¹⁰RELATOR diz excludente de ilicitude sairá, mas voltará ao pacote anticrime. *In: Relator diz excludente de ilicitude sairá, mas voltará ao pacote anticrime*. Correio Braziliense, 23 set. 2019. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/09/23/interna_politica,784194/relator-diz-excludente-de-ilicitude-saira-mas-voltara-ao-pacote-anticrime.shtml. Acesso em: 14 out. 2019.

O princípio da proporcionalidade é necessário para aplicação efetiva dos direitos postulados e se encontra presente na Constituição Federal brasileira, a qual busca proteger os bens jurídicos e os direitos fundamentais, a partir da necessidade de proteção de valores e direitos inerentes a todos os indivíduos, conforme seu artigo 1º, III, que coloca a dignidade como princípio fundamental. Completamente desproporcional, portanto, uma medida que amplie a atuação policial contra os civis, aumentando a repressão estatal.

A partir do exposto, nota-se que as mudanças propostas têm como escopo uma ampliação da excludente de ilicitude da legítima defesa aos agentes policiais. Há portanto, um objetivo de ser permitir atuações policiais repressivas, ferindo os princípios garantistas, que, em um Estado Democrático de Direito, visa garantir os direitos fundamentais a todos os indivíduos.

3.5 ANDAMENTO DO PROJETO DE LEI (PL 882/2019)

Insta observar, ainda, o andamento da (PL) 882/2019 no que tange à excludente de ilicitude analisada neste estudo. No dia 25 (vinte e cinco) de setembro de 2019 o grupo de trabalho que analisa o “pacote anticrime” rejeitou a proposta que amplia as situações de legítima defesa (“medo, susto e violenta emoção”), contudo, aprovou parcialmente a proposta que amplia as hipóteses em que os policiais ou agentes de segurança pública podem atuar em legítima defesa.

Depois de passar pelo grupo, o projeto ainda será analisado pelo Plenário da Câmara dos Deputados, podendo ser aprovado em sua totalidade. Após, vai para o Senado. Se houver alguma modificação, a proposta volta para a Câmara para uma votação final. Por fim, vai à sanção ou veto presidencial. Caso haja veto, o Congresso, em sessão conjunta da Câmara e do Senado, pode derrubá-lo pela votação da maioria de seus integrantes.

Importante mencionar que a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados já começou a articular uma proposta que tenta modificar a excludente de ilicitude da legítima defesa com base no “pacote anticrime”.¹¹

Na redação final da proposta aprovada pelo grupo de trabalho, foi mantida uma excludente apenas para "o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão à vítima mantida em refém durante prática de crimes", havendo a modificação da palavra

¹¹ CCJ da Câmara volta a discutir excludente de ilicitude. 2 out. 2019. Disponível em: <https://blogdadacidanania.com.br/2019/10/ccj-da-camara-volta-a-discutir-excludente-de-ilicitude/>. Acesso em: 14 out. 2019.

“previne”, presente na redação original, para “repele”. Tal mudança se relaciona com os princípios garantistas já analisados, como o da proporcionalidade. Conforme já exposto, a “prevenção” de uma situação de agressão é incompatível com os requisitos da legítima defesa, que exige que haja uma situação de lesão real ou iminente a um bem jurídico para que possa haver uma reação defensiva amparada pelo direito.

Essa primeira rejeição da proposta tem forte relação com os casos de violência policial que vem ocorrendo no Brasil recentemente. Em um país que já possui inúmeras situações de vítimas da atuação policial é extremamente incoerente a criação de normas que permitam e validam a violência policial. Seria uma verdadeira “licença para matar”.

4. A LEGÍTIMA DEFESA NO PROJETO ANTICRIME E A VIOLÊNCIA POLICIAL

4.1 PANORAMA DA VIOLÊNCIA POLICIAL NO BRASIL

O Brasil possui uma das polícias que mais mata no mundo: a violência policial aumentou em 19,6% de 2017 para 2018. No ano passado, 6.220 pessoas foram mortas por policiais em serviço ou de folga, enquanto em 2017, foram 5179. Importante observar, ainda, que o perfil das vítimas de violência policial possui maioria negra (75,4%). Além disso, dentre as vítimas de abuso policial, 81,5% possuem somente o Ensino Fundamental (completo ou incompleto); 99,3% são homens e 33,6% possuem idade entre 20 e 24 anos. Estes dados foram fornecidos pelo **Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP)**.¹²

Ainda, a Anistia Internacional constatou em 2011 que nos vinte países que ainda possuem a pena de morte foram executadas 676 pessoas, exceto aquelas ocorridas na China, que mantém dados em segredo. Em estudo realizado por Orlando Zaccone, constatou-se que no mesmo período os estados do Rio de Janeiro e São Paulo produziram 961 vítimas de ações policiais, o que corresponde a um número 42,16% maior do que de vítimas da pena de morte nos países pesquisados. (YAROCHEWSKY, 2019)

Esses dados refletem como a realidade brasileira é vista em relação ao aparato policial: os agentes policiais do país são despreparados e utilizam mecanismos abusivos que desrespeitam os direitos humanos. Essa repressão, que é justificada como sendo a única forma de garantia da ordem pública, é, na verdade, uma forma de controle do Estado. A liberdade e despreparo da atuação dos agentes tem relação também com uma falta de regulamentação: a Constituição da República, em seu artigo 144 possui apenas diretrizes gerais acerca das atribuições que cada tipo de polícia possui. Não há, portanto, regras que tratem especificamente o tipo de atuação de cada força policial.

Esse controle, que beneficia e defende a propriedade privada da classe dominante gerando uma manutenção dos privilégios da elite, recai sobre os indivíduos marginalizados, pobres, negros e da periferia, reproduzindo a discriminação social.

A dominação da elite contra um grupo específico da população tem raízes históricas. Com o término da escravidão no Brasil, não houve uma política de inclusão social dos ex-escravos, deixando-os com dificuldade na busca de empregos remunerados e estabilidade financeira. A partir daí, foi-se desenvolvendo uma população marginalizada e periférica. Nesse momento, há um movimento de dominação e consolidação da elite brasileira, sendo os

¹² Informações disponibilizadas pelo 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública.

atentados aos direitos dos indivíduos marginalizados sempre ignorados por políticos e por parte da população. Nesse sentido, as favelas, historicamente, representam um lugar de pobreza e violência. Assim, vejamos:

“A abolição, conduzida pela elite escravista, representou uma amarga vitória para os ex-escravos, e as marcas de sua limitação, 128 anos depois, permanecem na sociedade brasileira. Após o 13 de maio, o antigo escravo foi transformado em vagabundo, o preto em negro, um estereotipo degenerado segundo a ótica branca, bêbado, alienado, incapaz para a vida social, e uma nódoa demográfica que impediria o desenvolvimento (a civilização) do país. O escravo libertado pelo treze de maio não foi encarado, pela elite dominante, como um cidadão com direitos iguais aos outros membros da sociedade. Mas como um meio cidadão que - trazendo na cor de sua pele a marca distintiva dos escravos - estava sempre sujeito a ser detido pela polícia, como o liberto o era pelos capitães de mato, sempre suspeito de ser escravo fugido. E o topo da sociedade (...) continua ocupado pelos descendentes da mesma elite reacionária formada por escravistas, latifundiários e donos do capital rentista e especulativo. E que são, pelo DNA social, reacionário e direitista do qual são portadores, os principais fatores do atraso, da instabilidade política e da divisão que opõe aquela elite ao povo brasileiro.” (RUY, 2016)

Dessa forma, observa-se que ao longo do desenvolvimento da sociedade brasileira a polícia sempre foi utilizada para manter o aparelho estatal, com o objetivo de afirmar a ordem política vigente e defender os interesses dessa elite. Dentro desse cenário, cria-se uma cultura na qual é essencial um rígido controle e vigilância de grupos que pudessem ser um risco aos interesses do Estado. A partir de então, os moradores da periferia passam a ser considerados perigosos e os inimigos da nação, sendo frequentemente abordados e espancados, independentemente de terem cometido um crime ou não. (MARTINS, 2017, p. 8).

Há, portanto, conforme mencionado, um racismo e estereótipo enraizados na cultura do país. Alexandre Pereira da Rocha, ao analisar o estudo de Machado da Silva, afirma que a função da polícia é vista pelas camadas mais pobres como um “muro de contenção ao intercâmbio de indivíduos e maneiras de viver, em vez de ser um meio orgânico de sua regulação” (MACHADO DA SILVA, 2008, apud ROCHA, 2013, p. 4).

Por esse motivo, as pessoas que moram na periferia acabam tendo mais medo dos policiais do que dos próprios criminosos. Isso ocorre também porque, diferente das regiões centrais, nas quais a polícia aparece de forma mais presente, como uma forma de prevenir delitos, nas regiões periféricas, o policiamento é utilizado somente para intervenções pontuais, ou seja, em momentos extremamente necessários, de um modo repressivo. Nesse contexto, faz-se necessário mencionar uma fala extraída de um morador da favela Pavão-Pavãozinho e Cantagalo em estudo realizado por SILVA (2013):

Isso aí não tem jeito. Eles não querem saber se você faz parte [da quadrilha local] ou só está passando por ali na hora errada. Tratam todo mundo como

bandido e não respeitam ninguém. Às vezes eles sabem que você não é do esquema, mas eles querem humilhar e te fazem passar vergonha, te desrespeitam na frente de qualquer um, não querem nem saber se teu filho está do lado e que vai ver o pai ser tratado como um porco. Eles não podem fazer isso. Não podem. Não podem. Agora todo mundo paga luz, tem que pagar IPTU. Eu nunca deixo de pagar. Eu e a maioria das pessoas daqui. Então a gente tem que ser tratado direito, porque eu estou pagando igual a você e igual a qualquer um lá debaixo. Então não deveria ter essa de mandar eu deitar no chão, me dar tapa na cara, só porque eu moro na favela. (SILVA, 2013, p. 121-122)

A mídia, narrando as notícias de forma fantasiosa e exagerada, fomenta essa ideia de “guerra”: de um lado, há a classe dominante, trabalhadora, os verdadeiros “cidadãos brasileiros”; de outro, os moradores da favela, inimigos da sociedade, que devem ser combatidos a qualquer custo. A seletividade da atuação violenta policial, ao atingir somente a camada mais pobre dos indivíduos, faz com que ela seja ignorada e justificada, evidenciando que a sociedade brasileira é indiferente ao assassinato de negros e pobres e considera ser o crime e a violência o destino natural dessa parte da população. Assim observa Rocha (2013):

Por conta disso, definiu-se anteriormente a violência policial como um tipo de excesso de poder, a qual é reproduzida pela tradição autoritária das instituições e balizada pelos preconceitos e medos da sociedade, de governos e das próprias polícias. Por certo, ela se desenvolve numa sociedade, cuja estrutura social é explicitamente desigual, quer dizer, a disputa não se concretiza no espaço público porque as regras de precedência que o definem previamente regulam, de fora, a convivência entre os desiguais. Nisso, para certos indivíduos sem acesso aos direitos, sem cidadania, não há uma polícia para eles, mas contra eles. (KANT DE LIMA, 2003, apud ROCHA, 2013, p. 94)

O caos político presente na sociedade brasileira atual fomenta o desrespeito às instituições e aparatos democráticos e incentiva o aumento da liberdade de atuação policial, que opera de modo cada vez mais violento e arbitrário. Essa atuação é legitimada pela falácia de que “bandido bom é bandido morto”, repetida por grande parte da população e que vem sendo validada até mesmo por representantes do Estado, baseada em um pensamento autoritário e repressor. A violência policial, portanto, contraria o uso legítimo da força no Estado Democrático de Direito e, até mesmo, os direitos humanos, os quais, para alguns indivíduos, é empecilho à segurança pública. Assim necessário mencionar a análise exposta por Martins (2017):

Se formos à raiz deste fenômeno político, verificamos que a cultura autocrática é própria da necessidade de autoprivilegiamento e autoproteção das classes possuidoras que, em nome da estabilidade política, estatizam a violência contra os “de baixo”, ultrapassando os limites do seu ‘braço armado’ (polícia e exército), mas a condensando nas políticas sociais e demais esferas públicas de interlocução com os trabalhadores. (MARQUES, 2015, p. 183 apud MARTINS, 2017, p. 10)

Diante dessa conjuntura, percebe-se a existência de um ciclo político em torno do uso do aparato policial: as pessoas se sentem inseguras, sendo esse sentimento aumentado pela mídia. Assim, a população, buscando respostas rápidas, exige mais policiamento, vigilância e viaturas nas ruas. O discurso político engloba esse sentimento, propondo o encarceramento em massa, penas mais duras e uma militarização da polícia. A população, portanto, aprova essas ações policiais, mesmo quando extremamente violentas, justificando-as através da desqualificação da vítima, que são os inimigos, bandidos, ou através da consideração de que todas essas as mortes ocorrem em confrontos e tiroteios com criminosos armados. Dessa forma, nota-se que a violência policial não é um problema isolado da sociedade brasileira.

Esse discurso político se enquadra no já examinado “populismo punitivista”, o qual propõe uma expansão de um direito penal repressor e possui o entendimento de que problemas complexos como a violência urbana podem ser resolvidos com simples modificações da norma penal ou processual penal. Dentro desse contexto se insere o “pacote anticrime”.

4.2 O PROJETO ANTICRIME COMO POTENCIALIZADOR DA VIOLÊNCIA POLICIAL

O projeto anticrime, em relação à excludente de ilicitude da legítima defesa, pode ser considerado como uma tentativa de proporcionar aos agentes policiais e de segurança um maior amparo legislativo para que esses possam atuar com o uso de uma maior letalidade para defender os indivíduos. Parte-se da ideia de que o ordenamento brasileiro não dá qualquer respaldo às ações policiais. Contudo, tal premissa não é verdadeira.

Conforme pesquisa realizada pelo sociólogo Michel Misse¹³, do Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana da Universidade Federal do Rio de Janeiro, os “autos de resistência”, como denominados, já legitimam a letalidade policial: o agente mata um suspeito que supostamente teria “resistido à prisão” e alega que agiu em legítima defesa. Situações como essa podem ser registradas como “autos de resistência”, nas quais o delito, na maioria das vezes, não é investigado. Tal situação é confirmada em dados coletados pelo sociólogo: de acordo com sua pesquisa, o Ministério Público Estadual propôs o arquivamento 99,2% dos casos de auto de resistência durante 2001 e 2011.

¹³ MISSE, Michel. Relatório final de pesquisa: “Autos de resistência: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011). Rio de Janeiro: Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana da UFRJ, 2001. Disponível em: <http://www.pm.es.gov.br/download/policiainterativa/PesquisaAutoResistencia.pdf>. Acesso em 14 out. 2019

Cumpra ressaltar, ainda, que o Código de Processo Penal autoriza o uso de quaisquer meios necessários quando o policial estiver em uma situação de resistência à prisão, determinando, também, que a ação seja registrada por duas testemunhas. Entretanto, essa permissão tem sido excedida a partir do uso da violência e tem havido uma impunidade quanto a esse excesso, conforme estudo mencionado acima.

Outro ponto de importante análise é a condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2017, no caso chamado Chacina na Favela Nova Brasília ocorrido em 1994. A Corte reconheceu a alta letalidade das ações policiais como sendo um problema de direitos humanos e estrutural do país. Considerou, ainda, que essas violações aos direitos humanos são fruto tanto de uma justiça criminal extremamente morosa como da falha dos Estados no desenvolver das investigações policiais. Assim propõe a sentença proferida:

“não obstante isso, ante a gravidade dos dados apresentados pelas partes no presente processo, sobre a alta letalidade da ação da polícia no Brasil, especialmente no Rio de Janeiro, a Corte determina que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial. A corte supervisionará essa medida e poderá determinar medidas adicionais ou suplementares durante a supervisão do cumprimento desta Sentença, caso os objetivos dessa medida, ou seja, a redução da letalidade policial, não sejam comprovados”.¹⁴

Dentre as metas, a Corte propôs a extinção da prática de registro de mortes cometidas pelos agentes policiais com a denominação de “resistência à prisão”. Além disso, deve o Brasil realizar um ato público que reconheça a responsabilidade internacional do fato ocorrido em 1994; a criação de placas em memória das vítimas; a publicação de um relatório anual que exponha dados relativos a mortes e investigações cometidas por policiais em todos os estados brasileiros; deve, também, o Estado banir o uso de expressões como “oposição à ação policial” substituindo-as por expressões como “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial” nas investigações realizadas em caso de morte em decorrência de um ato de violência policial.

Nesse ponto, faz-se necessário ressaltar que o Brasil aderiu às Convenções e Tratados Internacionais relacionados à proteção de Direitos Humanos, vinculando-se à normas protetivas de caráter internacional. Incabível, portanto, as modificações propostas pelo o projeto anticrime, uma vez que estas retrocedem na proteção a tais direitos ao terem como objetivo principal uma ampliação da atuação violenta policial, indo completamente contra à condenação realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Evidencia-se, mais uma vez, a

¹⁴ CIDH. Caso Cosme Rosa Genoveva e outros (Favela Nova Brasília) x Brasil. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf Acesso em 14 out. 2019

desnecessidade da proposta e, mais além, a violação dos princípios constitucionais e garantistas presentes no projeto.

Percebe-se assim a existência de uma verdadeira desordem da segurança pública brasileira, a qual será ampliada caso haja a aprovação das medidas. Já são inúmeras as vítimas de atuações policiais. Como exemplo, tem-se o já mencionado caso da morte da menina Ágatha Félix, de apenas 8 (oito) anos de idade. Essa situação, que teve enorme repercussão nacional, aconteceu no dia 20 (vinte) de setembro de 2019, quando atingida por uma bala perdida na cidade do Rio de Janeiro, na favela do Alemão. Apesar dos policiais alegarem que reagiram a um ataque de criminosos, as testemunhas e moradores afirmam que não havia troca de tiros no local no momento e que o tiro fatal teria sido realizado pela Polícia Militar. No dia 03 (três) de outubro, surgiu uma denúncia, ainda em apuração, de que alguns policiais militares teriam invadido o Hospital Getúlio Vargas no dia 21 (vinte e um) de setembro para levar o projétil que acertou a vítima.¹⁵

Nota-se, portanto, que os policiais acusados vão tentar enquadrar a situação em uma “legítima defesa”. Logo, se atualmente já existe uma tolerância em relação à repressão policial, com a aprovação do projeto e de medidas que propõe uma impunidade dessas ações essa ausência de punição e de investigação ocorreria ainda mais, deixando incontáveis inocentes à mercê da letalidade policial.

Ressalta-se, ainda, que o projeto anticrime se enquadra do contexto do “punitivismo populista”, no qual acredita-se que o endurecimento do sistema penal e o aumento da letalidade policial é uma resposta rápida e eficiente à alta criminalidade. Conforme dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, a violência policial foi o único indicador de morte violenta que apresentou um crescimento entre 2017 e 2018, enquanto o número de latrocínios e de homicídios diminuíram. Tais dados podem gerar o falso entendimento de que o aumento da violência policial enseja uma diminuição da criminalidade. Contudo, essa premissa não é verdadeira, conforme expõe o próprio anuário:

É interessante notar que não existe uma coincidência entre os estados com maior proporção de letalidade policial e as maiores reduções nas mortes violentas intencionais, sugerindo que os discursos que associam letalidade policial à redução da violência não possuem lastro na realidade. Dentre os 9 estados com as maiores proporções de mortes pela polícia, 5 não acompanharam a média nacional de redução nas mortes violentas intencionais: um não registrou redução alguma, o Pará, e quatro reduziram suas taxas abaixo da média nacional, Goiás, Rio de Janeiro, Bahia e Paraná.

¹⁵ PMS invadiram hospital e tentaram pegar bala que matou Ágatha, diz revista. 3 out. 2019. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/10/03/interna-brasil,794541/pms-invadiram-hospital-e-tentaram-pegar-bala-que-matou-agatha-diz-rev.shtml>. Acesso em: 14 out. 2019.

Em São Paulo, em que pese ainda sustentar a segunda maior proporção de mortes pela polícia dentro dos homicídios em geral, houve uma redução de 10,4% na taxa de letalidade policial, com 89 vítimas a menos. Neste estado, os homicídios sofreram redução de 11,6%. No Pará, onde as mortes pela polícia tiveram alta de 72,9%, houve relativa estabilidade nas mortes violentas intencionais com variação de 0,9%” (ANUÁRIO, 2019, p. 56).

Nesse sentido, evidente a desnecessidade do projeto anticrime especificamente no que tange às propostas relacionadas à legítima defesa. Não é o aumento da liberdade da atuação policial que vai diminuir a criminalidade, e sim, uma efetiva criação de políticas públicas. Dessa forma, é completamente incompatível, em um Estado Democrático de Direito, um projeto que vise o aumento da violência e da seletividade policial.

4.3 PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES

A violência policial brasileira tem raízes profundas, se desenvolvendo como base de um sistema de segurança conivente com a desigualdade social e econômica, ou seja, é um problema estrutural. Nesse sentido, faz-se necessário um debate aberto e democrático com a sociedade no que tange à criminalidade e à qualificação dos profissionais de segurança, sendo essencial a conscientização de que a questão da violência urbana não será solucionada com leis mais severas, encarceramento em massa, ou uso de violência policial. O país possui uma carência de políticas públicas que busquem solucionar não só problema do alto índice de criminalidade, como também a questão da violência policial e do desrespeito aos direitos humanos. Assim expõe Martins:

Nesse sentido, a luta é para que o sistema de justiça seja para todos. O sistema prisional necessita de profunda reestruturação e tem que ser para todos que violam as leis, não é possível aceitar que apenas os pobres sejam punidos. As forças policiais, precisam ser democratizadas e próximas às comunidades, principalmente as mais vulneráveis. Enfim, o novo modelo de sociedade não aceitará a criminalização dos pobres e dos movimentos sociais, a convivência entre polícia e sociedade deverá ser pautada na confiança e no respeito. (MARTINS, 2017, p. 26.)

Para tal, a ordem política deve buscar uma reestruturação da polícia militar, a partir de uma reeducação ideológica que percorra todas as instituições. Assim, a solução da criminalidade irá começar no momento em que a organização policial se reconhecer como violenta e passar a tomar medidas para ser mais democrática e para respeitar os direitos fundamentais de todos os indivíduos. Afinal, a organização policial, em um Estado

Democrático de Direito, serve para proteger e ampliar a cidadania de todos os indivíduos, independente de raça ou status social.

Nesse contexto, importante mencionar alguns projetos de lei que podem ajudar a regulamentar essa situação e pretendem diminuir a violência e impunidade policiais. Há na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4471/12¹⁶ que objetiva acabar com a prática dos autos de resistência e obriga que todas as mortes decorrentes de intervenção policial sejam apuradas, propondo a instalação de inquéritos para a investigação das situações nas quais há violência policial resultando morte ou lesão grave. Para isso, possui algumas medidas, como a realização de coletiva de provas imediatas e de perícia, a partir de uma preservação da cena do crime, e substitui os chamados “autos de resistência” pela denominação “lesão corporal decorrente de intervenção policial” e “morte decorrente de intervenção policial”.

Há também uma ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 594¹⁷, ajuizada em junho de 2019, que propõe que seja concedida medida liminar para que o Estado do Rio de Janeiro pare de adotar política pública de segurança que proponha o “abatimento ou a neutralização de pessoas.” Trata-se de proposta que defende a proteção dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana e pretende acabar com estímulo à violência policial contra a população que tem, conforme já exposto, causado um aumento de mortes em decorrência da atuação desses agentes.

Além disso, está em tramitação a ADI 5901 (Ação Direta de Inconstitucionalidade)¹⁸, de fevereiro de 2018, que propõe que o tribunal do júri volte a ter competência para julgar crimes dolosos cometidos por militares contra a vida de civis. A ação, proposta pelo PSOL, (Partido Socialismo e Liberdade), requer a inconstitucionalidade do artigo 9^a, parágrafo 2^o, do Código Penal Militar, inserido pela Lei 13.491/2017. Esse artigo, que possui hipóteses de competência da Justiça Militar para julgar crimes dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas contra civis, fere a autoridade do júri, o princípio da igualdade e até mesmo os direitos humanos, conforme nota emitida pelo Escritório para América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA):

¹⁶ PL 4471/2012.19 out. 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=556267>. Acesso em: 14 out. 2019

¹⁷ADPF 594. Rel: MIN. EDSON FACHIN. Origem: Rio de Janeiro. 17 jun 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5721251>. Acesso em: 11 out. 2019.

¹⁸ ADI 5901. Rel: MIN. GILMAR MENDES. 26 fev 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5359950>. Acesso em: 11 out. 2019.

O ACNUDH e a CIDH têm argumentado há muitos anos que a investigação e o julgamento por tribunais militares de denúncias de violações de direitos humanos cometidas por militares, especialmente por supostas violações contra civis, impedem a possibilidade de uma investigação independente e imparcial realizada por autoridades judiciais não vinculadas à hierarquia de comando das próprias forças de segurança. (...) As alterações ao Código Penal Militar do Brasil que ampliariam a jurisdição dos tribunais militares representam um franco retrocesso, contrário à Convenção Americana e aos padrões interamericanos e universais de direitos humanos.¹⁹

Essas propostas são um primeiro passo para o combate a guerra dos policiais contra civis. O Poder Judiciário deve, cada vez mais, surgir com propostas que, dialogando com a sociedade civil, visem a proteção das vítimas, que são sempre as mesmas, pobres, negros e moradores da periferia. A omissão é conivência com o populismo penal, que se evidencia no “pacote anticrime”.

Reformas legislativas não são as únicas medidas a serem tomadas. Como já exposto, deve haver uma reforma interna, que deve se iniciar com um relacionamento transparente entre os policiais e a população, a partir da conscientização de que ações autoritárias e discriminatórias não vão solucionar o problema da alta criminalidade brasileira. É preciso buscar um equilíbrio entre práticas eficientes de prevenção e controle da criminalidade e o respeito aos direitos de todos os indivíduos, independentemente de fatores como ordem socioeconômica, étnica e geográfica.

¹⁹ ONU Direitos Humanos e CIDH rechaçam de forma categórica o projeto de lei que amplia jurisdição de tribunais militares no Brasil. 13 out. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/160.asp>. Acesso em: 23 out. 2019.

5. CONCLUSÃO

Em um Estado Democrático de Direito, a força policial deve possuir limites essenciais de atuação, para que não sejam violados direitos inerentes aos indivíduos. Dessa forma, a ampliação do instituto legítima defesa presente no projeto anticrime é completamente incoerente com os direitos fundamentais de todos os cidadãos.

O “pacote anticrime” surgiu como uma tentativa política de se buscar soluções rápidas e superficiais à questão da alta criminalidade e responder os anseios da população, se enquadrando no contexto do punitivismo populista. Entretanto, não são simples reformas legislativas ou o aumento da repressão estatal que irão resolver o problema da segurança pública no Brasil. Não é cabível que, na busca de uma diminuição da criminalidade, sejam ignorados os princípios garantistas e constitucionais que tornam a nossa constituição uma constituição cidadã.

Insta salientar, ainda, que a polícia brasileira é seletiva, atingindo sempre os indivíduos moradores da periferia, pobres e negros. Assim, além de ampliar a violência policial, as reformas propostas podem fomentar uma “guerra” contra essa parte da população, os considerados “inimigos” da sociedade, incentivando a seletividade da atuação policial. Desse modo, observa-se que todos os cidadãos brasileiros devem ter seus direitos assegurados, sendo incabível, em um Estado Democrático de Direito, qualquer discriminação por raça ou pelo status econômico.

Nesse sentido, ao analisar a desnecessidade e nocividade do “pacote anticrime” em relação a ampliação da excludente de ilicitude da legítima defesa, o presente estudo procurou também discutir possibilidades tanto para o combate à criminalidade quanto para o problema da violência policial, propondo uma reestruturação das instituições de segurança e a criação de políticas públicas. Percebe-se, assim, que todas as ações governamentais precisam observar o limite imposto pelas garantias e direitos fundamentais, sob pena de se violar o Estado Democrático de Direito.

6. REFERÊNCIAS

ANUÁRIO Brasileiro de Segurança Pública. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 10 set. 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>. Acesso em 14 out. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** Volume 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Vol.1 - Parte Geral.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CIDH. **Caso Cosme Rosa Genoveva e outros (Favela Nova Brasília) x Brasil.** Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf Acesso em 14 out. 2019

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, Distrito Federal: Senado, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 out. 2019

_____, **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, dez 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 14 out. 2019

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal.** Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauz Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2002

GAIO, André Moysés. **O Populismo Punitivo no Brasil.** CSOnline –Revista Eletrônica de Ciências Sociais, ano 5, ed. 12, abr./jul. 2011. Disponível em: <http://csonline.ufjf.emnuvens.com.br/csonline/article/view/1168/947>. Acesso em 14 out. 2019.

GRECO, Luís. **Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no “Projeto de Lei Anticrime”.** Jota, 07 fev. 2019, 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 14 out. 2019

MARTINS, José Gilbert Arruda. **VIOLÊNCIA POLICIAL NO BRASIL: Reflexões teóricas sobre a força policial como instrumento de repressão burguesa.** **Hegemonia –Revista Eletrônica do Programa de Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Violência/Ciência Política do Centro Universitário Unieuro,** 24 ago. 2017.

MENDES, Alana Guimarães. **A legítima defesa no pacote anticrime: uma análise a partir do princípio da taxatividade e o loop infinito do sistema penal brasileiro:** Boletim - 317, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, abr. 2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6322-A-legitima-defesa-no-pacote-anticrime-uma-analise-a-partir-do-principio-da-taxatividade-e-o-loop-infinito-do-sistema-penal-brasileiro. Acesso em 14 out. 2019.

MISSE, Michel. **Relatório final de pesquisa: “Autos de resistência: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011)**. Rio de Janeiro: Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana da UFRJ, 2001. Disponível em: <http://www.pm.es.gov.br/download/policiainterativa/PesquisaAutoResistencia.pdf>. Acesso em 14 out. 2019

MONTEIRO, Luan de Azevedo; CHAVES, Sabrina Ribeiro; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A legítima defesa no “projeto anticrime”: considerações críticas preliminares**. Boletim - 318: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, maio 2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6336-A-legitima-defesa-no-projeto-anticrime-consideracoes-criticas-preliminares. Acesso em 15 out. 2019.

ROCHA, Alexandre Pereira da. **Polícia, violência e cidadania: o desafio de se construir uma polícia cidadã**. Revista Brasileira de Segurança Pública, fev. 2013.

ROORDA, João Guilherme Leal; MATOS, Lucas Vianna; BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino. **A economia política do pacote “anticrime”**. Boletim - 318, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, maio 2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6340-A-economia-politica-do-pacote-anticrime. Acesso em 14 out. 2019.

RUY, José Carlos. **A Abolição, uma revolução pela metade**. 13 maio 2016. Disponível em: <http://vermelho.org.br/noticia/280868-1>. Acesso em 14 out. 2019.

SILVA, Marcus André de Souza Cardoso da. **Como morre um projeto de policiamento comunitário: o caso do Cantagalo e do Pavão-Pavãozinho**. Tese (Doutorado em Antropologia), Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilicitude penal e causas de sua exclusão**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da legítima defesa de agente policial ou de segurança pública: “Projeto Anticrime”**. 2 mar. 2019. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/da-legitima-defesa-de-agente-policial-ou-de-seguranca-publica-projeto-anticrime>. Acesso em 14 out. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2 Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.