

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

LEANDRO CORSICO MOREIRA

**A PRESUNÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA NOS CRIMES
MILITARES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO**

**CURITIBA
2018**

LEANDRO CORSICO MOREIRA

**A PRESUNÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA NOS CRIMES
MILITARES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro
Universitário Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Brenner Lucchesi

CURITIBA

2018

LEANDRO CORSICO MOREIRA

**A PRESUNÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA NOS CRIMES
MILITARES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador:

Professor Dr. Guilherme Brenner Lucchesi

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

Aos meus pais, ANDREY e MARIA CRISTINA
(*in memoriam*), os quais dedicaram suas vidas
em prol de meu sonho.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me presenteado com a vida,
os amigos, e acima de tudo, minha família.

A minha mãe, a qual dedicou cada minuto de sua vida
para me incentivar na realização de meus sonhos.

A meu pai, que sempre esteve ao meu lado nos
momentos mais difíceis, batalhando por anos para
proporcionar a melhor educação para seus filhos.

Ao Professor Doutor Guilherme Brenner Lucchesi,
o qual aceitou a orientação, que com todo seu apoio
conquistou meu eterno respeito e admiração.

A todos os amigos, familiares, colegas de trabalho,
professores, meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho objetiva entender, dentro de um contexto atual de crise da segurança pública, em que a atuação de seus agentes, em especial dos militares, é cada vez mais questionada, a possibilidade de existência jurídica da presunção da legítima defesa. A referida presunção foi proposta por iniciativa do Senador José Antônio Medeiros por meio do Projeto de Lei do Senado n.º 352, de 2017, o qual acrescenta o parágrafo único ao art. 25 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Neste adendo se presume a legítima defesa para agentes de segurança pública que lesionem ou matem quem estiver portando ostensivamente e ilegalmente arma de fogo de calibre restrito. Pretende-se destacar a fundamentação e pressupostos legais da excludente de ilicitude da legítima defesa. Ainda, entender a gama de crimes praticados que podem ser considerados própria e impropriamente militares. Por fim, verificar a compatibilidade de tal alteração do Código Penal Brasileiro com os preceitos constitucionais, em conjunto com as normas internacionais das quais o Brasil se faz signatário.

Palavras-chave: Legítima defesa. Presunção de legítima defesa. Crimes Militares. Direitos e garantias constitucionais. Pactos internacionais.

ABSTRACT

The present work aims to understand, within a current context of crisis of public security, in which the performance of its agents, especially the military, is increasingly questioned, the possibility of legal existence of the presumption of legitimate defense. This presumption was proposed on the initiative of Senator José Antônio Medeiros through Senate Bill n.º 352, of 2017, which adds the sole paragraph to art. 25 of Decree-Law n.º 2848, of December 7, 1940, Criminal Code. This addendum presumes legitimate defense for public security officers who injure or kill whoever is ostensibly and illegally carrying a restricted-caliber firearm. It is intended to highlight the legal basis and assumptions of the exclusion of illegality of legitimate defense. Still, understand the range of crimes practiced that can be considered own and improperly military. Finally, to verify the compatibility of such amendment of the Brazilian Penal Code with the constitutional precepts, together with the international norms of which Brazil is a signatory.

Keywords: Legitimate defense. Presumption of legitimate defense. Military Crimes. Rights and constitutional guarantees. International agreements.

LISTA DE SIGLAS

CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

CPM - Código Penal Militar

ONU - Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	LEGÍTIMA DEFESA	12
2.1	BREVE CONTEXTO HISTÓRICO	12
2.2	FUNDAMENTOS	14
2.3	PRESSUPOSTOS LEGAIS	22
2.3.1	Agressão Injusta, Atual ou Iminente.....	22
2.3.2	Direito Próprio ou Alheio.....	31
2.3.3	Uso Moderado de Meios Necessários.....	34
2.3.4	Elemento Subjetivo: <i>Animus Defendendi</i>	39
2.4	LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA	47
3	DIREITO PENAL MILITAR	49
3.1	HISTÓRICO	49
3.2	CONCEITO	51
3.3	CRIMES MILITARES	52
3.3.1	Crimes Propriamente Militares	53
3.3.2	Crimes Impropriamente Militares.....	55
3.3.3	Crimes Militares em Tempo de Paz	56
3.3.4	Crimes Militares em Tempo de Guerra.....	57
3.4	JULGAMENTO DE CRIMES MILITARES DOLOSOS CONTRA A VIDA	58
4	PRESUNÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA NOS CRIMES MILITARES	63
4.1	PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 352 DE 2017	63
4.2	A PROBLEMÁTICA DO PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 352 DE 2017	65
4.1.1	Análise sob a Perspectiva Constitucional do Direito à Vida	65
4.1.2	Análise sob a Perspectiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos	69
4.1.3	Análise sob a Perspectiva do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.....	71
4.1.4	Análise sob a Ótica dos Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei.....	73

4.1.5	Análise sob a Ótica do Relatório do Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias Sr. Philip Alston: Missão para o Brasil do Conselho de Direitos Humanos	75
4.1.6	Análise sob a Perspectiva da Garantia do Devido Processo Legal.....	78
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
	REFERÊNCIAS	84

1 INTRODUÇÃO

A atuação de agentes de segurança pública, em especial dos militares, tem sido alvo de diversas críticas e questionamentos, principalmente por serem empregados dia-a-dia no combate a criminalidade. A fim de garantir a lei e a ordem, diante de um cenário de conflitos diários que vem ocorrendo em diversas cidades do Brasil, inevitavelmente estes agentes cometem crimes, militares e comuns, decorrentes do estrito cumprimento do dever legal. Para subsidiar suas ações, a lei garante como uma das excludentes de ilicitude, a figura da legítima defesa.

A legítima defesa, instituto previsto no Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, em seu art. 25, e no Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar, em seu art. 44, é uma garantia para que o homem possa defender-se, ainda que para tanto sua conduta seja típica e culpável, sem que lhe seja aplicada qualquer tipo de punição, excluindo-se, portanto, a antijuridicidade.

E data de 26 de setembro de 2017, fora apresentado o Projeto de Lei do Senado n.º 352, de 2017, de autoria do Senador José Antônio Medeiros, o qual altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, para presumir a legítima defesa quando o agente de segurança pública mata ou lesiona quem porta ilegal e ostensivamente arma de fogo de uso restrito. Mais precisamente, acrescenta o parágrafo único ao art. 25 deste código, o qual, como já dito, trata da legítima defesa.

Neste cenário, discute-se a possibilidade de presumir a legítima defesa em casos específicos, com o intuito de blindar ainda mais os agentes de segurança pública, garantindo uma maior segurança e confiança a este, no cumprimento de suas respectivas missões constitucionais. Para tanto, há necessidade de verificar a compatibilidade de tal presunção com os preceitos constitucionais, afinal, o seu artigo 5.º preocupa-se com a proteção dos bens jurídicos, dentre eles a vida, o qual é diretamente afetado neste caso.

Ainda, há que se ressaltar que os militares têm como característica o legalismo por excelência, e a discussão a respeito deste tema da presunção da legítima defesa nos leva a outras reflexões, como por exemplo, os riscos à corporação. Ora, se suas ações são pautadas na lei, qual seria a necessidade prática dessa presunção? Não há como excluir a possibilidade de que isso poderia gerar uma fragilidade a corporação, no que diz respeito a confiabilidade da população brasileira a efetiva

legalidade das ações desta. Sabemos que, infelizmente, neste contexto, existem diversas arbitrariedades e ilegalidades cometidas por seus agentes, afinal, pessoas de má índole e oportunistas estão espalhadas por todas as partes, e, conseqüentemente, com a aprovação desta medida, indiscutivelmente os questionamentos às ações estariam em alta e a credibilidade destas corporações estariam fragilizadas.

Para que possamos esclarecer tais problemas, será necessário estudarmos os fundamentos e dissecarmos os pressupostos legais da legítima defesa, e, desta forma, para uma primeira análise, entendermos se uma presunção deste instituto pode ser juridicamente aceita nos moldes como esta excludente de ilicitude é nos dias de hoje.

Se faz necessário, em complemento ao estudo da legítima defesa, um aprofundamento quanto ao enquadramento legal dos crimes própria e impropriamente militares, para entendermos em quais contextos a aplicação da presunção da legítima defesa poderia ser utilizada, levando em consideração os seus limites éticos.

Por fim, faremos uma análise do Projeto de Lei do Senado n.º 352, de 2017, tentando entender os argumentos que embasam sua justificativa e o entendimento do relator, Senador Wilder Morais, bem como verificaremos compatibilidade da presunção de legítima defesa com os preceitos constitucionais e advindos de normas internacionais das quais o Brasil é signatário.

Para tanto, precisaremos de uma ampla pesquisa bibliográfica, bem como uma análise por um viés internacional das garantias constitucionais que se amoldam ao tema, com o intuito de entender a possibilidade jurídica da aceitação da presunção da legítima defesa na norma penal brasileira.

2 LEGÍTIMA DEFESA

2.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

Não podemos dizer que a legítima defesa se trata de conceito muito antigo, afinal, sequer havia vestígios de sua existência nos povos mais primitivos. Trata-se de uma conquista que se construiu ao longo de vários anos, quando inicialmente não passava de um substrato psicológico e fisiológico, longe de ser um direito. Com o passar do tempo, esse substrato primitivo constitui-se em uma forma de evolução às barbáries cometidas por muito tempo. A respeito desta evolução, vejamos o que nos ensina Julio Fioretti:

É inútil, porém, procurar em povos muito primitivos os vestígios desse instituto, um dos conceitos jurídicos mais delicados com que se possa enriquecer o patrimônio intelectual e emotivo de uma nação civilizada. Nós acharemos entre os selvagens as formas primordiais, o substrato fisiológico e psicológico da legítima defesa, mas traço algum de um direito; aí sociedade e direito não existem ainda. [...] Ela não é um direito inato no indivíduo, como não é contemporânea da aparição das primeiras e rudimentares formas da sociedade humana. É uma formação lenta e recentíssima da civilização que laboriosamente conquista os seus progressos à barbaria primitiva, informe, indiferente e não diferenciada, como dizia Sergi, em relação aos nossos modernos sentimentos de justiça.¹

Embora a figura da legítima defesa seja um tema amplamente difundido historicamente em diversas civilizações, algumas se destacam por suas produções e evoluções a respeito do instituto em tela, que influenciaram, e influenciam até os dias de hoje, a forma como tais figuras são aplicadas e entendidas. No direito romano já é possível ver uma formação completa da legítima defesa, estando este instituto completamente desenvolvido, seja nas doze tábuas ou no Digesto, muito embora eles tivessem uma dificuldade para encontrar um termo que se adequasse a ideia que continha, afinal, até hoje, o termo usado por nos de "legítima defesa" é deveras redundante, afinal, a partir da palavra defesa já podemos extrair todo significado do termo jurídico, estando o epíteto "legítima" compondo-o por mera técnica jurídica. Prisciano, gramático latino, já dizia que, embora em desuso, existia uma palavra que substituíra ambas, qual seja, o verbo "fendo", que engloba a ideia de defesa e ofensa.

¹ FIORETTI, Julio. **Legítima defesa**: estudo de criminologia. Belo Horizonte: Lider, 2002. p.15 e 17.

Para os doutrinadores romanos, a legítima defesa poderia ser definida como uma ação praticada contra a proibição de quem tem o direito de se lhe opor. Vejamos os ensinamentos de Julio Fioretti sobre este instituto no direito romano:

Na época a que remontam os proeiros documentos do direito romano, esse instituto já estava completamente desenvolvido. [...] só por pleonasmos, por técnica jurídica, acrescentamos à palavra defesa o epíteto de legítima. Mas, como adverte um gramático latino, Prisciano, outrora existia uma palavra, depois caída em desuso, que continha, conglobadas na sua significação, as duas ideias de dessa e de ofensa. Esta palavra era o verbo *fendo*. [...] O direito de legítima defesa está escrito em grandes caracteres nas doze tábuas e no Digesto, isto é, na certidão de nascimento e na de óbito do espírito animador do direito romano. [...] Em todo caso, reunindo aqui e ali os membros dispersos, pode-se reconstruir todo o corpo da teoria romana sobre a legítima defesa. Da L. 20, ff. *quod vi aut clam* [sic], Geyer inferiu admiravelmente a definição rigorosa, a fisionomia precisa dos fatos que, segundo a doutrina dos jurisconsultos romanos, davam lugar ao exercício desse direito: uma ação praticada contra a proibição de quem tem o direito de se lhe opor.²

Ainda de acordo com Julio Fioretti, a figura da legítima defesa, embora de forma mais primitiva, aparecia no direito germânico, quando, dizia ele, podíamos comparar a um embrião em evolução. No direito germânico, era difícil para as pessoas entenderem que alguém que cometeu um crime não deveria ser punido, porém, aos poucos admitiu-se a vingança imediata, considerando um assassinato, por exemplo, como não punível. Neste modo de pensar, podemos já visualizar uma iniciação a figura da legítima defesa, mesmo que incompleta se comparada ao conceito atual. Outra forma em que podíamos verificar a formação deste instituto era o dinheiro simbólico, chamado *Scheinbuss*, que aparecia nos estatutos locais, os quais determinavam a quem tirasse a vida de um invasor em sua residência, que este o levasse para fora e deixasse sobre a ferida uma ou três moedinhas, e, por vezes, uma cabeça de galo cortada. De fato, este modo de agir e pensar ainda está longe do conceito atual, ou até mesmo de uma prática aceitável nos dias de hoje, porém, fica claro a iniciação do que hoje conhecemos por legítima defesa. Observemos o que diz o referido autor sobre o tema:

No direito germânico alcançávamos a evolução desse instituto num estado muito mais remoto. [...] Este não é, decerto, o direito de legítima defesa, mas é o seu embrião. [...] A lei Visigótica e a Ostrogótica dão outro passo adiante:

² FIORETTI, 2002, p.21-24.

consideravam a vingança imediata de um assassinato como não punível, ou, por outra, não pagável. Acentuam, assim, um dos momentos psicológicos principais do exercício daquele direito: a subtileza da reação defensiva que sucede a ação ofensiva. [...] Outro centro de formação do instituto da legítima defesa no direito germânico é o dinheiro simbólico (*Scheinbuss*). Os *Pandaiting* (ou estatutos locais) de *Heiligenkreuz*, *Entzesdorff*, *Moellerstorf* estabelecem que aquele que em sua casa matar a um intruso, o leve para fora, e, abandonando o cadáver na rua, ponha sobre a ferida uma ou três moedinhas e, as vezes também, uma cabeça de galo cortada.³

Podemos entender, portanto, que o conceito de legítima defesa surgiu devido a uma necessidade do direito de seguir a ordem natural das coisas, imposta pelo homem, o qual, precisa de uma forma de se defender, sem que, para isso, seja punido como os demais, que por livre arbítrio, praticam condutas tipificadas como crime. Marcelo Jardim Linhares discorre sobre o assunto:

O instituto da legítima defesa refletiu em todos os tempos uma necessidade imposta ao homem pela lei natural, sendo por isso mesmo reconhecida no direito das gentes como a harmoniosa manifestação dos sistemas jurídicos que as regeram durante sua longa evolução social. [...] A legítima defesa caminhou em paralelo com esse sentimento, que tinha naquela espécie de justiça sua forma de expressão mais primitiva e mais grosseira.⁴

Sendo assim, com base nos ensinamentos dos autores citados, podemos concluir que a figura da legítima defesa foi se aperfeiçoando com o passar do tempo, e teve início por uma imposição natural do ser humano, que tende a se defender quando em situação de perigo de maneira involuntária, motivo pelo qual o direito precisou se adequar a essa condição natural, e para tanto, impôs limites a legítima defesa, conforme estudaremos mais adiante.

2.2 FUNDAMENTOS

Inicialmente devemos observar que somente o Estado pode castigar legitimamente quem pratica uma conduta tipificada como crime, e, portanto, considerada inaceitável à convivência em sociedade. Porém, diz Damásio de Jesus que o Estado não pode estar em todos os lugares a todo tempo, sendo assim, seria

³ FIORETTI, 2002, p.31-35.

⁴ LINHARES, Marcello Jardim. **Legítima defesa**. São Paulo: Saraiva, 1975. p.10.

injusto permitir que alguém sofresse alguma lesão a um bem jurídico sem que pudesse defender-se. Seria, em outras palavras, possível admitir que uma pessoa sofresse passivamente uma lesão, e, com isso, fortalecer um sentimento de injustiça. Seria contrário à própria natureza humana permitir pacificamente que alguém lesione um bem, sem que haja qualquer tipo de resistência por parte do lesionado. Damásio faz as seguintes considerações:

Só o Estado tem o direito de castigar o autor de um delito. Nem sempre, porém, o Estado se encontra em condições de intervir direta ou indiretamente para resolver problemas que se apresentam na vida cotidiana. Se não permitisse a quem se vê injustamente agredido em determinado bem reagir contra o perigo de lesão, em vez de aguardar a providência da autoridade pública, estaria sancionando a obrigação de o sujeito sofrer passivamente a agressão e legitimando a injustiça. [...] Não se deve constranger a natureza humana e codificar um princípio de vileza ou de mera resignação, que nenhuma moral humana ou cristã pode apoiar.⁵

Corroborando com o mesmo entendimento Guilherme de Souza Nucci, o qual ratifica o acima descrito. O autor afirma que o particular precisa assegurar o cumprimento do ordenamento jurídico no lugar do Estado, que não pode estar presente em todos os momentos através de seus agentes. Está, portanto, o agente legitimado para tanto, conforme cita o autor os dizeres de Cícero, qualquer ação do particular como intuito de salvar sua vida, deve ser considerada lícita, vejamos:

Valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir agressões indevidas a direito seu ou de outrem, substituindo a atuação da sociedade ou do Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, através dos seus agentes. A ordem jurídica precisa ser mantida, cabendo ao particular assegurá-la de modo eficiente e dinâmico. Ilustrando, mencionemos um trecho da oração de Cícero: "Há, sem dúvida, Juízes, esta lei, não escrita, mas congênita, que não aprendemos, ouvimos ou lemos, mas participamos, bebemos e tomamos da mesma natureza, na qual não fomos ensinados, mas formados, nem instruídos, mas criados: que se a nossa vida cair em algumas ciladas, e em insultos e armas de inimigos e ladrões, todo o modo de a salvar nos seja lícito. Porque as leis guardam silêncio entre as armas; nem mandam que as esperem, quando aquele que as quiser esperar primeiro há de pagar a pena injusta do que satisfazer-se da merecida" (cf. Célio de Melo Almada, Legítima defesa, p. 34, grifos do original).⁶

⁵ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.426.

⁶ NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de direito penal**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.212.

Ressalte-se o que nos ensinam Eugênio Pacelli e André Callegari, os quais consideram a legítima defesa como um direito natural, explicando que qualquer ação com o intuito de defender-se estaria pautada no princípio de que ninguém pode suportar o injusto. Não pode haver censura pelo Estado quando este não se fez presente a fim de evitar que alguém sofra uma lesão a um bem jurídico, estando essa pessoa, nestas condições, legitimada para, em nome do Estado, utilizar dos meios disponíveis a si, para garantir a preservação deste bem. O mesmo entendimento pode ser aplicado quando o bem jurídico lesionado é o de terceiros, afinal, partimos do princípio que a legislação é pautada em um sentimento de solidariedade humana, com o objetivo de garantir a boa convivência em sociedade. Para o autor em questão, a figura em análise deve ser concebida de forma objetiva, partindo do pressuposto que a autopreservação faz parte do instinto de sobrevivência humana, constituindo, portanto, uma excludente de antijuridicidade, desde que moderada e de forma imediata, observemos:

A possibilidade de um determinado indivíduo utilizar-se de uma conduta iminentemente defensiva perante uma agressão juridicamente injustificada já encontrava guarida nas sociedades romanas, podendo ser considerada, desde sempre, uma atitude recepcionada pelos ordenamentos jurídicos. Trata-se de um direito natural, uma ação fundamentada no princípio de que ninguém pode ser obrigado a suportar o injusto. Assim, quando o Estado não pode garantir a efetiva proteção de um direito da vítima, estaria ela legitimada para atuar nesse sentido. Em outras palavras, quando não houver possibilidade de o Estado preservar o bem jurídico de uma determinada vítima, esta poderá fazê-lo utilizando seus próprios meios sem que sofra qualquer censura por parte do agente público. O mesmo raciocínio pode ser estendido para os casos em que o direito ameaçado é de legitimidade de terceiro. Nessas ocasiões, poder-se-á igualmente atuar em legítima defesa, uma vez que a legislação consagra e estimula o sentimento de solidariedade humana. [...] acompanhamos o entendimento de que esse instituto é uma excludente de antijuridicidade. Isso porque, como já afirmamos, percebe-se que a legítima defesa é um direito primário, inerente ao ser humano. Em uma concepção objetiva, podemos dizer que a legítima defesa é nada mais que um direito natural de defesa; um ato instintivo de autopreservação exercido de forma imediata e moderada pela pessoa injustamente agredida.⁷

Com o intuito de entender os princípios que fundamentam a legítima defesa, Paulo Cesar Busato buscou em Roxin dois deles, os quais podem nos fazer compreender a essência da legítima defesa, quais sejam, o princípio da proteção individual e o princípio da prevalência do direito, sendo o primeiro, norteador da autodefesa, o

⁷ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.322.

cuidado que cada um tem por si de forma natural, como instinto humano, e o segundo, inerente ao resguardo das leis, as quais, ainda que haja uma lesão à bem jurídico em que o Estado não se fez presente para impedir, devem estas serem seguidas, afirmando, portanto, o direito, conforme podemos extrair de sua obra:

Segundo Roxin, há dois princípios básicos que regem a legítima defesa: o princípio da proteção individual referido ao direito de proteção de seus próprios interesses e o princípio da prevalência do direito posto ser desejável que o direito se afirme em face de agressões contra interesses individuais. É que as justificações são permissões para que o sujeito afirme seu próprio direito, através da proteção efetiva dos seus bens e interesses, mediante desforço próprio, em situações em que não é dado ao Estado alcançá-lo.⁸

É possível defender que a legítima defesa possui dois fundamentos como seus pilares, sendo a defesa de um bem jurídico que injustamente está sendo agredido, lesionado, bem como a garantia ao cumprimento das leis, as quais estão sendo violadas a partir do momento que há uma agressão ilegítima a um bem. Ainda, há uma divisão de teorias sobre o presente instituto, as quais apresentam fundamentos diferentes, sendo elas a objetiva e subjetiva. Na teoria objetiva, a legítima defesa é vista como uma excludente de antijuridicidade, em que o agente se defende quando o Estado não pode estar presente de forma alguma, sendo assim sua conduta não é considerada contra a lei. Na teoria subjetiva, busca-se a excludente de culpabilidade, uma vez que o ânimo do agredido teria sido ofendido. É importante ressaltar que para o ordenamento jurídico considerar a legítima defesa, esta deve estar pautada em princípios norteadores, a fim de evitar abusos a este direito, quais sejam, o da proporcionalidade, ponderação de interesses, razoabilidade, valoração de deveres, entre outros. A respeito deste entendimento, esclarece-nos Cezar Roberto Bitencourt:

A legítima defesa apresenta um duplo fundamento: de um lado, a necessidade de defender bens jurídicos perante uma agressão injusta; de outro lado, o dever de defender o próprio ordenamento jurídico, que se vê afetado ante uma agressão ilegítima. [...] As teorias subjetivas, que consideram a legítima defesa causa excludente de culpabilidade, procuram fundamentá-la na perturbação de ânimo do agredido ou nos motivos determinantes do agente. As teorias objetivas, por sua vez, consideram a legítima defesa como excludente de antijuridicidade. [...] Nesses termos, para que o exercício da legítima

⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.464.

defesa seja permitido e autorizado pelo ordenamento jurídico, deverá estar limitado, de maneira similar aos casos de estado de necessidade, em função de princípios e critérios, como o de proporcionalidade, ponderação de interesses, razoabilidade, valoração de deveres etc.⁹

A mesma percepção a respeito dessa limitação para que o ordenamento jurídico reconheça como lícita a conduta de quem teve seu bem jurídico injustamente lesionado, tem o autor Fernando Galvão. Ele cita que a lei estabelece limites para a legítima defesa, não podendo ela ser usada como uma forma de contra-ataque pelo ofendido, de maneira a esquecer a moderação, a razoabilidade, e além de proteger seu bem jurídico, lesionar o de outrem além do que o necessário para conter essa agressão injusta. Lembra o autor que não há empecilho ao ofendido em violar os direitos de seu agressor, desde que dentro da limitação imposta pelo ordenamento jurídico. Sendo assim, podemos entender novamente, ainda que indiretamente, a aplicação do princípio da proporcionalidade, ligado diretamente à possibilidade da adequação da conduta do ofendido à legítima defesa. Observemos o que diz Fernando Galvão em sua obra:

No entanto, a lei estabelece limites para a justificação, de modo a impedir que a reação defensiva transforme-se em um contra-ataque, igualmente contrário à planificação normativa da ordem jurídica. [...] Nos limites da defesa socialmente tolerada, o ordenamento jurídico expressamente defere ao titular de um bem jurídico o direito de reagir aos ataques ilícitos que lhe são dirigidos, mesmo que, para tanto, tenha que produzir danos aos direitos do agressor.¹⁰

Outros autores, como Fernando Capez, verificam na legítima defesa uma fundamentação mais simples e direta, limitando-se a dizer que não há possibilidade de o Estado fazer-se presente em todos os lugares a fim de garantir o cumprimento do ordenamento jurídico, e conseqüentemente tutelar os bens jurídicos de todos, logo, em situações que assim o exijam, é legítima a atuação do ofendido para defender-se quando não há outro meio disponível. Sustenta o autor que, neste caso, não há a necessidade de sacrifício de um bem jurídico em face do risco a mais de um deles, causados por uma situação de perigo, mas sim uma ofensa ilícita contra o ofendido ou a um terceiro, o que legitima a defesa. Em sua obra, Fernando Capez nos ensina:

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.433-434.

¹⁰ GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2013. p.309-310.

Não há, aqui, uma situação de perigo pondo em conflito dois ou mais bens, na qual um deles deverá ser sacrificado. Ao contrário, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro, legitimando a repulsa. [...] o Estado não tem condições de oferecer proteção aos cidadãos em todos os lugares e momentos, logo, permite que se defendam quando não houver outro meio.¹¹

Chama a atenção uma análise dos fundamentos da legítima defesa por outro viés, como sendo não somente uma causa de justificação, mas uma sanção imposta ao agressor, que injustamente lesiona um bem jurídico de outrem. Mas, diz Miguel Reale Junior que, embora possa ser considerada uma sanção ao agressor, que renunciou, indiretamente, ao seu direito à proteção do ordenamento jurídico, a legítima defesa encontra limites, sendo assim, não é absoluta, invocando novamente o princípio da proporcionalidade, o qual, de acordo com o autor, deve haver determinada correspondência dos meios utilizados para conter a agressão ao bem jurídico, à potencialidade dessa agressão. Destaca que o fundamento essencial da legítima defesa é a natureza do homem, o instinto de defesa inerente a esta condição. Podemos observar os dizeres de Miguel Reale Junior em sua obra:

Resta, por fim, referir ao fundamento, o valor fundante do instituto, que decorre da natureza do homem, [...] A legítima defesa, assim, é uma espécie de sanção imposta ao agressor, a sanção que impede que a agressão se consuma. Se há renúncia livre à proteção da norma por parte do agressor e, no jogo de interesses, prevalece o do agredido, no entanto, o retrocesso da proteção com relação ao agressor não é total. O direito de reação encontra limites que decorrem do reconhecimento do valor de proporção, que compreende a necessidade de relativa correspondência não só entre a potencialidade da agressão e o uso dos meios de repulsa.¹²

Embora já apresentados diversos fundamentos a respeito da legítima defesa, destaco o que diz o autor Claudio Brandão, que de maneira lógica, faz, indiretamente, uma analogia ao estado de natureza do homem, quando da análise do instituto em questão. Para ele, ainda que não houvesse o direito, a autoconservação, ou seja, a defesa na concepção mais essencial da palavra, ainda existiria, afinal é natural que o ser humano, por instinto defenda-se, e isso quer dizer que, mesmo havendo uma proibição de que isso ocorresse, não seria possível lutar contra a natureza do homem,

¹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.300-301.

¹² REALE JR., Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.158-159.

sendo assim, o direito não encontrou forma diversa para resolver esse impasse, se não o reconhecimento da legitimidade da autodefesa, blindando-se, porém, da possível hipótese de cometimento de abusos, ao estabelecer limites para o exercício deste direito, sejam estes objetivos ou subjetivos, sendo esses últimos esclarecidos pelas doutrinas e jurisprudências já formadas. Analisemos os dizeres de Claudio Brandão:

A ideia da legítima defesa se baseia na repulsa de uma agressão. Assim, a legítima defesa é um contra-ataque, é uma reação. Foi essa a ideia que sempre norteou esse instituto. [...] Conforme visto neste breve histórico, em linhas gerais pode-se afirmar que a ideia de legítima defesa surge com a própria ideia de Direito Penal. Isso se dá porque a defesa é uma reação humana natural, decorrente do próprio instinto de autoconservação. Ainda que não houvesse Direito, certamente existiriam reações de defesa; quando esta última se reveste de determinados requisitos é considerada jurídica, isto é, conforme o Direito. Por isso dissemos alhures que a legítima defesa é uma situação de fato reconhecida pelo Direito.¹³

Em uma análise mais aprofundada, Jacson Zilio diz que a legítima defesa exige que haja uma agressão contrária ao direito, que ofenda à um bem jurídico individual, e que seja proveniente de um ser humano. A defesa deve se dar quando haja necessidade para tanto, sob pena de esta ser tão ilegítima quanto a agressão. Sendo assim, a necessidade estando presente, existe possibilidade de se justificar a defesa, desde que proporcional ao ataque. Diz o autor que o grande problema na legítima defesa está na valoração dada a proporcionalidade e a necessidade, que irão legitimá-la.

Jacson Zilio nos leva a uma reflexão mais aprofundada a respeito do tema, em casos mais complexos, nos quais a agressão, a necessidade e a proporcionalidade não são suficientes para justificar e legitimar a legítima defesa, como, por exemplo, quando há envolvimento de menores, pessoas sob uso de entorpecentes, enfermos mentais, e até mesmo nos conflitos entre casais e familiares. Parte da doutrina acredita que, nesses casos, não se trata de mera permissibilidade do ordenamento jurídico, mas é uma questão de necessidade. O autor cita Jescheck, Bockelmann e Volk, os quais deixam de lado a tentativa de fundamentar as restrições ético-sociais a partir de cláusulas gerais, quais sejam, o princípio da proporcionalidade, da adequação, da ideia de responsabilidade social, entre outros, porque, de acordo

¹³ BRANDÃO, Claudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.212.

com Jescheck¹⁴, isso somente iria contribuir para uma delimitação insegura do que seria a legítima defesa. De acordo com os autores citados, se houver outro modo para resolver o problema que não seja recorrendo a legítima defesa, este deve ser utilizado a fim de proteger o bem jurídico posto em perigo. Porém, ressaltam que se o único meio disponível para se defender, causar danos além do interesse protegido, em uma medida desproporcional, não há que se falar em legitimidade da defesa, estando, portanto, proibida. Desta forma, deve estar presente a necessidade racional ou concreta para análise das restrições ético-sociais.

Ainda que tenha um pensamento similar aos autores acima citados, Maurach e Zipf¹⁵, dizem que as restrições ético-sociais devem ser vistas como um estreitamento da defesa necessária, ou seja, sob este viés, é admissível a legítima defesa contra crianças, ou enfermos mentais por exemplo, desde que a defesa utilizada seja o único meio de proteger o bem jurídico em perigo, em especial quando em risco e vida e a integridade corporal do agredido.

De acordo com Jacson Zilio, fazendo uma análise da construção doutrinária dos autores citados, o princípio da necessidade não pode ser confundido com as restrições de conteúdo ético-sociais, ou seja, em dada situação, pode existir a necessidade abstrata e concreta de defesa, mas nem por isso se deve admitir a resposta defensiva, concluindo que nem tudo que é necessário é também permitido. Os fins estão sempre adstritos aos meios que são constitucionalmente definidos em razão da proteção da dignidade humana, e nesta seara está incluso o agressor. Conclui o autor que a permissão da defesa está condicionada ao princípio da intervenção mínima, este responsável por limitar e legitimar, em situações excepcionais, o uso de violência pelo particular para a defesa de direitos fundamentais. Vejamos o que diz o autor:

Em tal contexto, a necessidade deve ser analisada a partir de uma perspectiva normativa limitada pela ideia fundamental de permissibilidade de defesa. Essa permissibilidade, como se verá adiante, é sempre concretizada pelo princípio da intervenção mínima que limita e legitima, excepcionalmente, no Estado constitucional de Direito, o uso da violência privada apenas nos casos de defesa aos direitos fundamentais. Em suma, o direito de autodefesa é

¹⁴ JESCHECK, 1981 apud ZILIO, Jacson L. **Las restricciones ético-sociales del derecho a la legítima defensa**: una lectura a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal. Buenos Aires: Didot, 2012. p.188.

¹⁵ MAURACH; ZIPF, 1994 apud ZILIO, 2012, p.190.

limitado não apenas por avaliações de necessidade e proporcionalidade, mas principalmente pela ideia de intervenção mínima. O que é proibido ao Estado, também é proibido ao agredido, ou seja, o controle social da violência é regido tanto pelo particular quanto pelo poder do Estado, segundo a fórmula do *ultima ratio*.¹⁶

Notório que cada autor explica o fundamento da legítima defesa da forma que a entende, porém, o centro de todas as explicações está na natureza humana. Como muito bem relembra Cláudio Brandão, ainda que não houvesse previsão legal para a legítima defesa, pela natureza do homem, ela ocorreria de forma natural, como instinto de sobrevivência humana, estando além do que um ordenamento jurídico pode influenciar na conduta do ser humano. Por óbvio, também como entendimento comum entre os autores, o ordenamento jurídico impõe limites a legítima defesa, para que esta não se torne uma espécie de vingança, e, por este motivo, a proporcionalidade, a necessidade, a razoabilidade, a intervenção mínima, entre outros, são elementos que devem estar presentes quando da análise da defesa, para que esta seja reconhecida como legítima. Imprescindível que a legítima defesa seja entendida como uma forma de preservação do bem jurídico agredido e do cumprimento das leis emanadas do ordenamento jurídico, nos momentos que o Estado não pôde estar presente para que este o fizesse.

2.3 PRESSUPOSTOS LEGAIS

2.3.1 Agressão Injusta, Atual ou Iminente

Inicialmente, de acordo com Jacson Zilio, a agressão é uma ação representada como uma expressão corporal do ser humano em conjunto com um movimento físico e outro mental. Para que esta ação seja considerada agressiva, deve-se fazer uma análise

¹⁶ Tradução livre de: "*En tal contexto, la necesidad debe ser analizada desde una perspectiva normativa limitada por la idea fundamental de permisibilidad de la defensa. Esta permisibilidad, como se verá más adelante, viene siempre concretizada por el principio de intervención mínima que limita y legitima, de manera excepcional, en el seno del Estado constitucional de Derecho, el uso de la violencia privada solamente en los casos de defensa de los derechos fundamentales. En fin, el derecho de legítima defensa está limitado no sólo por valoraciones de necesidad y proporcionalidad, sino principalmente por la idea de intervención mínima. Lo que le está prohibido al Estado, le está prohibido también al agredido, es decir, el control social de la violencia se rige tanto para el particular como para el poder estatal, según la fórmula de ultima ratio.*" (ZILIO, 2012, p.191-192).

se contraria regras e normas seguidas por uma sociedade. Sendo assim, somente será considerada uma ação agressiva quando contrariar normas penais, e conseqüentemente, colocar em perigo concreto um bem jurídico tutelado. Nos ensina o autor:

A ação agressiva também tem um significado determinado por regras e normas. Assim como todas as ações não são meros acontecimentos, a ação agressiva só existe porque é interpretada de acordo com regras ou normas. Em suma, devemos saber se a ação agressiva foi realizada com as características exigidas na lei penal: se houve ou não uma ação agressiva depende da relação com um determinado tipo penal. Conseqüentemente, não haverá nenhuma ação agressiva sem ofensa ou perigo concreto a um bem jurídico individual penalmente protegido.¹⁷

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, a legítima defesa, na forma que se apresenta no Código Penal, apresenta uma séria de requisitos objetivos e um requisito subjetivo. Como requisitos objetivos a agressão injusta, atual ou iminente; direito (bem jurídico) próprio ou alheio; meios necessários usados moderadamente; e como requisito subjetivo, o *animus defendendi*. Inicialmente a agressão, que se traduz na lesão ou colocação em perigo de determinado bem jurídico tutelado, não pode ser observada como mera provocação, ou seja, este poderia ser considerado um estágio antes da agressão em si, devendo ser observado a sua gravidade e sua intensidade para que possa ser analisada a possibilidade de autorização como primeiro requisito à legítima defesa. Não é necessário que agressão seja um ilícito penal, ou seja, uma conduta tipificada como crime, basta que seja somente um fato ilícito, afinal, precisa ser necessariamente uma agressão injusta. O autor destaca que no ordenamento jurídico espanhol, a injusta agressão é entendida como a prática de conduta tipificada como crime ou contravenção penal, porém, esta interpretação jamais poderia ser utilizada no Brasil da forma como é o ordenamento jurídico atual, afinal seria insustentável aplicar uma interpretação restritiva para uma norma permissiva, a qual teve sua origem na antiguidade. Todos os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para que essa norma permissiva seja perfeitamente amoldada ao caso, são suficientes para

¹⁷ Tradução livre de: "*La acción agresiva posee también un significado determinado por reglas e normas. Así como todas las acciones no son meros acontecimientos, la acción agresiva sólo existe porque es interpretada conforme a reglas o normas. En suma, ha que saber si la acción agresiva se ha realizada con las características exigidas en la ley penal: si ha existido o no una acción agresiva depende de la relación con un determinado tipo penal. Consecuentemente, no existirá acción agresiva sin ofensa o peligro concreto a un bien jurídico individual penalmente protegido.*" (ZILIO, 2012, p.111).

garantir um Estado Democrático de Direito, e respeitar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Ainda que soasse razoável o entendimento espanhol, é proibido no nosso ordenamento a analogia *in malam partem* para restringir um direito de defesa assegurado pela lei. A agressão deve ser obrigatoriamente injusta, pois se justa for, não será possível falar em reação legítima, pelo contrário, se a agressão for justa, sua reação poderia inclusive configurar crime, como por exemplo uma regular prisão em flagrante, em que sua reação pode ser considerada crime de resistência.¹⁸

Assim que constatada a agressão injusta, ainda de acordo com o autor, podemos passar a próxima etapa, para verificar se esta foi atual ou iminente. Atual significa dizer que ainda não foi concluída, ou seja, que está acontecendo. Iminente é algo que está prestes a acontecer, e se não for evitado irá se concretizar. Salienta que para a legítima defesa se caracterizar, deve a reação ser imediata, ou para repelir uma agressão iminente, que está prestes a acontecer, ou para evitar que a lesão atual a um bem jurídico tome maiores proporções, afinal, se o perigo já passou não podemos falar em legítima defesa, vez que o perigo em que se encontrava o bem jurídico não mais existe. Lembra o autor que após cessado o perigo, a conduta é chamada de vingança, que é reprimida pelo ordenamento jurídico. Observemos o que diz o autor:

Define-se a agressão como a conduta humana que lesa ou põe em perigo um bem ou interesse juridicamente tutelado. Mas a agressão, contudo, não pode confundir-se com a mera provocação do agente, que é, digamos, uma espécie de estágio anterior daquela, devendo-se considerar a sua gravidade/intensidade para valorá-la adequadamente. Pode-se afirmar que é irrelevante o fato de a agressão constituir, ou não, um ilícito penal, uma vez que o art. 25 do nosso Código Penal não faz restrições a respeito; logo, é suficiente que a agressão constitua um fato ilícito, caso contrário não será uma agressão injusta. [...] Além de injusta, a agressão deve ser atual ou iminente. Atual é a agressão que está acontecendo, que está se realizando, isto é, que ainda não foi concluída; iminente é a que está prestes a acontecer, que não admite nenhuma demora para a repulsa, sob pena de concretizar-se.¹⁹

Outro aspecto importante ao se analisar a legítima defesa, está nos casos em que a ação por parte do agente se trata de uma chamada "não ação", ou seja, uma ação involuntária, tal como ocorre quando uma pessoa é acometida por um ataque compulsivo epilético, ou pessoas que sofrem de sonambulismo. Por óbvio, diz Pacelli e Callegari, a vítima deste tipo de agressão involuntária não precisa suportá-la sem se

¹⁸ BITENCOURT, 2017, p.434-435.

¹⁹ Ibidem, p.434-436.

defender, porém, sua reação deve estar de acordo com as regras e preceitos do estado de necessidade.²⁰

A agressão injusta, como elemento objetivo da legítima defesa, pode ser considerada como qualquer lesão ou colocação em risco por uma pessoa contra um interesse juridicamente protegido pelo ordenamento jurídico de outra pessoa. Esta ação, não precisa ser necessariamente a título de dolo, nem ao menos dolo eventual, sendo assim, pode ser proveniente de pessoas inimputáveis, seja ela doente mental, criança, entre outras, ou até por um comportamento imprudente. Para além dessas hipóteses, essa agressão também pode ser proveniente de uma omissão. A omissão de que falamos não pode ser a própria, mas somente a imprópria ou a dos crimes comissivos por omissão, que decorrem do dever de cuidado, de garante. Desta forma, somente pessoas com o dever de garante podem ser agressores por omissão, e isto decorre do dever de proteção do bem jurídico do qual é garantidor, que lhe é imputado como responsabilidade caso seja violado. Vejamos a explicação e exemplo citados por Pacelli e Callegari:

Exemplo: a mãe que propositadamente deixa de amamentar o filho recém-nascido com a intenção de matá-lo. Nesse caso, a mãe (garantidora) tem o dever jurídico de evitar o resultado morte, alimentando o seu filho. Quando não o faz, pratica uma agressão por omissão, pois tinha obrigação de evitar o resultado e com isso possibilita que alguém intervenha e a obrigue a alimentar o nascituro. Portanto, quem, mediante o uso de força física, obrigar a mãe a alimentar a criança recém-nascida, age em legítima defesa de terceiro em face de uma agressão produzida pela omissão do garante (crime omissivo impróprio). Por isso, é possível que a agressão decorra de uma omissão, desde que ela seja oriunda de alguém que tenha o dever jurídico de atuar. Outro exemplo seria o do carcereiro que não solta o preso quando decorrido o tempo de cumprimento de pena, ou quando recebe o alvará de soltura. Nesse caso, a falta de ação do carcereiro constitui uma omissão passível de legítima defesa, pois a prisão torna-se uma agressão injusta.²¹

Os mesmos autores relembram que a agressão na legítima defesa é todo ato humano que lesa ou põe em perigo um bem juridicamente protegido, e, por este motivo, é possível concluir que se a ação partir de uma animal, não há que se falar em legítima defesa, sendo fato incontroverso na doutrina de que para estes casos estamos falando claramente do estado de necessidade. Porém, existem peculiaridades

²⁰ PACELLI; CALLEGARI, 2017, p.323.

²¹ PACELLI; CALLEGARI, loc. cit.

que devem ser observadas, como é o caso de um animal, comumente um cão, que a mando de seu dono ou adestrador, ataca alguém, afinal, neste exemplo, em que pese a agressão contra um bem jurídico tenha sido praticada diretamente pelo animal, indiretamente foi praticada também pelo mandante do ataque animal, e, nesses casos, é possível a legítima defesa, partindo do entendimento que o animal não passava de um mero instrumento para o real agressor, que no exemplo é seu dono ou adestrador.²²

É permitido, ainda, a legítima defesa nos casos de atos involuntários, como ocorre nos praticados por inimputáveis, ou provenientes de espasmos musculares, e para que isso seja entendido, é importante que o ato seja pensado desvinculando a conduta da intenção que tinha o autor, ou seja, deve-se analisar a conduta, independente da vontade que tinha o autor de praticar tal conduta, afinal a legítima defesa decorre do instinto humano de sobrevivência, representado pela autodefesa instintiva. Por este motivo que é possível a legítima defesa para casos de atos involuntários, levando-se em conta a autopreservação decorrente deste instituto. Sobre o assunto Pacelli e Callegari nos explicam:

Entende-se, portanto, que a agressão deve ser analisada de uma maneira objetiva, desvinculando a conduta da real intenção do autor. Ou seja, não é relevante se o autor da agressão tinha a finalidade ou a consciência de produzir o dano ao agir injustamente. Basta que seja exteriorizado um comportamento suscetível de causar uma lesão a um bem juridicamente protegido. É uma decorrência lógica dos fundamentos deste instituto, que prima pelo direito básico e natural de autopreservação. Por esse motivo é que se admite, no ordenamento jurídico pátrio, a ocorrência de legítima defesa contra ato praticado por inimputáveis ou por quem é excluído de culpabilidade, *v. g.*, coação moral irresistível, obediência hierárquica. Na esteira do mesmo entendimento, é possível lançar mão desta excludente em razão de uma agressão culposa.²³

Importante salientar que, de acordo com os autores, a agressão não precisa ser necessariamente contrária à legislação penal para que a legítima defesa possa ser considerada, a exemplo do furto de uso. Além disso, existe a necessidade de a defesa ser imediata, ou seja, ela somente será considerada legítima enquanto durar a injusta agressão. É comum que após esquivar-se da ameaça, a vítima se arme e retorne para atentar contra o agressor, porém nesse caso não se enquadra a

²² PACELLI; CALLEGARI, 2017, p.325.

²³ PACELLI; CALLEGARI, loc. cit.

legítima defesa, vez que a agressão já tinha acabado, e a partir do momento que conseguiu se esquivar já não esta mais sujeito a uma agressão atual ou iminente. Em que pese a legítima agressão não se enquadre neste exemplo, não significa dizer que a primeira lesão não será punida.²⁴

Possui o mesmo entendimento quanto à omissão Claudio Brandão²⁵, o qual afirma não ser possível, diante de uma omissão própria, utilizar-se da legítima defesa. A falta de ação jamais poderia causar uma lesão, sendo esta necessária para que se legitimasse a defesa. Diz o autor que movimentos decorrentes de reflexos também não podem ser ações que legitimem a defesa, e para tanto, teríamos o instituto do estado de necessidade, que abarcaria essas situações.

A agressão, como já dito, deve ser injusta, e como agressão injusta Cláudio Brandão entende por ser qualquer agressão antijurídica, sendo assim, não autorizada pelo direito. Se estivermos falando de uma agressão permitida pelo direito, não podemos utilizar o instituto da legítima defesa. Destaca o autor que não somente agressões permitidas no Direito Penal são consideradas, mas em qualquer ramo do direito. Devido a esta possibilidade que não seria possível se utilizar da legítima defesa contra ações pautadas no estado de necessidade, afinal este instituto é considerado como jurídico, e, portanto, justo. Nem ao menos seria possível contrapor legítima defesa contra ela mesmo, ou contra qualquer tipo de agressão não considerada antijurídica.²⁶

A mera ameaça de lesão futura não autoriza a legítima defesa, vez que esta exige que a agressão seja atual ou iminente. Neste ínterim, quando falamos de atual ou iminente, isso significa que está para se concretizar, e caso não seja impedida, de fato ocorrerá, fato este que não ocorre com a ameaça de agressão futura, pois esta poderá ou não ocorrer. Apesar de não ser possível legitimar a defesa nestes casos, nada impede que a pessoa autora da ameaça seja responsabilizada por esta, porém não pelo instituto estudado nesta pesquisa. Vejamos os exemplos de Cláudio Brandão sobre o tema:

Deve-se ressaltar que a agressão iminente não se confunde com a agressão futura. Enquanto a agressão iminente é aquela que, se não for elidida, se concretizará, a agressão futura poderá acontecer ou não. Um exemplo

²⁴ PACELLI; CALLEGARI, 2017, p.325.

²⁵ BRANDÃO, 2010, p.213.

²⁶ BRANDÃO, loc. cit.

esclarecerá a assertiva: é iminente a agressão daquele que, tendo ameaçado seu desafeto de morte, está puxando a arma para atirar nele; é agressão futura a ameaça de morte feita a alguém. No primeiro caso, cabe legítima defesa, porque, se a reação não se verificar, a agressão irá se perfazer; no segundo caso não cabe legítima defesa, visto que essa ameaça de dano futuro não se enquadra nos requisitos de iminência ou atualidade da agressão, exigidas pelo art. 25 do Código Penal.²⁷

No que diz respeito às agressões advindas de inimputáveis, Cláudio Brandão concorda com Bitencourt, dizendo que neste caso a legítima defesa é perfeitamente cabível. De acordo com ele, não se pode considerar que pela característica de inimputável, a ação seria irracional a ponto de considerarmos a defesa como um estado de necessidade. Em que pese não haja culpabilidade na ação do inimputável, esta continua sendo antijurídica, e, sendo assim, é injusta, autorizando a legítima defesa.²⁸

Fato que não é pacificado perante a doutrina seria a definição do que seria "iminente". Dependendo do que se considera iminente teremos momentos diferentes em que seria autorizada a legítima defesa. Diz Busato que de modo geral a doutrina considera o momento como iminente equivalente a fórmula da tentativa, a qual é representada pelos atos de execução, porém, existem outros entendimentos, como por exemplo, considerar iminente a partir do momento que um ato preparatório é executado, e diante disso torne-se impossível evitar posteriormente o resultado. Ainda, uma forma de pensar entre esses dois entendimentos, seria considerar iminente como sendo o momento final da fase de preparação, em que o próximo ato seria a execução propriamente dita.²⁹

Da forma como se considera a legítima defesa, essa iminência deveria ser considerada momentos antes da concretização do dano ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, porém, diz Busato, que isso seria deveras arriscado, afinal a espera pelo momento correto poderia tornar a defesa ineficaz, levando em consideração o erro no momento de identificar o momento exato a agressão que causaria lesão ao bem jurídico. O autor cita Roxin, dizendo que este estava correto ao entender ser possível a legítima defesa nos atos preparatórios, e não somente após o início da execução, levando em consideração cada caso concreto, afinal, justamente a possibilidade de ineficácia da legítima defesa frente a agressão que está para ser sofrida, autorizaria

²⁷ BRANDÃO, 2010, p.214.

²⁸ BRANDÃO, loc. cit.

²⁹ BUSATO, 2017, p.467.

utilizar-se desta na fase preparatória. Para Busato, o momento ideal para ser considerado iminente na legítima defesa, seria o final da preparação, ou seja, o último ato antecedente à execução. Dos ensinamentos de Busato podemos extrair:

Por outro lado, a teoria da fase preparatória justificaria a atuação em legítima defesa, enquanto a agressão estivesse ainda em etapa de atos preparatórios eventualmente muito distantes da consumação. 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. A postura de Roxin parece efetivamente mais adequada, já que impede as intervenções demasiadamente prematuras, mas não exige o início da execução. A ideia é que a iminência, a efeito de legítima defesa, seja identificada com o momento final da preparação, ou seja, o último ato preparatório que antecede o início da execução. Por exemplo: "a aproximação do agressor brandindo uma arma" já autoriza a atuação em legítima defesa.³⁰

Cabe ressaltar que quando falamos de agressão injusta não podemos confundir com a provocação da agressão. Nos casos em que o agente provoca a agressão, com o intuito de se utilizar da legítima defesa, não há legalidade em tal fato. Nesses casos não pode ser utilizado a figura da legítima defesa, partindo do princípio de que ninguém pode se valer da própria torpeza, bem como o direito não pode amparar uma agressão planejada.³¹

Conforme destaca André Estefam, a agressão injusta deve ser analisada de forma objetiva, ou seja, pouco importa se o agressor tinha consciência a respeito da injustiça de sua conduta, basta que essa conduta seja considerada ilícita para que seja legitimada a defesa.³²

Acrescenta André Estefam ao que diz Cláudio Brandão a respeito de se utilizar da legítima defesa contra a legítima defesa. Para ele, existe uma hipótese que isso se tornaria possível, quando houver excesso por parte de quem primeiramente estiver se utilizando de tal excludente. Quando houver excesso de quem está primeiramente agindo em legítima defesa, permite-se que o agressor se defenda, e agora, de maneira legítima. Observemos o que diz o autor:

³⁰ BUSATO, 2017, p.467.

³¹ REALE JR., 2012, p.155.

³² ESTEFAM, André. **Direito penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.290.

É possível legítima defesa de legítima defesa? Simultaneamente, não. Se uma das pessoas se encontra em legítima defesa, sua conduta contra a outra será justa (lícita), e, por consequência, o agressor nunca poderá agir sob o amparo da excludente. É possível, no entanto, que uma pessoa aja inicialmente em legítima defesa e, após, intensifique desnecessariamente sua conduta, permitindo que o agressor, agora, defenda-se contra esse excesso (legítima defesa sucessiva – isto é "a reação contra o excesso").³³

Em uma análise pormenorizada do significado de injusta, quando à agressão, Fernando Galvão diz que somente pode ser injusta, para fins de análise jurídica, uma conduta, e, em especial no caso da legítima defesa, uma conduta humana. Essa conduta humana injusta entende-se como reprovável, devido ao fato de estar violando o ordenamento jurídico. Importante também diferenciar o "injusto" do "perigo", afinal, perigo por si só não pode ser considerado injusto. Essa distinção pode ser facilmente observada quando falamos de um ataque animal. Quando este ocorre de maneira natural, sem que haja intervenção ou comando de um humano, estamos diante de um perigo, que autorizaria a utilização do estado de necessidade. Já quando temos a intervenção humana, ou seja, o dono ou adestrador de um animal que comanda um ataque, estamos diante de uma hipótese de legítima defesa, pois há uma agressão injusta. Para que seja considerada agressão, deve existir uma conduta, seja ela culposa ou dolosa, e em não existindo, há somente perigo. Vejamos o que diz o autor:

Mesmo quando o perigo tem origem em intervenção humana, não se qualifica o perigo de injusto, pois, no contexto do conflito de direitos, não se reprova o causador do perigo. Em termos de Direito, injustiça é uma qualidade reconhecida apenas às condutas e expressa especial intervenção valorativa. A qualidade de injusta reconhecida à agressão que autoriza a legítima defesa revela a reprovação que é dirigida a seu autor, por violar a planificação normativa da ordem jurídica.³⁴

Já a respeito do significado de iminência, o autor concorda com o entendimento de Busato ao afirmar que esta é autorizada pela lei nas hipóteses em que o êxito da lesão ao bem jurídico seja mais evidente. Como Busato afirmou, Brandão reafirma que não adiantaria permitir a legítima defesa somente após a atualidade da agressão, vez que isso poria em risco a eficiência deste instituto.

³³ ESTEFAM, 2017, p.290.

³⁴ GALVÃO, 2013, p.309-311.

Devemos diferenciar a iminência da legítima defesa predisposta, sendo esta reconhecida quando há a defesa sem nem ao menos ser iminente a agressão. Fernando Galvão cita um exemplo bastante comum, que é a cerca elétrica, equipamento este amplamente oferecido no mercado para evitar que pessoas com o intuito de cometer uma agressão ao bem jurídico patrimônio tenham êxito. Tal medida tem guarida da legítima defesa somente nos casos em que não coloca em risco as demais pessoas da sociedade, sem assim, enquanto instalada somente para evitar o acesso não permitido a determinado local, está amparado pela legítima defesa, porém quando lesa alguém que não tinha intenção de lesão ao bem jurídico pela mera má disposição do equipamento em local correto, poderemos reconhecer a incidência de crime para quem instala ou faz a manutenção do aparelho.³⁵

De modo geral, a grande maioria dos autores citados, no que diz respeito a ideia principal de agressão injusta, atual ou iminente, tem a mesma linha de raciocínio, concluindo que como agressão injusta, entende-se uma conduta contrária ao ordenamento jurídico, em todos seus ramos, não somente no direito penal. Por atual, uma agressão que está acontecendo, em que o bem jurídico está sendo lesado, porém ainda não foi concluída. E, por fim, iminente, quando está próximo de ocorrer, porém, próximo suficiente para que se tenha uma certeza de que o bem jurídico será colocado em perigo, mas não a ponto de tornar a legítima defesa ineficaz por se esperar demais.

2.3.2 Direito Próprio ou Alheio

Por direito próprio ou alheio devemos entender qualquer bem jurídico tutelado, ou seja, para que seja possível invocar a legítima defesa, algum bem jurídico deve estar sendo ou estar na iminência de ser lesado. Para Cezar Roberto Bitencourt esse bem jurídico pode ser qualquer um tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde os menos valiosos, até os mais importantes, tal como é a vida. Para ele, à legítima defesa não importa se tratar de bem jurídico pessoal, impessoal, disponível ou indisponível, baste que seja uma agressão injusta, atual ou iminente a um bem jurídico. A única distinção é a respeito da titularidade do bem jurídico protegido,

³⁵ GALVÃO, 2013, p.309-313.

afinal admite-se a proteção à bem jurídico próprio ou de terceiro. Quando se busca pelo próprio titular repelir a agressão contra um bem jurídico ameaçado, falamos na legítima defesa própria, e, quando se busca proteger o direito de outrem, falamos em legítima defesa de terceiro.³⁶

Nos alerta o autor que na legítima defesa de terceiro deve ser observada a disponibilidade do bem jurídico, afinal, quando disponível, o titular deste tem autonomia para decidir o que fazer, portanto, nesta seara, a defesa de terceiro não pode ocorrer sem que o titular concorde com a atitude do defensor. Bitencourt no ensina:

No entanto, na defesa de direito alheio, deve-se observar a natureza do direito defendido, pois quando se tratar de bem jurídico disponível, seu titular poderá optar por outra solução, inclusive a de não oferecer resistência. Como adverte Assis Toledo, quando se tratar "de direitos disponíveis e de agente capaz, a defesa por terceiro não pode fazer-se sem a concordância do titular desses direitos, obviamente".³⁷

A respeito da disponibilidade do bem jurídico, Pacelli e Callegari acrescentam que para a legítima defesa ocorrer quando há lesão ou iminência de lesão a bem jurídico disponível de terceiro, há a necessidade que haja o consentimento do ofendido. Em sua obra, com o intuito de demonstrar de que forma deve ser feita a avaliação a respeito desse consentimento justificante, citam os ensinamentos de Wessels, o qual condiciona a alguns pressupostos para que isso seja possível, vejamos:

Segundo WESSELS, a eficácia do consentimento justificante do ofendido está condicionada aos seguintes pressupostos: (a) a renúncia ao direito deve ser juridicamente admissível; (b) deve possuir a titularidade, ou a autorização dos demais titulares, para dispor do bem; (c) deve possuir capacidade; (d) inexistência de vícios de consentimento; (e) se a lesão ofender a integridade corporal do indivíduo, esta não poderá atentar contra os bons costumes; (f) o consentimento deve ser, antes do fato, expressamente declarado ou concludentemente expresso; (g) o ofendido deve ter agido no conhecimento e por causa do consentimento.³⁸

Já quando falamos em bens jurídicos da coletividade, diz Busato que há uma limitação para a legítima defesa. De acordo com o autor a doutrina majoritária entende que somente é possível a legítima defesa de bens jurídicos pertencentes ao Estado,

³⁶ BITENCOURT, 2017, p.437.

³⁷ BITENCOURT, loc. cit.

³⁸ WESSELS, 1976 apud PACELLI; CALLEGARI, 2017, p.326.

mas não à coletividade. A explicação para tal afirmação parte do princípio de que o legislador não iria querer dar à existência do Estado proteção menor que a qualquer outro bem jurídico, bem como, se pensado sob a ótica contratualista, ao defender um bem jurídico do Estado, este tendo o dever de gestão dos direitos de interesse de todos, estaria agindo por interesse próprio, e não somente de terceiro.³⁹

O autor ainda cita Roxin, o qual entende não ser possível a legítima defesa de bens jurídicos da coletividade, uma vez que é dever indeclinável do Estado garantir sua defesa, partindo seu entendimento de uma decisão do Supremo Tribunal Federal Alemão.⁴⁰ Compartilha do mesmo entendimento Juarez Cirino dos Santos, o qual afirma que a legítima defesa de bens jurídicos do Estado não podem ser vistos como uma defesa a pessoa jurídica deste, mas como a do particular, afinal não se pode transformar o ser humano em um combatente contra pessoas consideradas inimigas do Estado.⁴¹

Ao analisarmos os bens jurídicos suscetíveis de legitimar a defesa, a doutrina majoritária entende que pode ser qualquer bem jurídico tutelado pelo direito, desde a vida até a honra, porém, diz Fernando Capez que alguns detalhes devem ser observados ao se analisar a legítima defesa da honra. Para ele o problema não está no bem jurídico tutelado, mas sim na proporcionalidade da defesa exercida. A honra certamente é considerada como um bem jurídico menos valioso que alguns outros, como a vida ou a liberdade, porém o autor afirma que basta estar o bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro. A dificuldade a ser observada para a efetiva legitimidade é a proporcionalidade entre a agressão sofrida ou a iminência desta, e a intensidade com que esta é repelida.⁴²

Acrescenta Fernando Galvão que o bem juridicamente tutelado não precisa ser identificado no ordenamento jurídico de forma expressa, mas basta que haja um reconhecimento indireto. Quando o bem protegido não for tutelado pelo ordenamento, não existe possibilidade de se reconhecer como legítima a defesa. Conforme nos ensina o autor:

³⁹ BUSATO, 2017, p.468.

⁴⁰ ROXIN, 1997 apud BUSATO, 2017, p.462.

⁴¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6.ed. Curitiba: ICPC, 2014. p.229.

⁴² CAPEZ, 2017, p.305.

Não é necessário que o bem jurídico, objeto de defesa, seja expressamente identificado pela ordem jurídica, podendo-se justificar até mesmo bens ou interesses que recebam um reconhecimento indireto, como é exemplo o direito individual de não ser observado no interior de sua própria casa. Não há possibilidade de defesa legítima quando o bem protegido não receber a tutela jurídica. Não se pode, por exemplo, reconhecer justificada a conduta lesiva praticada por um traficante contra outro que pretenda subtrair a droga comercializada pelo primeiro.⁴³

2.3.3 Uso Moderado de Meios Necessários

Conforme já citado, o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt, todos os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico são passíveis de legítima defesa em caso de lesão ou iminência de lesão, inclusive a honra. Ainda que seja possível se utilizar da legítima defesa para todos os bens jurídicos tutelados, importante analisar a proporcionalidade, moderação e necessidade da repulsa a agressão. Para que a defesa seja legítima não basta somente estar repelindo uma agressão injusta, atual ou iminente, mas também é exigido pela lei que esta defesa obedeça aos limites de necessidade e moderação.⁴⁴

Para tanto, devem ser analisados os meios disponíveis ao defensor, bem como a intensidade e gravidade da agressão, e, ainda, a periculosidade do agressor. O autor frisa que é bastante complexo saber precisar, em um momento de desequilíbrio emocional ao se defender de uma agressão injusta, qual a proporção ideal para repelir esta. Não se pode exigir da pessoa que está tendo seu bem jurídico violado, ou que esteja na iminência de ser violado, que ela consiga ter a calma e paciência de analisar qual a ideal proporção da repulsa que deve utilizar, afinal, quem se encontra emocionalmente envolvido em uma situação de conflito em que esta sob ataque sem dúvidas terá dificuldade de fazer essa análise valorativa a respeito da necessidade e moderação.⁴⁵

Por necessário, diz Bitencourt, que devemos entender como os meios suficientes e indispensáveis para garantir a eficácia da defesa. Caso não haja várias opções ao defensor, pode-se aceitar que seja utilizado o único meio disponível, ainda que seja mais gravoso do que os meios utilizados pelo agressor, porém nesse caso,

⁴³ GALVÃO, 2013, p.313-314.

⁴⁴ BITENCOURT, 2017, p.437.

⁴⁵ BITENCOURT, loc. cit.

teremos que analisar com mais cuidado e rigor a moderação do uso deste meio, o qual deverá se ajustar finamente às circunstâncias da agressão. Sendo assim, não basta que o meio seja o necessário para a repulsa da agressão, mas também que seu uso seja moderado, especialmente nos casos que este meio seja o único disponível e se apresente mais gravoso e superior do que o utilizado pelo agressor. Para que essa análise possa ser feita, deve-se verificar a intensidade real da agressão, e a adequação dos meios utilizados. Bitencourt cita os ensinamentos de Welzel, vejamos:

Como afirmava Welzel, "a defesa pode chegar até onde seja requerida para a efetiva defesa imediata, porém, não deve ir além do estritamente necessário para o fim proposto". Havendo disponibilidade de defesas, igualmente eficazes, deve-se escolher aquela que produza menor dano.⁴⁶

Nos dias de hoje, é comum utilizarmos o princípio da proporcionalidade para a legítima defesa, afinal, existem limites aos direitos ditos como absolutos. Segundo Bitencourt, querer invocar o princípio da insignificância seria no mínimo paradoxal, afinal, não se pode justificar uma defesa desproporcional ao ataque a ponto de afastarmos a tipicidade ou ilicitude de tal fato. Na legítima defesa não se admite a desproporção entre a agressão e a repulsa, ou seja, seu limite está na proibição do abuso de direito e nos elementos normativos da imposição, e, desta forma, uma defesa que seja desproporcional é considerada abusiva, e por conseguinte, inadmissível.⁴⁷

Para Claudio Brandão, é essencial entender o que seria meio necessário, e, de acordo com ele, são os meios suficientes para repelir a agressão, estando estes disponíveis ao agente que está se defendendo. A utilização desses meios também é regulada por lei, quando esta exige a moderação, ou seja, quando os meios necessários forem utilizados, deve-se causar a menor lesão possível, que seja suficiente para repelir a agressão sofrida. Deve haver uma ponderação entre o bem jurídico agredido e o que for atingido decorrente da repulsa. E por esta ponderação podemos considerar a aplicação do conhecido e já citado princípio da proporcionalidade. Para entendermos a aplicação desse princípio, observemos o que nos ensina Brandão:

⁴⁶ WELZEL, 1970 BITENCOURT, 2017, p.438.

⁴⁷ BITENCOURT, loc. cit.

Portanto, no caso concreto, é exigida uma análise da proporcionalidade entre o bem agredido pela ação injusta e o bem agredido pela reação de defesa: se a reação de defesa atinge os bens do agressor de uma maneira insuportavelmente desproporcional, como no caso acima citado, não se poderá reconhecer a legítima defesa.⁴⁸

De mesmo entendimento compartilha Fernando Capez, quando diz que como meio necessário devemos entender como o menos lesivo disponível ao defensor. Porém diverge quanto ao fato de entender não guardar relação entre o meio utilizado com a forma de seu emprego. Desta forma, para ele, o que deve ser analisado é se o meio utilizado era o menos lesivo que estava ao alcance do defensor no momento da repulsa. A forma de utilização desse meio não pode ser entendida como a necessidade, mas sim como a moderação, e, sendo assim, não se pode dizer estar caracterizada a legítima defesa nos casos em que há abuso de direito, quando a moderação na utilização dos meios necessários ficou além do que a proporcionalidade exige.⁴⁹

Uma análise contextual deve ser feita quando falamos em meios necessários, diz Busato, afinal, cada situação tem suas peculiaridades que serão levadas em conta quando verificados os meios utilizados na defesa. O limite da legítima defesa está no excesso, ou seja, quando escolhido o meio necessário dentre os disponíveis, deve-se optar pelo menos lesivo. De acordo com o autor, também devemos levar em consideração quais eram os meios disponíveis ao defensor no momento do ataque, diante da emergência da situação em que estava submetido, para chegarmos a conclusão se eram os necessários ou não.⁵⁰

Corroborando o autor de mesmo entendimento que Bitencourt, quando afirma que não há como exigir uma precisa adequação entre a defesa e a proporção da agressão sofrida, afinal, trata-se de um exercício de razoabilidade e aproximação que devem estar de acordo com o princípio da proporcionalidade.⁵¹

Para Busato, não basta a análise da necessidade, mas também da moderação. De acordo com ele não se caracteriza a legítima defesa quando há emprego de meios desproporcionais ao ataque, mas também não irá se caracterizar quando utilizados os

⁴⁸ BRANDÃO, 2010, p.215.

⁴⁹ CAPEZ, 2017, p.306.

⁵⁰ BUSATO, 2017, p.470.

⁵¹ BUSATO, loc. cit.

meios proporcionais, estes forem empregados de imoderadamente, ferindo, portanto, a moderação. Vejamos o que diz o autor:

Não se pode falar, no entanto, de uma medida precisa e concreta da necessidade dos meios. O tema deve ser delimitado topicamente, caso a caso. Será moderada a agressão que empregou meios capazes de repelir ou impedir a agressão. Enquanto persista a agressão, seguem sendo moderados os meios empregados para repeli-la, até que cesse. Em sentido contrário, uma vez cessada a agressão, o uso de meios ofensivos é claramente desnecessário, desproporcional, imoderado, gerando responsabilidade justamente por ultrapassar os limites da excludente.⁵²

Quando ocorre a imoderada violência para repelir a agressão, resta descaracterizada a legítima defesa. Da mesma forma ocorre quando os lados se invertem, quando o defensor se torna atacante, deixando de observar os limites suficientes para repelir a agressão, passando a ser o próprio agressor, havendo de ser responsabilizado como uma conduta independente o que for considerado além o necessário para conter a agressão.

De acordo com Pacelli e Callegari, a legítima defesa busca somente afastar a injusta agressão, e não revidá-la. O que deve ser analisado é se para repelir a agressão a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, era necessário lesar outro bem jurídico. Os autores têm o mesmo entendimento que Busato, quando dizem que é imprescindível a análise do caso concreto e suas peculiaridades, afinal uma análise meramente abstrata poderá não chegar a uma conclusão correta, devendo ser levado em consideração as circunstâncias e os meios disponíveis ao defensor. Ainda que a natureza das agressões se compatibilize, devem ser analisadas em quais circunstâncias se comportaram os agentes. De acordo com os autores, dependendo da circunstância, pode uma ação ser abrangida pela legítima defesa mesmo em casos em que a natureza das agressões não guarde proporcionalidade. Vejamos seus ensinamentos:

Numa situação diferente daquela que havia sido citada, o idoso, percebendo que estava na iminência de ser injustamente agredido pelo lutador, desferiu um tiro de espingarda contra este, matando-o. Ainda que as naturezas das agressões sejam desproporcionais (integridade física × vida), poderíamos

⁵² BUSATO, 2017, p.470.

estar tratando de uma conduta em legítima defesa, caso o meio utilizado pelo idoso fosse o único a sua disposição para garantir a proteção de seu bem jurídico.⁵³

Os autores frisam que, como meios necessários, é entendimento pacificado na doutrina de que só podem ser assim considerados os disponíveis ao defensor que sejam os menos lesivos suficientes para garantir a proteção do bem jurídico agredido. Além disso, é importante saber discernir os meios necessários com a moderação com a qual foram empregados. Em que pese sejam elementos totalmente diferentes, guardam forte comunicação. Neste ínterim, pode ocorrer do que o meio empregado seja o necessário, porém este seja utilizado de maneira desmedida. Como também existe a possibilidade do meio ser o menos adequado, porém ter sido utilizado de maneira moderada, e nesta última hipótese, não resta afastada a legítima defesa. Porém o direito penal não busca, com essa análise, que o agredido tenha que aceitar os efeitos, utilizando-se da fuga, pois a necessidade deve estar relacionada a ação de defesa, e não ao resultado que essa defesa causou. Sendo assim é possível admitir a legítima defesa em casos em que o agredido poderia ter optado pela fuga, bem como nos casos em que as lesões decorrentes da reação foram diversas das previstas pelo defensor. Mas vale lembrar que se o agredido ultrapassa os limites da legítima defesa permitida, seja consciente ou inconscientemente, estará atuando ilegalmente e poderá ser responsabilizado.⁵⁴

Complemente o assunto Damásio de Jesus, o qual recorda que a necessidade surge quando tivermos a chamada legítima defesa ofensiva. De acordo com ele somente há a causa de justificação quando a defesa é uma conduta necessária para repelir a agressão. Nesta seara, em uma hipótese em que há somente a defesa na sua forma mais simples, como por exemplo quando alguém somente apara determinado golpe que levaria, sem qualquer outro tipo de reação, não há preocupação quanto a defesa, afinal, essa conduta não configura fato típico. A questão relevante para o tema é quando a conduta defensiva do agente configura fato típico, ou seja, quando há a legítima defesa ofensiva, estando além da defesa em sua forma mais simples. Nesses casos deve ser levado em consideração as condições em que se encontrava o defensor, qual a relação entre o bem agredido ou ameaçado e a efetiva defesa, bem

⁵³ PACELLI; CALLEGARI, 2017, p.328.

⁵⁴ Ibidem, p.329.

como os meios disponíveis ao agente para repelir a agressão. Como necessário, portanto, será entendido o meio menos lesivo a disposição do agente. Sobre o tema Damásio cita os conhecimentos de Nelson Hungria, vejamos:

[...] não se trata de *pesagem em balança de farmácia*, mas de uma aferição ajustada às condições de fato do caso concreto. Não se pode exigir uma perfeita adequação entre o ataque e a defesa, desde que o *necessário* meio tinha de acarretar, por si mesmo, inevitavelmente, o rompimento da referida equação. Um meio que, à primeira vista, parece desnecessário, não será tal se as circunstâncias demonstrarem sua *necessidade in concreto*.⁵⁵

Acrescenta Damásio, portanto, assim como os demais autores, que não há necessidade de uma perfeição entre a agressão sofrida e a defesa necessária, afinal não pode ser exigido isso do agente no momento que se encontra em perigo, bem como, por vezes, o próprio meio necessário pode, de modo inevitável, romper essa perfeita equação, como nos explicou Hungria no trecho citado acima.

Ainda para o autor, importante o complemento da necessidade, que está na moderação exigida, a partir do momento que o agente tem consigo o meio necessário para a defesa, deve se valer somente do suficiente para repelir a agressão, sob pena de ser desconsiderada a legitimidade da defesa, e por conseguinte poderá aparecer o excesso culposos.⁵⁶

Quando a este ponto, temos que há um entendimento pacífico entre os autores como elementos que precisam estar presentes para a legitimidade da defesa, quais sejam, a necessidade e a moderação, associadas pelo princípio da proporcionalidade, ou seja, a análise conjunta de ambos elementos é essencial para estabelecer um limite entre a legítima defesa e o abuso de direito.

2.3.4 Elemento Subjetivo: *Animus Defendendi*

A exigência de um elemento subjetivo surge a partir da evolução sistemática da teoria do crime, na qual a relação entre tipicidade e antijuridicidade sempre foram um dos problemas mais delicados e de difícil resolução. Devemos entender que quando falamos de tipicidade, não necessariamente estamos falando do injusto, vez

⁵⁵ HUNGRIA, 1981 apud JESUS, 2013, p.432.

⁵⁶ Ibidem, p.434.

que existem as causas de justificação, as quais podem autorizar uma conduta típica, a exemplo da legítima defesa. É exatamente por esse motivo que se justifica a existência do elemento subjetivo, pois o agente deve saber que está amparado pela lei quando age em determinada situação, mesmo que para tanto tenha que ferir bem jurídico de outrem. Sobre o assunto, Jacson Zilio pode nos auxiliar:

Pois bem, uma das características da concepção indicativa da tipicidade em relação à antijuridicidade é entender a dogmática penal como um instrumento estratificado e escalonado de aplicação concreta do direito. A tipicidade não consubstancia o injusto porque as causas da justificação podem autorizar a realização de uma conduta típica. Por essa razão, o autor também precisa saber que realiza uma ação típica, mas protegida pelo sistema legal, ou seja, deve saber que não ofende o bem jurídico, ainda que atue tipicamente.⁵⁷

Quanto a este elemento, Bitencourt diz que devemos entender que para chegar a conclusão quanto a antijuridicidade de uma conduta não há necessidade da consciência de sua ilicitude, porém, quando falamos em afastar a antijuridicidade é salutar que se tenha conhecimento da existência da agressão, bem com que haja a vontade, o ímpeto de se defender. Desta feita, a legítima defesa deve ter como de um de seus requisitos, o elemento subjetivo que é representado pela vontade do agente em se defender. Para o autor, o elemento subjetivo é o fator diferenciador entre a legítima defesa e a ação criminosa. É por isso que podemos afirmar que o elemento subjetivo chamado pelo autor de *animus defendendi* atribui uma valoração positiva da ação que, via de regra, deveria ser considerada desvaliosa, ou negativa, em uma situação isolada. É neste momento que temos o conflito entre o valor atribuído a ação legítima e o desvalor de uma conduta criminosa. Bitencourt afirma que em uma determinada conduta, seu valor ou desvalor será sempre avaliado a partir do sentido do ânimo que vai guiar a sua execução.⁵⁸

É por este motivo que o autor afirma que, para os olhos do Direito Penal, uma mesma conduta que externamente se apresentar com aspectos idênticos pode, dependendo da orientação do animo do agente, receber uma definição variada, como

⁵⁷ Tradução livre de: "Pues bien, una de las características de la concepción indiciaria de la tipicidad en relación a la antijuridicidad es comprender la dogmática penal como un instrumento estratificado y escalonado de aplicación concreta del derecho. La tipicidad no fundamenta el injusto porque las causas de justificación pueden autorizar la realización de una conducta típica. Por eso también el autor necesita saber que realiza una acción típica pero amparada por el ordenamiento jurídico, es decir, debe conocer que no ofende el bien jurídico, aunque actúe típicamente." (ZILIO, 2012, p.179).

⁵⁸ BITENCOURT, 2017, p.438.

ocorre na diferença entre uma ação pautada na legítima defesa e uma ação criminosa isolada. Observemos o que diz o autor sobre o tema:

A legítima defesa deve ser objetivamente necessária e subjetivamente orientada pela vontade de defender-se. [...] A reação legítima autorizada pelo Direito somente se distingue da ação criminosa pelo seu elemento subjetivo: o propósito de defender-se. Com efeito, o *animus defendendi* atribui um significado positivo a uma conduta objetivamente desvaliosa (negativa).⁵⁹

Nos ensinam Pacelli e Callegari que o imperativo *animus defendendi* citado por Bitencourt decorre da sólida implantação da teoria finalista no Brasil, a qual afasta o entendimento de que somente são necessários na legítima defesa seus elementos objetivos como requisito para seu reconhecimento. Ainda que seja esse o entendimento nacional, o autor reconhece que há diversos entendimentos doutrinários e divergências a respeito do tema tanto na própria doutrina nacional como também na internacional. Porém, devido ao fato do Brasil ter adotado com bons olhos a teoria finalista, grande parte dos autores concordam e consideram como necessário o elemento subjetivo na ação defensiva legítima.⁶⁰

Juarez Tavares, por exemplo, em que pese haja a adoção majoritária da teoria finalista, discorda com esta quando diz respeito a legítima defesa, afirmando que basta a presença dos elementos subjetivos para que se legitime a defesa. De acordo com ele, os elementos subjetivos somente poderiam ser analisados em hipóteses correspondentes a análise de dolo, exemplifica.⁶¹

Com ressalva a essas exceções, dizem Pacelli e Callegari, a maior parte da doutrina sustenta que é imprescindível que o agente tenha a consciência e a convicção de que sua conduta defensiva possui a finalidade de proteger ao bem jurídico que está sendo ameaçado ou lesado em uma situação de iminência ou efetiva agressão. Ressalta, assim como Bitencourt, que não há necessidade de ter a consciência da ilicitude da agressão sofrida, mas sim que está repelindo a uma agressão capaz de lesionar um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico. Desta feita, entende-se necessária a orientação subjetiva do defensor, na medida que este tem a consciência de que quer afastar o risco de dano ou oferecer defesa a este. Os autores estabelecem

⁵⁹ BITENCOURT, 2017, p.438.

⁶⁰ PACELLI; CALLEGARI, 2017, p.331.

⁶¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.252.

dois critérios para estarmos diante desta concepção, citando também os ensinamentos de Welzel, vejamos:

Essa posição é bem trabalhada por WELZEL. Segundo ele, "a ação defensiva é aquela executada com o propósito de defender-se da agressão. Aquele que se defende tem que conhecer a agressão atual e ter a voluntariedade de defesa". Na esteira dessa concepção, somente estaremos diante de uma ação legitimamente defensiva quando o agente: 1 – tiver a plena consciência de que a atitude do agressor é suscetível a acarretar uma lesão a um bem jurídico, próprio ou alheio, e 2 – pelo motivo anterior, conduz uma sequência de atos na finalidade de resguardar o bem ou minorar os efeitos da agressão.⁶²

De maneira resumida, seria exigido a consciência da agressão e a finalidade defensiva. Os autores, porém, entendem que esta não é a fundamentação mais adequada, afinal, é possível que uma pessoa atue em legítima defesa sem que estejam presentes os dois elementos simultaneamente. Portanto, é possível perceber que mesmo os autores que se filiam a corrente finalista apresentam divergências entre si quando se fala no elemento subjetivo exigido para a legítima defesa. Dizem Pacelli e Callegari que Welzel, Jescheck e Maurach, são autores que entendem ser necessário somente que o agente defensor atue com a finalidade de se defender. Ao contrário, Roxin e Bockelmann, afirmam não ser necessário que o agente atue com a finalidade de se defender, mas basta que este tenha conhecimento que está diante de uma agressão, seja ela atual ou iminente. Para os autores, a orientação mais adequada seria a de Roxin e Bockelmann, bastando que o agente saiba que está diante de uma situação de legítima defesa, e atue neste sentido. Desta feita, entende-se que para eles não é razoável fundamentar a legítima defesa no fato do agente estar agindo para se defender, mas sim que ele esteja agindo para atuar com o intuito de repelir uma agressão injusta, seja ela atual ou iminente.⁶³

Importante ressalva faz Paulo César Busato, o qual afirma ser obvio que deve existir, como elemento subjetivo da legítima defesa, uma pretensão defensiva por parte do agente, mas também deve ser analisado, de forma a estar aliada a esta pretensão, subjetivamente à orientação geral da conduta, ou seja, não basta agir com a vontade de se defender, deve-se verificar qual era a orientação geral da

⁶² WELZEL, 1993 apud PACELLI; CALLEGARI, 2017, p.331.

⁶³ Ibidem, p.332.

conduta, pois estas devem guardar correspondência. Para entendermos melhor esta lógica, o autor cita os ensinamentos de Juarez Cirino dos Santos, vejamos:

Segundo Juarez Cirino dos Santos, a ausência de elemento subjetivo da legítima defesa se traduz em dolo não justificado de realização do injusto, reduzindo-a à presença de uma situação justificante, sem a correspondente ação justificada. O autor dá o exemplo da mulher que pensando vingar-se do marido que chega de uma orgia noturna, dispara contra quem pensa ser ele, porém, atinge na verdade um ladrão armado que entrava em sua residência.⁶⁴

Sendo assim, a análise do dolo e da imprudência a respeito da pretensão subjetiva do agente levam-nos ao campo da ilicitude. A norma justificante, portanto, somente descriminaliza a conduta quando esta é iminentemente defensiva. Além disso, afirmar que é necessário à legítima defesa um elemento subjetivo, nos leva a outra discussão, a respeito de seu alcance. Nesta seara, é importante saber, uma vez admitida a necessidade de um elemento subjetivo, se este somente se traduz no conhecimento da situação justificante, ou também na existência de vontade, ou seja, o objetivo de atuar em defesa própria ou de terceiro.

Outro aspecto interessante está na legítima defesa imprudente, ou seja, quando o defensor acaba sendo imprudente ao optar por determinada conduta, assim como quando ao defender-se com um golpe de coronha de uma arma, acaba disparando e acertando o agressor. Para nos explicar melhor esta situação, Busato cita os ensinamentos de Roxin, o qual afirma que de acordo com a jurisprudência alemã, esta aceitaria a legítima defesa imprudente quando para o mesmo caso fosse possível a legítima defesa intencional. Para tanto, o sujeito envolvido no caso deve ter consciência que estava diante de uma situação de agressão, e que pretendia se defender desta injusta agressão a um bem jurídico.⁶⁵

Apesar deste posicionamento de Roxin, ele mesmo admite a legítima defesa em casos que não há consciência da ação defensiva, citando como exemplo quando uma pessoa ao realizar a limpeza de manutenção de uma arma de fogo, acaba por disparar acidentalmente e acertar um indivíduo que estava prestes a causar uma injusta agressão. Neste caso, claramente não há intenção de se defender, mas

⁶⁴ SANTOS, 2008 apud BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2018. p.467.

⁶⁵ Ibidem, p.468.

acidentalmente o disparo efetuado acaba por acertar um indivíduo que causaria uma lesão a um bem jurídico, e, portanto, estaria a conduta pautada na legítima defesa, ainda que o agente defensor não tivesse consciência do fato.⁶⁶

Em que pese este seja o posicionamento de Roxin, a doutrina majoritária não reconhece este tipo de exemplo como uma situação de legítima defesa, afinal, a grande maioria reconhece o elemento subjetivo como essencial para o reconhecimento desta, e, sendo assim, no caso em tela estaria faltando este elemento. Porém, por óbvio, não existe desvalor nesta ação, sob um ponto de vista objetivo, não levando a punição do agente. Mas claramente neste caso, o que nos chama a atenção é que o elemento subjetivo que em tese deveria ser exigido, não o foi. Diante dessa controvérsia, Paulo César Busato acredita que a melhor orientação está nos ensinamentos de Juarez Tavares, o qual acredita ser possível admitir a legítima defesa nos casos da falta de consciência da atitude defensiva quando o resultado for necessário para repelir a agressão. Quando ultrapassar a chamada necessidade objetiva, devemos parar para o reconhecimento do erro no uso dos meios disponíveis. Vejamos o que diz o autor:

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.⁶⁷

Para Busato, é muito importante que a legítima defesa exija o elemento subjetivo como sendo a consciência e pretensão de defesa, porém não pode ser desvinculada da orientação geral da conduta.⁶⁸

Sobre a necessidade de um elemento subjetivo para o reconhecimento da legitimidade da defesa, André Estefam nos dá um exemplo para refletir sobre a necessidade desse elemento. Diz ele para pensarmos em uma situação que "A" quer se vingar se seu inimigo "B", e para tanto, passa a andar portando uma arma

⁶⁶ BUSATO, 2018, p.468.

⁶⁷ TAVARES, 2003 apud BUSATO, 2018, p.469.

⁶⁸ BUSATO, loc. cit.

de fogo. Em determinado dia, "A" avista "B" atrás de um muro, sendo possível somente visualizar sua cabeça, e, diante disso, efetua um disparo em direção a esta, vindo a matar "B". Posteriormente descobre-se que "B" também estava armado e prestes a disparar contra "C", e que o disparo proveniente de "A" salvara a vida de "C". Neste exemplo podemos claramente pensar em uma situação de legítima defesa de terceiros, porém não seria razoável, vez que "A" não tinha a consciência de que estava agindo em legítima defesa de "C". Para "A", este estava somente se vingando de seu inimigo, motivo pelo qual não pode ser aceita a legítima defesa sem que haja conhecimento da situação justificante da conduta defensiva.⁶⁹

Também é chamado de *animus defendendi* o elemento subjetivo da legítima defesa por Cláudio Brandão, o qual nos ensina que o este corresponde a vontade de defender os bens jurídicos que estão sendo atacados ou na iminência de serem atacados, quando no momento da reação de defesa. Desta feita, o elemento subjetivo deve ser concomitante com a ação de defesa. Diz ele que se a agressão já se encerrou, não há porque existir vontade de se defender, pois esta vontade somente ocorre quando está sob ataque ou em sua iminência. Caso haja uma conduta após a agressão já ter cessado não podemos falar em legítima defesa, mas sim em vingança.⁷⁰

De mesmo entendimento compartilha Fernando Galvão, o qual entende ser necessário o elemento subjetivo, embora não previsto no art. 25 do Código Penal, a partir da teoria finalista de Welzel. Vejamos o que diz o autor:

O desvalor da conduta lesiva somente estará excluído quando a reação defensiva for objetivamente necessária e subjetivamente conduzida pela vontade de defender-se. Portanto, não encontrará justificação a conduta que objetivamente se enquadrar na previsão legal da legítima defesa e que tenha sido conduzida somente pela vontade de lesionar um bem jurídico.⁷¹

Há também uma forma de pensar o elemento subjetivo da legítima defesa como sua existência sendo de presunção relativa. Sobre o tema, Miguel Reale Junior reconhece que a vontade de defender um bem jurídico deve ser elemento da legítima defesa, porém, diz ele que essa ideia de que o agente deve ser movido pela intenção de agir com o intuito de se defender pode ser presumida relativamente.

⁶⁹ ESTEFAM, 2017, p.292.

⁷⁰ BRANDÃO, 2010, p.216.

⁷¹ GALVÃO, 2013, p.316.

Sendo assim, somente uma prova em contrário, que comprove o fato do agente ter agido com intuito de agredir e não de se defender pode desconstituir o elemento subjetivo e, por conseguinte, excluir a legítima defesa.⁷²

Já para Jacson Zilio, embora este reconheça que a maior parte da doutrina exija o elemento subjetivo da legítima defesa, este defende que não há necessidade de se exigir este elemento. Segundo ele ninguém seria obrigado a saber que está agindo em legítima defesa, mas sim que está sendo agredido ou está na iminência de ser agredido, colocando em risco um bem jurídico, motivo pelo qual deve se defender, ainda que para tanto lese também o bem jurídico do agressor. Diz ele que o agente que está exercendo um direito não precisa necessariamente saber que está de acordo com o ordenamento jurídico. Diferente seria o caso de alguém que queira agir ilícitamente, que deve saber que está cometendo um delito contrário a norma. Essas são situações distintas e que não podem ser comparadas. Vejamos o que diz o autor:

Portanto, as causas da justificação não exigem elementos subjetivos. Não é necessário que o sujeito agredido queira atuar em legítima defesa. Basta que o sujeito saiba que está sendo atacado para que a defesa legítima seja aceita. Obviamente, esses postulados são válidos não apenas para legítima defesa, mas para todas as causas de justificação.⁷³

Ainda que Jacson Zilio pense dessa forma, de modo geral todos os autores citados tendem a entender que, a partir da teoria finalista de Welzel, é exigido o elemento subjetivo da legítima defesa, que, em tese, também é admitido por Jacson Zilio quando este diz que o agente deve estar em uma situação de agressão. Com base na maioria dos autores, deve o agente saber que está sob uma situação de agressão ou iminência desta, bem como tem a vontade de agir com uma conduta defensiva, com o intuito de garantir a preservação do bem jurídico atacado.

⁷² REALE JR., 2012, p.158.

⁷³ Tradução livre de: "*Por tanto, las causas de justificación no exigen elementos subjetivos. Nos es necesario que el sujeto agredido quiera actuar en legítima defensa. Basta que el sujeto sepa que está siendo agredido para que se acepte la legítima defensa. Evidentemente, estos postulados valen no solamente para la legítima defensa, sino para todas las causas de justificación.*" (ZILIO, 2012, p.183-184).

2.4 LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

A legítima defesa putativa, para Cezar Roberto Bittencourt, trata-se de uma situação de erro, em que o agente acredita estar diante de uma agressão injusta, atual ou iminente, ou seja, ele se imagina em uma situação desta natureza, o que lhe autoriza legalmente a repelir tal ameaça. Para que isso possa ser possível, esta hipótese de legítima defesa pressupõe que o agente age de maneira sincera, tendo convicção de que está agindo para se defender. O equívoco cometido pelo agente pode ser quanto a existência ou a atualidade da agressão que imagina estar se defendendo legitimamente. O autor exemplifica tal hipótese:

Imagine-se o clássico exemplo do sujeito que após ter sido assaltado diversas vezes dispara contra a pessoa que tenta saltar o muro de sua residência, causando-lhe lesões corporais, constatando, finalmente, que não era um assaltante, mas o seu próprio filho que voltava para casa, tarde da noite, sem as chaves.⁷⁴

Ainda para o autor, no caso da legítima defesa putativa, para que o agente possa ser isento de pena, o que deve ser analisado é a inevitabilidade do erro, ou seja, se realmente não era possível com um pouco de cuidado e prudência o agente identificar a realidade e não incidir em erro.⁷⁵

Podemos entender, com base nos ensinamentos de Fernando Capez, que a legítima defesa putativa se trata de uma de uma situação em que o agente imagina estar se defendendo, porém, acaba por causar uma agressão injusta a outrem. Comenta o autor, que, inclusive, a pessoa que está sofrendo a agressão injusta, pode se defender, se utilizando da legítima defesa, afinal, somente foi agredido por conta da imaginação do outro agente.⁷⁶

No caso deste tipo de legítima defesa, diz Cláudio Brandão, que ela exclui a culpabilidade da ação, diferente da legítima defesa real, em que se exclui a antijuridicidade. De acordo com o autor, ao imaginar, por erro, a existência de uma

⁷⁴ BITENCOURT, 2017, p.436.

⁷⁵ BITENCOURT, loc. cit.

⁷⁶ CAPEZ, 2017, p.303.

agressão que não existe, o agente comete uma agressão, e se comprovado que ocorreu desta forma, podemos pensar na legítima defesa putativa, excluindo a culpabilidade.⁷⁷

Para Busato, trata-se de uma falsa percepção da situação justificante pelo sujeito, em que na verdade não existe, sendo, portanto, amparada por uma hipótese de erro, prevista no art. 20, § 1.º e art. 21 do Código Penal.⁷⁸

Acrescenta Damásio de Jesus ao que nos ensinou Brandão, dizendo que nas hipóteses de legítima defesa putativa, se exclui a culpabilidade ou a tipicidade do fato, vejamos:

Há legítima defesa putativa quando o agente, por erro de tipo ou de proibição plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe encontrar-se em face de agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou de outrem. Não exclui a ilicitude do fato, mas a tipicidade do fato ou a culpabilidade do agente.⁷⁹

De modo geral, os autores citados têm o mesmo entendimento a respeito do tema, concluindo que esta hipótese de legítima defesa putativa, somente ocorre quando o agente incide em erro, incidindo o art. 20, § 1.º do Código Penal, o qual prevê as discriminantes putativas, isentando-o de pena.

⁷⁷ BRANDÃO, 2010, p.216.

⁷⁸ BUSATO, 2018, p.470.

⁷⁹ JESUS, 2013, p.429.

3 DIREITO PENAL MILITAR

3.1 HISTÓRICO

Não se sabe ao certo qual foi o marco da criação de um Direito Penal Militar, afinal, este surgiu paralelamente ao Direito Penal Comum, devido à necessidade junto às operações militares dos exércitos, seja na defesa do território, seja na expansão deste. Podemos afirmar, de acordo com Cícero Coimbra Neves, que o Direito Penal Militar surgiu juntamente com o aparecimento dos primeiros exércitos, sendo que suas ações em tempo de guerra necessitavam ser julgadas por uma justiça especializada, tanto pelo seu caráter especial, bem como pela celeridade.⁸⁰

O autor cita que Univaldo Corrêa tem a mesma visão sobre o surgimento de um direito castrense, complementando que era necessário manter os soldados dos exércitos disciplinados, e diante do cometimento de crimes, estes fossem severamente punidos, com aplicações de sanções imediatas. Para Cícero, ainda que o Direito Penal Comum tenha influencias para a criação do Direito Penal Militar e ambos tenham surgido paralelamente, o principal motivo para sua criação seria a necessidade de uma apreciação do crime por um ângulo diverso, observando as peculiaridades da ação dos exércitos.⁸¹

Diante desse modo de pensar, teríamos que saber, para definir a época de seu surgimento, quando surgiu o início da atividade bélica pelo ser humano, e, para tanto, José da Silva Loureiro Neto nos auxilia, ensinando que em alguns povos da antiguidade já era possível identificar a existência de delitos militares, sendo o julgamento feito pelos próprios militares, tal como na Índia, Atenas, Pérsia, Macedônia e Cartago. Porém, teria sido em Roma, com a criação de seu exército e sede por expansão territorial que o direito castrense teria adquirido vida própria. O autor dividi em quatro fases sua evolução história, vejamos:

- a) Época dos Reis, em que os soberanos concentravam em suas mãos todos os poderes, inclusive o de julgar.
- b) Segunda fase, em que a justiça militar era exercida pelos Cônsules, com poderes de imperium majus. Abaixo dele, havia o Tribuno militar, que

⁸⁰ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.35-36.

⁸¹ Ibidem, p.36.

possuía o chamado *imperium militae*, que simbolizava a dupla reunião da justiça e do comando.

c) Terceira fase, época de Augusto, em que a justiça militar era exercida pelos prefeitos do pretório, com jurisdição muito ampla.

d) Quarta fase, época de Constantino, em que foi instituído o *Consilium*, com a função de assistir o juiz militar. Sua opinião era apenas consultiva (GUSMÃO, 1915:223).⁸²

Inicialmente as penas eram bastante rígidas, tendo inclusive como sanção o castigo corporal até a morte, que somente foi abolido com a Lei n.º 2.556, de 26 de setembro de 1874, no art. 8.º, e pelo Decreto n.º 3, de 15 de novembro de 1889, em seu art. 2.º.⁸³

Era possível verificar a existência de um Direito Penal Militar na Grécia, porém era bastante difícil de diferenciá-lo do comum, afinal, todos os cidadãos eram considerados soldados da pátria, e a atividade de guerrear era considerada nobre. Inicialmente a justiça militar era exercida por Archonte, que era um juiz sacerdote.⁸⁴

Foi então, de acordo com Loureiro Neto, com a Revolução Francesa que tivemos a regulamentação das relações entre o poder militar e o poder civil, consagrando os princípios da jurisdição militar moderna, deixando de lado o caráter feudal, para entender como uma restrição de foro conforme as pessoas e a matéria.⁸⁵

No Brasil, a legislação castrense naturalmente se pautou em tudo que já fora dito, porém, em especial teve sua origem com a legislação penal portuguesa. Esta, por sua vez, teve fortes influências do Direito Romano, e veio para o Brasil durante a colonização. Esta normatização portuguesa, sob a égide do Direito Romano chegou ao Brasil através de Ordenações do Reino, em especial as Filipinas.⁸⁶

Porém, foi em 1969, quando o General Arthur da Costa e Silva, Presidente da República, sofreu um derrame, que uma Junta Militar composta por integrantes das três Forças Armadas, quais sejam, o General Aurélio de Lyra Tavares, o Almirante Augusto Hamann Rademaker Grunewald e o Brigadeiro Márcio de Souza e Mello, através do Ato Institucional n.º 16, deixaram vagos os cargos de Presidente e Vice-presidente da República e assumiram o governo. Durante o governo desta Junta militar, na data de 21 de outubro de 1969, houve o nascimento do Decreto-Lei n.º 1001, o

⁸² LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito penal militar**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.3.

⁸³ *Ibidem*, p.4.

⁸⁴ LOUREIRO NETO, loc. cit.

⁸⁵ LOUREIRO NETO, loc. cit.

⁸⁶ NEVES; STREIFINGER, 2014, p.40-41.

Código Penal Militar, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1970, o qual está em vigor até os dias de hoje, tendo sofrido somente algumas poucas alterações.⁸⁷

3.2 CONCEITO

O direito penal militar precisou ser criado a parte do direito penal comum devido a uma série de peculiaridades. Para Jorge Cesar de Assis, cada uma das normas reguladoras da sociedade é feita do meio de onde provém e para o qual se destinam, e, no caso do direito penal militar, é voltado a caserna, ou de um modo amplo, as áreas sob administração militar.⁸⁸

Com base nisso, nos ensina Cícero que a missão dos militares é complexa, e exige que seus agentes sejam, em seu cumprimento, eivados de abnegação, robustez e coragem dignas de odisseia. Para que essas características se desencadeiem, é necessário a instigação, o que o autor chama de uma "fagulha" que dá início a uma combustão. Esta última representa a força de vontade, a ordem e a determinação no cumprimento da missão que lhe dada. Para o sucesso no cumprimento das missões, essencial é a hierarquia e a disciplina, acompanhadas da fiel obediência de seus agentes. Porém, diante da chama que se ergue é necessário que hajam freios, para aqueles que saírem das raias da hierarquia e disciplina, evitando assim atos lesivos, tanto quanto a sociedade em geral, como dentro da própria administração militar. Para este controle existe o Direito Administrativo Disciplinar Militar, porém certas condutas exigem uma repressão ainda mais rígida, afinal, quando se coloca em perigo um bem jurídico penal grandioso, se justifica o desencadeamento da persecução criminal, a qual vem disciplinada pelo Direito Penal Militar.⁸⁹

Para o autor, o conceito de Direito Penal Militar mais adequado seria:

[...] conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a determinação de infrações penais, com suas conseqüentes medidas coercitivas em face da violação, e, ainda, pela garantia dos bens juridicamente tutelados, mormente

⁸⁷ NEVES; STREIFINGER, 2014, p.43.

⁸⁸ ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar**: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra. 9.ed. Curitiba: Juruá, 2017. p.56.

⁸⁹ NEVES; STREIFINGER, op. cit., p.69-70.

a regularidade de ação das forças militares, proteger a ordem jurídica militar, fomentando o salutar desenvolver das missões precípuas atribuídas às Forças Armadas e às Forças Auxiliares.⁹⁰

Complementa o conceito acima descrito Jorge Cesar de Assis, dizendo que este ramo especial do direito determina quais as condições necessárias para a responsabilidade penal do agente, bem como as hipóteses de sua exclusão.⁹¹

Para Fernando Galvão, complementando o que diz Cícero, o Direito Penal Militar é uma especialização do Direito Penal, que foi criada devido a necessidade de atender a determinadas peculiaridades das atividades militares. O autor cita o conceito de Jorge Alberto Romero, conforme segue: "Nesse sentido, Jorge Alberto Romero o define como o complexo de normas jurídicas destinadas a assegurar a realização dos fins essenciais das instituições militares".⁹²

Para além do conceito, diz Fernando Galvão, devemos entender que a construção social do direito penal de modo geral está sempre ocorrendo, conforme uma constante reavaliação que deve ser feita a respeito de suas proposições e fontes de legitimidade, tudo isso com o objetivo de realizar a justiça.⁹³

3.3 CRIMES MILITARES

Conforme preceitua a Constituição de 1988, em seus art. 124 e 125, para definirmos o que deve se enquadrar como crime militar, devemos utilizar o critério *ratione legis*, ou seja, diferentemente do que antigamente era resolvido através do critério subjetivo, em que devia haver ligação com a conduta ou qualidade de ser militar, a partir da utilização deste critério, crime militar é somente o que a lei define como tal. Nesta explicação Fernando Galvão acrescenta que se levarmos como base o direito positivo brasileiro, a doutrina entende como crime militar aqueles previstos no Código Penal Militar que vem a lesionar bens ou interesses que tenham relação com a missão constitucional das instituições militares.⁹⁴

⁹⁰ NEVES; STREIFINGER, 2014, p.70.

⁹¹ ASSIS, 2017, p.56.

⁹² ROMEIRO, 1994 apud GALVÃO, Fernando. **Direito penal militar**: teoria do crime. 2.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p.17.

⁹³ GALVÃO, loc. cit.

⁹⁴ Ibidem, p.66.

Ainda de acordo com o autor, este conceito tem que ser revisto, devido a uma alteração no Código Penal Militar, feita por meio da Lei n.º 13.491, de 13 de outubro de 2017, a qual alterou o inciso II do art. 9.º do Código Penal Militar, passando a atribuir natureza de crime militar não somente os previstos neste código, mas em toda legislação penal brasileira, quando praticados nas condições expressamente enumeradas no referido artigo, identificando atividades que seriam praticadas em um contexto estritamente militar. Para Galvão, o objetivo do legislador ao fazer tal alteração demonstrou o interesse de manter o padrão de qualidade dos serviços prestados a sociedade pelas instituições militares, e não somente a preocupação com os aspectos internos da caserna.⁹⁵

Fernando Galvão ainda nos apresenta um conceito recente, baseado nesta alteração legal, vejamos:

Agora, deve-se entender por crime militar a infração penal prevista no Código Penal Militar ou na legislação penal que lhe seja extravagante e que lesiona bens jurídicos por meio da inadequada realização das atividades inerentes às instituições militares no cumprimento da missão constitucional, neles incluídos os que interessam à existência e ao regular funcionamento das instituições militares, como os seus princípios organizacionais da disciplina e da hierarquia.⁹⁶

A respeito do critério para estabelecer o que são crimes militares, acrescenta Loureiro Neto que, com o passar dos anos, o conceito se ampliou, adquirindo o que o autor chama de uma elasticidade quase sem limites. Para ele, portanto, da mesma forma que Galvão, crime militar é todo aquele que a lei assim o reconhece.⁹⁷

3.3.1 Crimes Propriamente Militares

A distinção de crime militar próprio e impróprio surgiu devido a Constituição Federal, em seu art. 5.º, inciso LXI, quando esta dispensa o flagrante, assim como a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, somente para crimes militares próprios. Além da Constituição Federal, o próprio Código Penal Comum,

⁹⁵ GALVÃO, 2018, p.66.

⁹⁶ GALVÃO, loc. cit.

⁹⁷ LOUREIRO NETO, 2010, p.18.

em seu art. 64, inciso II, faz esta distinção ao estabelecer que não há reincidência nas hipóteses em que o crime anterior for propriamente militar.⁹⁸

O crime militar próprio, para Galvão, que pode também ser chamado de crime militar puro, crime essencialmente militar ou crime propriamente militar, tem a origem de sua definição no Direito Romano, sendo aquele que somente os militares podem cometer, tendo por base a peculiaridade da qualidade funcional de militar, bem como o bem jurídico defendido, que será o serviço, a disciplina, a administração ou a economia militar. Devido a especificidade desses delitos, não há previsão de incriminação pelas mesmas condutas na legislação penal comum.⁹⁹

Jorge Cesar de Assis apresenta um conceito enxuto e direto de crime militar próprio, qual seja, "Crimes propriamente militares seriam então os contra a autoridade ou a disciplina militar ou contra o serviço e o dever militar." Este conceito se deve ao fato de que alguns crimes que somente estão previstos no Código Penal Militar também podem ser cometidos por civis, como por exemplo o crime de violência contra militar de serviço, previsto no art. 158 do CPM.¹⁰⁰

Para melhor explicar a definição de crime propriamente militar, Loureiro Neto cita uma frase de Esmeraldino Bandeira que o resume de forma objetiva, vejamos: "Por isso entendemos que os crimes puramente militares somente compreendem aqueles que só podem ser cometidos por militares, que na lição de Esmeraldino Bandeira constituem 'um resíduo de infrações irredutíveis ao direito comum'".¹⁰¹

Levando em consideração esta definição, somos levados a acreditar que um civil jamais poderia cometer um crime militar, e deste entendimento corrobora Célio Lobão, afinal, para ele, um civil jamais seria capaz de ofender a bens jurídicos tutelados pelas normas dos crimes militares próprios, porém, para Galvão, o autor está equivocado, afinal deixou de pensar na hipótese em que o civil comete o crime em concurso com o militar. Em que pese não seja possível o fazer sozinho, ao praticar o crime em concurso com um militar, como por exemplo o de violência contra

⁹⁸ GALVÃO, 2018, p.67.

⁹⁹ GALVÃO, loc. cit.

¹⁰⁰ ASSIS, 2017, p.114.

¹⁰¹ LOUREIRO NETO, 2010, p.19.

superior, previsto no art. 157 do CPM, ocorre a comunicabilidade da característica pessoal de militar, motivo pelo qual o civil também terá cometido crime militar.¹⁰²

Diferentemente dos autores citados, optando pela teoria processual de Jorge Alberto Romeiro, Cícero Coimbra Neves define os crimes propriamente militares da seguinte maneira:

Acompanhando, portanto, o mestre Romeiro, desde que feitas as ressalvas acima, entendemos ser propriamente militar o crime cuja ação penal somente possa ser proposta em face de um militar, isso com foco no tipo penal verificado, no momento da ação ou da omissão do agente.¹⁰³

Para o autor, quando este afirma que devemos ter foco no tipo penal verificado, quer dizer que para utilizar essa teoria, o crime deve ser estudado de maneira abstrata, e não o caso em concreto.¹⁰⁴

Apesar deste outro modo de pensar, a maioria dos autores entende por crime propriamente militar, como sendo aquele que somente pode ser praticado por militar, podendo haver algumas exceções, conforme visto acima.

3.3.2 Crimes Impropriamente Militares

Para Galvão, desde o advento da Lei n.º 13.491/2017, a qual alterou a redação de alguns artigos do Código Penal Militar, devemos entender como crime impropriamente militar aqueles inicialmente propostos para punir civis, porém, quando cometidos por militares em uma das condições do art. 9.º do Código Penal Militar, ficam evidentes desvios na execução de suas atividades em prol da sociedade.¹⁰⁵

Com um conceito bem próximo do apresentado, Jorge Cesar de Assis afirma que o crime militar impróprio é aquele que tem previsão concomitante no Código Penal Militar e na legislação penal comum, mesmo que de forma um pouco diversa, podendo, em tese, ser cometido por civil. Diz o autor que o crime impropriamente militar nada mais é que um crime comum, que devido a uma previsão legal,

¹⁰² GALVÃO, 2018, p.67-68.

¹⁰³ NEVES; STREIFINGER, 2014, p.95.

¹⁰⁴ NEVES; STREIFINGER, loc. cit.

¹⁰⁵ GALVÃO, op. cit., p.68.

especificamente as condições estabelecidas pelo art. 9.º do Código Penal Militar, obtém caráter de delito especial.¹⁰⁶

Apesar deste posicionamento da legislação penal brasileira, existem autores como Chrysólito de Gusmão, que há muito tempo criticam essa distinção. Para ele, ao cometer um crime previsto na legislação penal comum, não eram ofendidos os bens jurídicos tipicamente militares, dentre eles a disciplina, hierarquia, ordem e administração militar. Complementa que bastava que houvesse uma agravante na penalidade do crime comum quando esta fosse praticada por militar, e no Código Penal Militar somente deveriam estar previstos os crimes propriamente militares.¹⁰⁷

Ainda, Galvão diz que podemos dividir os crimes impropriamente militares em três espécies, quais sejam, os crimes previstos exclusivamente no Código Penal Militar, os crimes previstos unicamente na legislação penal extravagante, e, por fim, os crimes que possuem igual definição no Código Penal Militar e na legislação extravagante, desde que dentro dos requisitos exigidos pelo inciso II do art. 9.º do Código Penal Militar.¹⁰⁸

3.3.3 Crimes Militares em Tempo de Paz

Quando falamos em crimes militares em tempo de paz, basta olharmos para o art. 9.º, incisos I, II e III do Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar, para definirmos em quais hipóteses este irá se configurar. De acordo com Cícero Robson Coimbra Neves, é fundamental conhecer o que disciplina este artigo, afinal, ele irá esclarecer casos em que a conduta típica satisfaz um tipo penal militar e um tipo penal na legislação comum.¹⁰⁹

Vejamos o que diz o art. 9.º, incisos I, II e III do Código Penal Militar:

Art. 9.º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

¹⁰⁶ ASSIS, 2017, p.114.

¹⁰⁷ SANTOS, 1915 apud ASSIS, 2017, p.114-115.

¹⁰⁸ GALVÃO, 2018, p.68.

¹⁰⁹ NEVES; STREIFINGER, 2014, p.262.

- a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
- b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;
- d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;
- f) revogada.

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

- a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;
- b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;
- c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
- d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Para Cícero, nos incisos I e II do dispositivo legal acima, estão previstas as hipóteses de crimes praticados por militares da ativa, e no inciso III, as hipóteses de crimes militares cometidos por militares inativos ou civis. Por militares inativos devemos entender os que pertençam a reserva remunerada ou o reformado. Observemos que no inciso I e II não está escrito que são hipóteses de crimes cometidos por militares da ativa, porém, de acordo com o autor, o fato de no inciso III estar se referindo a militares inativos e civis, por contraposição, é possível presumir que os incisos I e II se tratam de militares ativos.¹¹⁰

3.3.4 Crimes Militares em Tempo de Guerra

Os crimes militares em tempo de guerra são disciplinados pelo art. 10 do Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar, conforme segue:

¹¹⁰ NEVES; STREIFINGER, 2014, p.266.

Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:
 I - os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;
 II - os crimes militares previstos para o tempo de paz;
 III - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente:
 a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;
 b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;
 IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado.

De acordo com Fernando Galvão, o art. 15 do Código Penal Militar explica que o tempo de guerra se inicia com a declaração ou o reconhecimento do estado de guerra, ou, ainda, com o decreto de mobilização, desde que esteja compreendido neste o seu reconhecimento, terminando quando for ordenada a cessação das hostilidades. Ressalta o autor que a teoria do crime aplicada a essa modalidade de crimes é a mesma para os do tempo de paz, somente se modificando as formas de ataque aos bens jurídicos afetados, motivo pelo qual o art. 20 do mesmo diploma disciplina que as penas cominadas para os crimes em tempo de guerra são os mesmos para os tempos de paz, acrescidos de um terço.¹¹¹

3.4 JULGAMENTO DE CRIMES MILITARES DOLOSOS CONTRA A VIDA

Ao analisar os crimes militares dolosos contra a vida praticados contra civis, nos ensina Fernando Galvão que devemos tomar cuidado devido a situação estar mal resolvida no ordenamento jurídico, e, ainda após o advento da Lei n.º 13.491/2017, as dificuldades não foram superadas.¹¹²

Para entendermos essas dificuldades, Fernando Galvão explica que devido ao aumento significativo de crimes praticados por policiais militares contra civis no exercício de suas funções, foi realizada uma mudança pela Lei n.º 9.299/96, no art. 9.º do Código Penal Militar, bem como no art. 82 do Código de Processo Penal Militar, com o intuito de alterar a competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida para a Justiça Comum, desonerando a Justiça Militar neste aspecto.

¹¹¹ GALVÃO, 2018, p.71.

¹¹² Ibidem, p.88.

Essa alteração de competência violou a Constituição Federal, afinal, em seu art. 124 já era previsto que era competência da Justiça Militar da União o julgamento de crimes militares previstos em lei, bem como o art. 125, § 4.º, determinava, no âmbito estadual, que os crimes militares previsto em lei, praticados por policiais militares ou bombeiros militares, eram de competência da Justiça Militar Estadual para seu processamento e julgamento. Vejamos o que diz o autor:

A competência da Justiça Militar somete poderia ter sido modificada em decorrência de Emenda Constitucional que, excepcionalmente atribuísse à Justiça Comum o julgamento dos crimes militares dolosos contra a vida de civil ou de lei ordinária que alterasse a definição de crime militar, para dela excluir os crimes dolosos contra a vida de civis. Por isso, o Superior Tribunal Militar, no Recurso Criminal n.º 6.348-5, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei 9.299/96, no que se refere ao julgamento do crime militar pela Justiça Comum.¹¹³

Deste modo, ainda que houvesse esse problema, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o crime de homicídio praticado contra civil, com a natureza de crime militar, teria sido retirado da competência da Justiça Militar, e, de mesmo entendimento, compartilhou o Superior Tribunal de Justiça.

Do mesmo modo, Cícero Robson Coimbra Neves afirma que a Lei n.º 9.299/96 é inconstitucional, vez que afrontou mandamento expresso da Constituição Federal, nos arts. 124 e 125, § 4.º. Tal entendimento fica evidenciado quando verificada a incidência do princípio da supremacia da Constituição. Nos ensina o autor:

No caso da Lei n.º 9.299/96, o que se viu foi a materialização dessa inconstitucionalidade, uma vez que referida Lei, lei ordinária, alterou, em 1996, a competência de julgamento de crimes militares dolosos contra a vida de civis que era conferida, constitucionalmente, às Justiças Militares, relativizando e conspurcando o princípio do juiz natural.¹¹⁴

Posteriormente, com o advento da Emenda Constitucional n.º 45, a redação do § 4.º do art. 125 da Constituição Federal foi alterada, deixando expressamente previsto que era de competência do Tribunal do Júri da Justiça Comum quando a vítima for um civil. Comenta Fernando Galvão que, ainda diante desta alteração, a redação não era esclarecedora por completo, porém, com um esforço hermenêutico

¹¹³ GALVÃO, 2018, p.89.

¹¹⁴ NEVES; STREIFINGER, 2014, p.349.

foi possível concluir que de fato os crimes militares dolosos contra a vida de civil seriam de competência da justiça comum.¹¹⁵

A respeito dessa Emenda, Cícero Robson Coimbra Neves concorda que resolveu a questão da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 9.º do Código Penal Militar, ficando clara a competência do Tribunal do Júri, da justiça comum para o julgamento de crimes militares dolosos contra a vida, ficando somente a dúvida a respeito da possibilidade da criação de um Tribunal do Júri dentro da justiça militar, porém isto se trata de outra discussão.¹¹⁶

Em 2017, foi realizada a última alteração até o momento do art. 9.º do Código Penal Militar, através da Lei n.º 13.491/2017, a qual substituiu o parágrafo único do referido artigo, acrescentando dois parágrafos, o primeiro falando a respeito da competência para julgamento de crimes militares dolosos contra a vida praticados por militares do estado, e o parágrafo segundo, a respeito dos militares da União, ambos quando cometidos contra civis.¹¹⁷

De acordo com o § 1.º, portanto, os crimes cometidos por militares contra civis, quando dolosos contra a vida, e dentro das hipóteses do art. 9.º, serão de competência do Tribunal do Júri. Diante deste novo texto, para Fernando Galvão, deveriam ser instituídos Tribunais do Júri da Justiça Militar, pois o Código Penal Militar não poderia determinar de maneira válida que a Justiça Comum seja responsável por julgar crimes desta natureza. Para o autor, essa alteração poderia ter alterado a definição de crime militar, mas não o fez, reafirmando a natureza de militar do crime de homicídio, quando praticado por militar contra civil, e, desta forma, seria competência da Justiça Militar. Como a dificuldade para criar um Tribunal do Júri na Justiça Militar seria grande, a jurisprudência se encarrega de interpretar os textos má redigidos das leis, reconhecendo que, de maneira implícita, o § 1.º do art. 9.º do Código Penal Militar teria retirado a natureza de militar do crime doloso contra a vida praticado por militar.¹¹⁸

Para Jorge Cesar de Assis, a alteração do § 1.º do art. 9.º, não trouxe alterações para os militares estaduais, afinal o art. 125, § 4.º da Constituição Federal já faz a ressalva quanto a competência do júri. Além dos militares estaduais, aos

¹¹⁵ GALVÃO, 2018, p.89-90.

¹¹⁶ NEVES; STREIFINGER, 2014, p.353.

¹¹⁷ GALVÃO, op. cit., p.90.

¹¹⁸ Ibidem, p.90-91.

federais também se aplica esse artigo, desde que não estejam dentro das condições estabelecidas pelo parágrafo 2.º do art. 9.º.¹¹⁹

O parágrafo 2.º do art. 9.º do Código Penal Militar versa a respeito da competência da Justiça Militar da União para o processo e julgamento de crimes cometidos por militares das Forças Armadas, dolosos contra a vida de civis, restringindo para os casos especificados neste parágrafo. Para Galvão, o problema está nesta restrição, tendo em vista que o referido parágrafo reafirma o fato de que crimes dolosos contra a vida, cometidos por militares contra civis, são crimes militares. Se levarmos em conta o contido no art. 124 da Constituição Federal, é da Justiça Militar da União a competência para o julgamento de crimes militares, e, sendo assim, não poderíamos ter uma restrição como o legislador o fez. Nos incisos do parágrafo 2.º do art. 9.º do Código Penal Militar, temos uma série de hipóteses em que ocorre o emprego excepcional das Forças Armadas, em tempo de paz, afirmando a necessidade de submeter o exame de tais situações à Justiça Especializada Militar. Vejamos a crítica do autor:

O problema que se apresenta no exame do parágrafo 2.º do art. 9.º do CPM diz respeito à restrição de competência que estabelece. Conforme a sua disposição, se o crime doloso contra a vida de civil não for praticado nas circunstâncias que enumera, o respectivo processo não será da competência da Justiça Militar da União, mas sim do Tribunal do Júri da Justiça Federal. E, novamente, tem-se que a lei ordinária inobservou o disposto no art. 124 da Constituição para retirar da competência da Justiça Militar da União alguns crimes militares dolosos contra a vida de civis.¹²⁰

Outra crítica feita a este dispositivo, arguida por Jorge Cesar de Assis, está na diferenciação feita entre o emprego das Forças Armadas e dos militares estaduais, tendo em vista que o crime de homicídio se apresenta da mesma forma em todas as partes do mundo, independente de quem é o sujeito ativo. Ainda para o autor, as circunstâncias de emprego das Forças Armadas elencadas nos incisos do parágrafo 2.º do art. 9.º do Código Penal Militar seriam as mesmas enfrentadas pelos militares estaduais em sua aplicação rotineira. Observemos o que diz o autor:

¹¹⁹ ASSIS, Jorge Cesar de. **Crime militar e processo**: comentários à Lei 13.491/2017. Curitiba: Juruá, 2018. p.82-83.

¹²⁰ GALVÃO, 2018, p.92.

Ora, do ponto de vista ôntico (*se é que podemos filosofar neste sentido*) um homicídio doloso apresenta-se da mesma forma, em qualquer parte do mundo, independente inclusive do fato da vítima ser militar ou civil ou, do fato do agente ativo ser militar federal ou estadual.¹²¹

De maneira a resolver tal impasse, para Galvão, bastaria que o parágrafo 2.º do art. 9.º do Código Penal Militar se restringisse a estabelecer que os crimes cometidos nas hipóteses deste dispositivo legal caracterizariam crime militar. Como não o fez, novamente a jurisprudência possivelmente fará o reconhecimento de que, implicitamente, o artigo em questão retirou a natureza de militar dos crimes dolosos praticados contra a vida de civil, desde que não praticados nas hipóteses enumeradas.¹²²

¹²¹ ASSIS, 2018, p.83.

¹²² GALVÃO, 2018, p.92.

4 PRESUNÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA NOS CRIMES MILITARES

4.1 PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 352 DE 2017

Na data de 26 de setembro de 2017, o Senador José Antônio Medeiros, apresentou o Projeto de Lei do Senado n.º 352 de 2017, o qual foi apelidado de "Lei do Abate", propondo a adição de um parágrafo único ao art. 25 do Código Penal, com o qual se passaria a presumir a legítima defesa de terceiros, quando o agente de segurança pública mata ou lesiona alguém que esteja portando, de forma ilegal e ostensivamente, arma de fogo de uso restrito. Vejamos o texto e a ementa da alteração proposta:

Altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para presumir a legítima defesa quando o agente de segurança pública mata ou lesiona quem porta ilegal e ostensivamente arma de fogo de uso restrito. O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1.º O art. 25 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigor acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 25.

Parágrafo único. A legítima defesa se presume quando o agente de segurança pública mata ou lesiona quem porta, ilegal e ostensivamente, arma de fogo de uso restrito. (NR)¹²³

Na justificativa do projeto é explicado que com a alteração seria criada uma presunção jurídica de legítima defesa, que pode ser de terceiros ou da sociedade, nas hipóteses que um agente de segurança pública mata ou lesiona quem porta ilegalmente arma de fogo de calibre restrito, pois isso representaria um perigo direto e iminente a integridade da sociedade que esteja próximo do fato.

Ainda na justificativa, é retirado do Decreto n.º 3.665/2000 as características da arma de fogo de calibre restrito, vejamos:

O Anexo do Decreto n.º 3.665, de 2000, que trata da fiscalização de produtos controlados no Brasil, elenca as características das armas de uso restrito: automáticas, com munição que tenha, na saída do cano, energia superior a determinado valor de referência, determinado valor mínimo de calibre etc. Esse armamento militar eleva a capacidade de dissuasão e intimidação

¹²³ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado n.º 352, de 2017. Altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para presumir a legítima defesa quando o agente de segurança pública mata ou lesiona quem porta ilegal e ostensivamente arma de fogo de uso restrito. Disponível em: <goo.gl/5PZCfK>. Acesso em: 19 ago. 2018.

social, provoca maiores danos físicos, aumenta a probabilidade de morte, reduz a capacidade de defesa, desafia os órgãos de segurança pública, reduzindo sua capacidade de controle social, e assegura o cometimento de outros crimes.¹²⁴

Por fim, na justificativa é solicitado o apoio dos demais parlamentares, tendo em vista que tal alteração representaria um importante avanço para a legislação penal.

O projeto, ao ser encaminhado a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), teve como relator, nomeado pelo presidente da comissão, o Senador Wilder Moraes, o qual apresentou relatório com voto pela aprovação do projeto. Neste, diz o senador que o projeto em questão atende uma necessidade urgente dos policiais que estão amarrados pela burocracia do tráfico de drogas. Ainda, que a análise tem por objeto a constitucionalidade, juridicidade, regimentalidade, técnica legislativa e mérito das proposições a ela prometidas. Wilder Moraes não vislumbrou nenhuma ofensa material ou formal a Constituição Federal, nem qualquer vício que impedissem a tramitação do projeto.

Quanto ao mérito, o Senador Wilder Moraes se mostrou favorável à alteração, tendo em vista que o armamento de uso restrito é obtido, via de regra, por meio do tráfico internacional de armas de fogo. Faz, ainda, uma comparação do número de mortos na guerra da Síria, que se equipara as do Brasil decorrentes do tráfico de drogas. Diz ele que diante da realidade atual, é necessário dar essa autonomia ao policial, que diariamente se encontra em situações de risco e teme por agir devido a possibilidade de ser investigado, afastado das funções e até condenado.

Wilder Moraes ironiza e critica a Diretriz Ministerial n.º 15/2010, de 4 de dezembro de 2010, dizendo que de acordo com ela, a exigência para utilização de armamento letal nas operações policiais é muito rígida, e caso haja o descumprimento de qualquer das regras estabelecidas pode sofrer gravíssimas consequências. Para ele, o fato da decretação da intervenção federal na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, evidencia ainda mais a necessidade de proporcionar essa segurança jurídica ao agente de segurança pública, pedindo, com estes argumentos, a aprovação do projeto de lei.

¹²⁴ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado n.º 352, de 2017. Altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para presumir a legítima defesa quando o agente de segurança pública mata ou lesiona quem porta ilegal e ostensivamente arma de fogo de uso restrito. Disponível em: <goo.gl/5PZCfK>. Acesso em: 19 ago. 2018.

É possível notar que tanto na justificativa do projeto, bem como no relatório do senador relator designado da CCJ, não são utilizados argumentos jurídicos para demonstrar a necessidade da alteração, sendo somente exposta a atual situação do Brasil quanto à segurança pública, em especial os acontecimentos decorrentes da decretação da intervenção federal na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro e a rotineira guerra contra o tráfico de drogas.

Isso representa um problema, pois do ponto de vista pessoal de ambos os senadores, pode parecer plenamente possível tal alteração legal, porém, do ponto de vista jurídico, vários institutos deveriam ter sido analisados, tal como as cláusulas pétreas da Constituição Federal, em especial o direito à vida e ao devido processo legal.

4.2 A PROBLEMÁTICA DO PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 352 DE 2017

Como visto, o Projeto de Lei do Senado n.º 352 de 2017, tem sua justificativa pautada na necessidade de resolver um problema decorrente, principalmente, da intervenção militar na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro. Ainda que tais argumentos possam parecer deveras plausíveis, a análise da possibilidade da admissão da presunção da legítima defesa precisa ser feita em um contexto macro, ou seja, pensando nas possibilidades de aplicação para todas as hipóteses, bem como sob o prisma jurídico brasileiro, observando os mandamentos constitucionais e decorrentes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, os quais passaremos a analisar.

4.1.1 Análise sob a Perspectiva Constitucional do Direito à Vida

Previsto no *caput* do art. 5.º da Constituição Federal, para Gilmar Mendes, o direito à vida dá sentido aos demais direitos fundamentais previstos na constituição, afinal sem vida não haveriam motivos para que houvessem outros direitos a serem resguardados. Para que se possa usufruir dos demais direitos, o primeiro requisito é estar vivo, motivo pelo qual está acima de qualquer outro interesse.¹²⁵

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.255.

Ressalta Gilmar Mendes que o direito à vida remete ao sentimento de dignidade, sendo, portanto, o próprio direito de existir. Para ele, este direito, representado pela dignidade, deve ser visto como intrínseco e indisponível, devendo ser reconhecido a todo ser humano, na mais perfeita igualdade. Deste entendimento se extrai que não faria sentido estabelecer critérios para que pudéssemos classificar o ser humano conforme os aspectos acidentais que marcam a existência das pessoas, ficando ferido o conceito de dignidade se isso fosse possível. Em nenhuma hipótese se pode privar o ser humano do seu direito à vida. Vejamos o que diz o autor:

Proclamar o direito à vida responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais.¹²⁶

Não podemos, conforme ensina Gilmar Mendes, submeter a Constituição Federal as leis ordinárias, sendo assim, estas não podem menosprezar o direito à vida, pelo contrário, estas devem seguir fielmente o que dita a carta maior. O legislador infraconstitucional não deve apequenar o núcleo essencial do direito à vida.¹²⁷

Da mesma forma que Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes afirma que o direito à vida é o mais fundamental dentre todos, afinal, é o direito que dá sentido aos demais, ou seja, é pré-requisito de existência destes. Diz ele que a Constituição Federal assegura o direito à vida, cabendo ao Estado garanti-lo em sua dupla acepção, seja de preservar a vida da pessoa ou garantir uma vida digna a respeito da subsistência. Faz uma ressalva quanto a proteção à vida, que, como direito fundamental, não é absoluto, a partir do momento que se admite a pena de morte em caso de guerra declarada, na forma do art. 5.º, XLVII da Constituição Federal, bem como a possibilidade do chamado aborto ético ou humanitário, como forma de excludente de ilicitude no Código Penal, quando o legislador coloca os direitos da mulher acima ao do feto¹²⁸

Para Pedro Lenza, que vai um pouco além do já explicado, o direito à vida garante que ninguém será privado desta, não podendo, nem sob possibilidade de uma modificação pelo poder constituinte originário, serem ampliadas as hipóteses de

¹²⁶ MENDES; COELHO; BRANCO, 2013, p.256.

¹²⁷ Ibidem, p.258.

¹²⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.35-36.

incidência de pena de morte, por exemplo, sob pena de ferir os princípios da continuidade e proibição ao retrocesso, ou seja, os direitos fundamentais já conquistados não poderiam retroceder. Vejamos a observação feita pelo autor:

Em decorrência do seu primeiro desdobramento (direito de não se ver privado da vida de modo artificial), encontramos a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. Assim, mesmo por emenda constitucional é vedada a instituição da pena de morte no Brasil, sob pena de se ferir a cláusula pétrea do art. 60, § 4.º, IV.¹²⁹

Sob estes aspectos iniciais já é possível verificar uma incompatibilidade do Projeto de Lei do Senado n.º 352, de 2017, com os preceitos constitucionais. Conforme nos ensinou Gilmar Mendes, não podem ser levados em consideração, para fins de classificação, os aspectos acidentais que marcam a existência das pessoas, ou seja, não se pode, como feito pelos Senadores José Antônio Medeiros e Wilder Moraes, a partir de fatos que atualmente tem sido uma realidade do dia-a-dia brasileiro, justificar uma afronta ao direito à vida, em especial quando proveniente de uma alteração da legislação infraconstitucional, que, ressalto, como bem disse Gilmar Mendes, não se pode admitir que a Constituição Federal se submeta a esta. O olhar dos citados Senadores parece-me que foi deveras específico para uma situação isolada, se comparada com as dimensões continentais que tem o Brasil. Não podemos admitir que uma lei ordinária se sobreponha aos direitos fundamentais, que representam uma conquista do ser humano, em especial à vida, que representa a início da existência de todos os demais direitos. Ainda que pareça plausível para os olhares dos agentes de segurança pública, a análise a ser feita deve ser jurídica sob um panorama geral e verificando suas consequências em âmbito nacional e para todos, em todas as hipóteses.

Não podemos nos prender a uma situação específica, e prova disto é que ao aceitar a possibilidade de vigência deste projeto de lei, correríamos o risco de colocar a vida de pessoas de boa índole em perigo, afinal, ainda que seja burocrático e demorado, é possível obter o porte de arma de fogo de calibre restrito, conforme observância do art. 3.º, XVIII do Decreto n.º 3.665, de 20 de novembro de 2000:

¹²⁹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.1112.

Art. 3.º Para os efeitos deste Regulamento e sua adequada aplicação, são adotadas as seguintes definições:

[...]

XVIII - arma de uso restrito: arma que só pode ser utilizada pelas Forças Armadas, por algumas instituições de segurança, e por **pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Exército**, de acordo com legislação específica; (grifo nosso)

Ora, se é possível que pessoas físicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo exército obtenham o porte de arma de calibre restrito, como poderia o agente de segurança pública saber se o porte é lícito ou ilícito? Isso se faria *a posteriori*? Afinal, ele estaria autorizado a matar pela simples visualização de alguém portando tal armamento, e, ainda que no projeto de lei esteja prevendo que o porte deve ser ilícito, não há como entender de que forma o agente de segurança pública poderia ter plena certeza deste detalhe antes de uma verificação detalhada.

Ainda, nos ensina Gilmar Mendes que o direito à vida representa também um direito de defesa, que deve ser entendido como um impedimento para que poderes públicos pratiquem atos que atentem contra a vida do ser humano, bem como, em contrapartida, que o Estado deve proporcionar a proteção de todos, criando serviços de polícia, um sistema prisional e uma organização judiciária, complementando o autor:

Inclui-se no dever de proteger a vida, ainda, a obrigação de os poderes públicos investigarem, com toda a diligência, os casos de violação desse direito. Toda morte não natural ou suspeita deve ser averiguada. A falta de investigação séria e conseqüente diminui, na prática, a proteção que o direito à vida proporciona, **sendo certo que a impressão de impunidade debilita o efeito dissuasório da legislação criminal de proteção a vida.** A investigação deve ser ampla, imediata e imparcial.¹³⁰ (grifo nosso)

Deste ensinamento podemos refletir a respeito das conseqüências que a presunção de legítima defesa poderia trazer para os agentes de segurança pública, e, conseqüentemente ao poder público em geral. Como disse o autor, aceitar que isso seja possível pode levar ao descrédito da legislação criminal quanto a proteção à vida, disseminando uma impressão de impunidade, afinal, não seria mais necessária uma investigação a respeito da atuação do agente se esta presumisse a legítima defesa, não somente na hipótese proposta no projeto de lei, mas em qualquer situação.

¹³⁰ MENDES; COELHO; BRANCO, 2013, p.260.

Em última análise, de acordo com o art. 60, § 4.º, IV, o direito à vida é considerado cláusula pétreia, sendo assim, nem poderia ser objeto de deliberação um projeto de lei que buscasse abolir este direito do ser humano.

Para além dos preceitos constitucionais do direito à vida, o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais, aos quais se comprometeu a cumprir e seguir fielmente, que passaremos a analisar na sequência deste estudo.

4.1.2 Análise sob a Perspectiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e promulgada pelo Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992, que tem por fundamento os atributos da pessoa humana, e reconhecendo que os direitos essenciais do homem não se limitam a sua nacionalidade, prevê uma série de direitos que devem ser protegidos, dentre deles o direito à vida.

No capítulo II, que trata dos Direitos Cívicos e Políticos, em seu art. 4.º, estabelece seis diretrizes que devem ser seguidas a respeito do direito à vida. O item 1 do art. 4.º estabelece:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.¹³¹

Portanto, em seu primeiro item, estabelece a proteção geral à vida, deixando claro que ninguém será privado deste direito de forma arbitrária. Na sequência, em seu item 2 do mesmo art. 4.º, estabelece que a pena de morte somente poderá ser imposta em cumprimento de sentença final de tribunal competente, e em conformidade com a lei que estabeleça esta pena, *in verbis*:

¹³¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <goo.gl/bK6kWA>. Acesso em: 03 set. 2018.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.¹³²

Ainda, determina que a pena de morte não pode ser aplicada ao menor de dezoito e ao maior de setenta anos, e nem ao menos a mulher em estado de gravidez, previsão esta do art. 4.º, item 5.

Por fim, devemos observar o que dizem os itens 1 e 2 do art. 8.º, o qual versa sobre as garantias judiciais:

1. Toda pessoa **tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias** e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na **apuração de qualquer acusação penal** formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa **acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa**. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:¹³³ (grifo nosso)

Após análise dos dispositivos citados, há que se dizer que, em que pese o projeto de lei não preveja expressamente uma alteração da pena para o porte ilegal e ostensivo de armas de calibre restrito, a consequência seria a mesma que uma pena de morte sumária. A pena de morte, de acordo com a convenção em questão, somente pode ser instituída para crimes mais graves, além da limitação quanto a idade e a gravidez para as mulheres. Seria possível o agente de segurança pública fazer tal distinção? Afinal, a autorização para matar se dá pelo simples fato de estar portando ostensivamente arma de fogo de calibre restrito, pois o fato de ser legal ou não somente poderia ser verificado *a posteriori*.

Além deste detalhe, diz os itens 1 e 2 do art. 8.º da Convenção que a pessoa que seja acusada da prática de um delito deve ser ouvida e ter suas devidas garantias,

¹³² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <goo.gl/bK6kWA>. Acesso em: 03 set. 2018.

¹³³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <goo.gl/bK6kWA>. Acesso em: 03 set. 2018.

presumindo-se sua inocência, e não o contrário, como o que seria feito caso o projeto de lei em análise fosse aprovado.

4.1.3 Análise sob a Perspectiva do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992, prevê a proteção ao direito à vida nos itens do art. 6.º. Vejamos o que diz seu primeiro item:

ARTIGO 6

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

A respeito deste artigo, o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) fez um Comentário Geral número 36, no qual chama atenção o exposto no item 2 das Considerações Gerais, dizendo que o direito à vida é um direito supremo, não se admitindo suspensão alguma, nem ao menos nos casos de conflito armado e outras emergências públicas, fato este que nos remete à justificativa do Projeto de Lei do Senado n.º 352, o qual se pauta precipuamente em uma situação de conflito que ocorre na Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, o que podemos entender como uma emergência pública. Observemos o comentário do comitê:

2. O artigo 6 reconhece e protege o direito à vida de todos os seres humanos. Se trata de um direito supremo a respeito do qual não se autoriza suspensão alguma, nem sequer em situações de conflito armado e outras emergências públicas. O direito à vida tem uma importância decisiva tanto para as pessoas como para a sociedade como um todo. Constitui em si mesmo o valor mais precioso, enquanto direito inerente a todo ser humano, sendo também um direito fundamental, cuja efetiva proteção é indispensável para que se desfrute de todos os demais direitos humanos, e cujo conteúdo pode ser conformado e permeado por outros direitos humanos.¹³⁴

¹³⁴ Tradução livre de: "2. *El artículo 6 reconoce y protege el derecho a la vida de todos los seres humanos. Se trata del derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones de conflicto armado y otras emergencias públicas. El derecho a la vida tiene una importancia decisiva tanto para las personas como para el conjunto de la sociedad. Constituye en sí mismo el valor más preciado, en cuanto derecho inherente a todo ser humano, pero también es un derecho fundamental, cuya protección efectiva es requisito indispensable para el disfrute de todos los demás derechos humanos y cuyo contenido puede ser conformado y permeado por otros derechos humanos*". (NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida. Disponível em: <goo.gl/jv3zfB>. Acesso em: 03 set. 2018).

Em continuidade, o Comitê observa que os Estados têm obrigação de abster-se de condutas que originem uma privação arbitrária da vida, fato este que seria admitido pela presunção de legítima defesa, vez que fosse admitida, afinal, qualquer tipo de esclarecimento somente poderia ser feito após a consumação do fato. No caso do Projeto de Lei do Senado n.º 352, a afronta a esse entendimento do Comitê de Direitos Humanos da ONU fica bastante evidentes, afinal, estaria se admitindo que o Estado, por meio de seus agentes de segurança público, privassem da vida pessoas que portem armas de fogo de calibre restrito ostensivamente, sem ao menos saber se realmente o porte era ilegal. Observemos o item 7 do Comentário Geral n.º 36:

7. Os Estados partes tem a obrigação de abster-se de condutas que deem lugar a uma privação arbitrária da vida. Também devem exercer a devida diligência para proteger a vida das pessoas, frente as privações causadas por pessoas ou entidades cuja conduta não é de obrigação do Estado. A obrigação dos Estados partes de respeitar e garantir o direito a vida envolve toda ameaça que possa ter por resultado a perda da vida. Os Estados partes podem estar violando o artigo 6 do pacto mesmo quando as ameaças não resultarem em perdas reais da vida.¹³⁵

Para o Comitê, quando falamos em arbitrariedade, não necessariamente devemos interpretar como sendo contra a lei. De acordo com eles, o termo deve ser interpretado sob um conceito amplo, que envolve razoabilidade, necessidade e proporcionalidade, além de observância de princípios, tal como o devido processo legal. Deixam claro que é possível admitir a figura da legítima defesa como não sendo arbitrária, em que se autoriza que o agente se defenda de uma agressão injusta, mas devem ser obedecidos os rigores legais, bem como ser utilizada a proporcionalidade necessária para cessar a agressão. *In verbis*, o item 18 nos explica:

18. A privação da vida pode ser autorizada pela legislação nacional e, mesmo assim, ser arbitrária. O conceito de "arbitrariedade" não deve ser equiparado a "contra a lei", mas ser interpretado de forma mais ampla para incluir elementos de impropriedade, injustiça e falta de previsibilidade, o princípio do devido

¹³⁵ Tradução livre de: "7. Los Estados partes tienen la obligación de abstenerse de conductas que den lugar a una privación arbitraria de la vida. También deben ejercer la debida diligencia para proteger la vida de las personas frente a privaciones causadas por personas o entidades cuya conducta no sea atribuible al Estado. La obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el derecho a la vida abarca toda amenaza que pueda tener por resultado la pérdida de la vida. Los Estados partes pueden estar infringiendo el artículo 6 del Pacto incluso cuando las amenazas no se hayan traducido en la pérdida efectiva de vidas". (NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida. Disponible em: <goo.gl/jv3zfB>. Acceso em: 03 set. 2018).

processo e considerações relativas a razoabilidade, necessidade e proporcionalidade. Por exemplo, para não ser classificado como arbitrário pelo artigo 6.º, o uso de força letal por uma pessoa que atue em autodefesa, ou por outra pessoa que venha à sua defesa, deve ser razoável e necessário à luz da ameaça representada pelo agressor; **deve ser o último recurso depois de esgotar ou considerar insuficientes as alternativas não letais**, entre outras coisas as advertências; **a quantidade de força aplicada não deve exceder o estritamente necessário para responder à ameaça**; a força aplicada deve ser cuidadosamente dirigida, tanto quanto possível, somente contra o agressor; e a ameaça a que responde deve ser extrema, isto é, que existe perigo de morte iminente ou ferimentos graves. O uso deliberado de força potencialmente letal para manter a ordem diante de ameaças que não sejam extremamente sérias, por exemplo, para proteger a propriedade privada ou impedir a fuga de um criminoso ou prisioneiro suspeito que não represente uma ameaça séria e iminente à vida, ou a integridade física de terceiros, não pode ser considerado um uso proporcional da força.¹³⁶ (grifo nosso)

Sendo assim, com base no entendimento do Comitê, parece-me serem incompatíveis as normas revistas no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com a figura da presunção da legítima defesa, e, em especial, aos moldes com o qual quer ser reconhecida através do Projeto de Lei do Senado n.º 352.

4.1.4 Análise sob a Ótica dos Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei

Os princípios básicos sobre o uso da força e armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei foram adotados por consenso em 7 de setembro de 1990, no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o

¹³⁶ Tradução livre de: "18. La privación de la vida puede estar autorizada por la legislación nacional y, aun así, ser arbitraria. El concepto de "arbitrariedad" no debe equipararse con el de "contrario a la ley", sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, el principio de las debidas garantías procesales y consideraciones relativas a la razonabilidad, la necesidad y la proporcionalidad. Por ejemplo, para no ser calificada de arbitraria en virtud del artículo 6, la utilización de fuerza letal por parte de una persona que actué en legítima defensa, o por parte de otra persona que salga en su defensa, debe resultar razonable y necesaria habida cuenta de la amenaza que supone el agresor; debe ser el último recurso tras agotarse o considerarse insuficientes las alternativas no letales, entre otras cosas las advertencias; la cantidad de fuerza aplicada no debe superar la estrictamente necesaria para responder a la amenaza; la fuerza aplicada debe ser cuidadosamente dirigida, en la medida de lo posible, únicamente contra el agresor; y la amenaza a la que se responde debe ser extrema, es decir, que exista peligro de muerte inminente o de lesiones graves. El uso deliberado de fuerza potencialmente letal para mantener el orden frente a amenazas que no revistan extrema gravedad, por ejemplo para proteger la propiedad privada o impedir la fuga de un presunto delincuente o de un recluso que no suponga una amenaza grave e inminente para la vida o la integridad física de terceros, no puede considerarse un uso proporcionado de la fuerza". (NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida. Disponible em: <goo.gl/jv3zfB>. Acesso em: 03 set. 2018).

Tratamento dos Delinquentes. Tais princípios têm por escopo auxiliar os Estados membros a regular e promover a adequada missão dos agentes responsáveis pela aplicação da lei, devendo estes princípios ser respeitados pelos governos no âmbito das suas legislações e prática nacionais, devendo ser levados à conhecimento de todas as autoridades responsáveis pela execução, fiscalização e aplicação da lei

Já na primeira disposição, é determinado que os Estados devem estabelecer normas para o uso da força e de armas de fogo pelos seus agentes. Ainda, na sequência, deixa claro que os governos devem equipar seus agentes a ponto de terem uma gama de instrumentos a sua disposição, para que o uso moderado e progressivo da força possa ser executado, evitando agressões desnecessárias ou excessivas a vida e a integridade física das pessoas.

Vejamos o que diz o item 5 das disposições gerais dos princípios básicos sobre o uso da força e armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei:

5. Sempre que o uso legítimo da força e de armas de fogo for inevitável, os responsáveis pela aplicação da lei deverão:
 - (a) Exercer moderação no uso de tais recursos e agir na proporção da gravidade da infração e do objetivo legítimo a ser alcançado;
 - (b) **Minimizar danos e ferimentos**, e respeitar e preservar a vida humana;
 - (c) Assegurar que qualquer indivíduo ferido ou afetado receba assistência e cuidados médicos o mais rápido possível;
 - (d) Garantir que os familiares ou amigos íntimos da pessoa ferida ou afetada sejam notificados o mais depressa possível.¹³⁷ (grifo nosso)

Vejamos que um dos princípios diz que devemos buscar a minimização dos ferimentos, e por isso, podemos entender que a utilização de armamentos não letais e letais, somente devem ser utilizados na proporção necessária a incapacitar o agressor.

Corroborando a isso, e amoldando-se perfeitamente a análise que fizemos a respeito da justificativa do Projeto de Lei do Senado n.º 352, observemos o item 8 do mesmo diploma:

¹³⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. **Princípios básicos sobre o uso da força e armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei**. Disponível em: <goo.gl/N61Mbj>. Acesso em: 03 set. 2018.

8. Não será aceitável invocar circunstâncias excepcionais, tais como instabilidade política interna ou **outras situações de emergência** pública, como justificativa para o abandono destes princípios básicos.¹³⁸ (grifo nosso)

Sendo assim, o texto é claro em dizer que justificativas relacionadas a emergência pública não podem ser utilizadas para ferir tais princípios. Fato este que claramente é feito ao se justificar o analisado projeto de lei, bem como no parecer do Senador Wilder Moraes, os quais deixam claro que a intervenção na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro é um dos principais fatos que justificariam uma medida drástica tal como o reconhecimento da presunção da legítima defesa.

4.1.5 Análise sob a Ótica do Relatório do Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias Sr. Philip Alston: Missão para o Brasil do Conselho de Direitos Humanos

Logo no resumo do relatório do relator especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias Sr. Philip Alston: Missão para o Brasil do Conselho de Direitos Humanos, o autor ressalta que tal estudo foi feito devido ao fato de que no Brasil há um número significativo de mortes a cada ano, representando uma das maiores taxas de homicídio do mundo. Ele diz que passou por quatro Estados, quais sejam, São Paulo, Rio de Janeiro, Pernambuco e Brasília.

Afirma o autor que devido a esse número excessivo de mortes, bem como a divulgação da mídia desta violência desenfreada, uma proporção considerável da população acaba por apoiar execuções extrajudiciais e justiça pelas próprias mãos, como uma forma de resolver o problema apresentado pela justiça criminal, que acaba sendo lenta e pouco efetiva. Desta oportunidade se aproveitam políticos que querem agradar seu eleitorado, esquecendo da real iniciativa que deveriam ter em buscar soluções efetivas para restringir as execuções pela polícia.

O autor deixa bem claro que o assassinato não é uma técnica de controle do crime aceitável e eficaz. Vejamos o que nos ensina:

¹³⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. **Princípios básicos sobre o uso da força e armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei**. Disponível em: <goo.gl/N61Mbj>. Acesso em: 03 set. 2018.

Essa atitude deve mudar. Os Estados têm a obrigação de proteger seus cidadãos prevenindo e punindo a violência criminal. Mas esta obrigação vai de encontro ao dever do Estado de assegurar o respeito pelo direito à vida de todos os cidadãos, incluindo suspeitos. Não há conflito entre o direito de todos os brasileiros à segurança e à liberdade da violência criminal, e do direito de não ser arbitrariamente baleado pela polícia. Assassinato não é uma técnica de controle de crime aceitável ou eficaz.¹³⁹

Em sua pesquisa feita em São Paulo, no ano de 2006, afirma Alston que procurou entender como funcionava a atuação da polícia, tendo em vista que o percentual de mortes advindas desta instituição era significativo se comparados com o total. Percebeu ele que na grande maioria dos homicídios cometidos por policiais, era usado como principal argumento a resistência à prisão praticada pelo indivíduo que entrara em confronto armado. Além disso, que haveria uma espécie de conluio entre as polícias civil e militar, pelo fato de que a grande maioria dos homicídios cometidos por policiais tinham suas investigações prejudicadas, com falta de provas, e muitas vezes a única testemunha era o próprio policial autor do homicídio. O autor explica que foi possível notar que rotineiramente os locais de crime eram adulterados, e até mesmo por testemunho de policiais, que cadáveres eram levados ao hospital com o objetivo de prestar primeiros socorros, quando a vítima já se encontrava em óbito.¹⁴⁰

Alston analisou também a ocupação do Complexo do Alemão no Estado do Rio de Janeiro, e obteve resultados semelhantes, deixando claro que ficou espantado que as autoridades policiais e governamentais incentivavam as polícias a executarem friamente seus alvos de forma indireta, deixando de lado a investigação e produção de provas, e conseqüentemente, alimentavam a impunidade.

Estes levantamentos levaram o autor a estabelecer uma série de recomendações, as quais podem ser localizadas no item VII do relatório. No item 77, recomenda o

¹³⁹ Tradução livre de: "*This attitude must change. States have an obligation to protect their citizens by preventing and punishing criminal violence. But this obligation goes together with the state's duty to ensure respect for the right to life of all citizens, including that of criminal suspects. There is no conflict between the right of all Brazilians to security and freedom from criminal violence, and the right not to be arbitrarily shot by the police. Murder is not an acceptable or effective crime-control technique*". (UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Promotion and protection of all human rights, civil, political, economical, social and cultural rights including the right to development**. Disponível em: <goo.gl/svRjxQ>. Acesso em: 03 set. 2018).

¹⁴⁰ UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Promotion and protection of all human rights, civil, political, economical, social and cultural rights including the right to development**. p.11-12. Disponível em: <goo.gl/svRjxQ>. Acesso em: 03 set. 2018.

autor que a tolerância por parte das autoridades policiais e governamentais quanto ao uso de força excessiva e a execução de criminosos pela polícia deve ser zero.¹⁴¹

Chama atenção para nosso estudo, a recomendação feita por Alston em no item 85, *in verbis*:

85 A atual prática de classificar os assassinatos de policiais como "atos de resistência" ou "resistência seguida de morte" **fornece uma carta branca para a matança policial e deve ser abolido**. Sem prejudicar o resultado de julgamentos criminais, tais assassinatos devem ser incluídos nas estatísticas de homicídio de cada estado.¹⁴² (grifo nosso)

Desta recomendação podemos entender que através da pesquisa feita por Alston foi possível concluir que somente o fato de classificar os confrontos armados envolvendo policiais como atos de resistência já foi suficiente para que isso representasse o que o autor chama de "carta branca" para matar, o que aconteceria se a legítima defesa fosse presumida? Certamente a certeza da impunidade alimentaria ainda mais o ânimo de executar ainda mais criminosos. Em seu estudo, Alston deixou claro que esta não é a melhor solução, ou seja, simplesmente executar suspeitos do cometimento de delitos não representa, como já dito, a solução mais aceitável ou eficaz.

Desta feita, é possível concluir que aceitar a legítima defesa presumida estaria indo em sentido contrário do que o relatório do Sr. Alston, representando o Conselho de Direitos Humanos da ONU, estaria recomendando. Importante ressaltar que o seu estudo está diretamente relacionado com a justificativa do Projeto de Lei do Senado n.º 352, e demonstra que a decisão por uma presunção de legítima defesa poderia potencializar ainda mais a quantidade de execuções praticadas por agentes de segurança pública.

¹⁴¹ UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Promotion and protection of all human rights, civil, political, economical, social and cultural rights including the right to development**. p.42. Disponível em: <goo.gl/svRjxQ>. Acesso em: 03 set. 2018.

¹⁴² Tradução livre de: "85. *The current practice of classifying police killings as "acts of resistance" or "resistance followed by death" provides a carte blanche for police killing and must be abolished. Without prejudicing the outcome of criminal trials, such killings should be included in each state's homicide statistics*". (UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Promotion and protection of all human rights, civil, political, economical, social and cultural rights including the right to development**. p.44. Disponível em: <goo.gl/svRjxQ>. Acesso em: 03 set. 2018).

4.1.6 Análise sob a Perspectiva da Garantia do Devido Processo Legal

A garantia ao devido processo legal, previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5.º, LIV, segundo Gilmar Mendes, é uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional. Quando pensamos em devido processo legal, decorrem desta garantia o direito ao contraditório e à ampla defesa, direito ao juiz natural, o direito a não ser processado e condenado com prova ilícita, e o direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.¹⁴³

Além da previsão constitucional, o art. XI, número 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, prevê tal garantia, *in verbis*:

Artigo XI

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente **até que a sua culpabilidade tenha sido provada** de acordo com a lei, **em julgamento público** no qual lhe tenham sido asseguradas **todas as garantias necessárias** à sua defesa.¹⁴⁴ (grifo nosso)

Ainda, voltando ao texto constitucional, este afirma que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, e ao analisar os bens que compõe a seara de proteção constitucional, concluímos que a vida sem dúvidas é o mais precioso.

Cícero Robson Coimbra Neves nos apresenta um conceito objetivo da garantia ao devido processo legal, vejamos: "Em suma, nenhum homem pode ser condenado à prisão, detido ou privado de seus bens, senão sob as regras da lei da terra, ou seja, senão por um processo legalmente definido, ou o devido processo legal (*due process of law*)".¹⁴⁵

Para nosso estudo, o principal corolário da garantia do devido processo legal é a ampla defesa e o contraditório, que devem ser assegurados as partes em um processo judicial ou administrativo. Para Alexandre de Moraes, por ampla defesa devemos entender a faculdade dada ao réu para trazer ao processo todos os elementos que possam esclarecer a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se,

¹⁴³ MENDES; COELHO; BRANCO, 2013, p.529.

¹⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <goo.gl/B5cosg>. Acesso em: 03 set. 2018.

¹⁴⁵ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito processual penal militar**: em tempo de paz. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.106.

sendo o contraditório a própria exteriorização da ampla defesa, em que para todos os atos produzidos pela acusação, caberá um igual direito de defesa, para se opor ou apresentar versão que melhor esclareça os fatos.¹⁴⁶

Importante ressaltar, como nos ensina Gilmar Mendes, que a ampla defesa e contraditório não podem ser vistas somente como o direito a manifestação no processo, mas sim como uma pretensão a tutela jurídica, vejamos:

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado "*Anspruch auf rechtliches Gehör*" (*pretensão à tutela jurídica*) no direito alemão, assinala a Corte Constitucional que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.¹⁴⁷

De acordo com o autor, a pretensão à tutela jurídica engloba o direito a informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar as partes de todos os atos; o direito a manifestação (*Recht auf Äusserung*), que corresponde ao direito a manifestação sobre elementos fáticos e jurídicos do processo; e o direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), o qual exige que o julgador tenha capacidade de apreensão e isenção de ânimo.¹⁴⁸

Pois bem, ao presumir a legítima defesa, devemos fazer algumas considerações: inicialmente estaríamos admitindo uma afronta ao art. 5.º, LIV da Constituição Federal, vez que o ser humano seria privado de seu bem mais valioso sem o devido processo legal; estaríamos desconsiderando o direito ao acusado de se defender, apresentando provas e contrapondo novos atos, com o intuito de esclarecer os fatos, desrespeitando, portanto, o direito ao contraditório e a ampla defesa; e estaríamos condenando sumariamente o acusado, afinal, presumiríamos sua culpabilidade.

A respeito desta última alegação, da condenação sumária, Gilmar Mendes nos ensina que é pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que condenações pautadas somente no inquérito policial são nulas de pleno direito, por constituir afronta ao princípio do contraditório. Desta feita extrai-se que se uma sentença condenatória fundamentada somente no inquérito policial é nula, quem dirá quando

¹⁴⁶ MORAES, 2015, p.112.

¹⁴⁷ Cf. decisão da Corte Constitucional alemã – *BverfGE*, 70, 288-293 apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2013, p.436.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.436-437.

nem ao menos o inquérito existir? A presunção da legítima defesa, em especial no caso do Projeto de Lei n.º 352, estaria condenando desde logo quem portasse armas de fogo de calibre restrito ilegalmente, sem sequer proporcionar a garantia do devido processo legal para o acusado provar sua inocência ou ao menos esclarecer a verdade a respeito dos fatos, motivo pelo qual reconhecer a possibilidade deste instituto representa a uma afronta à cláusula pétrea da Constituição Federal de seu art. 5.º, LIV.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por escopo analisar a possibilidade jurídica da presunção da legítima defesa, a qual foi proposta pelo Senador Jose Antônio Medeiros pelo Projeto de Lei do Senado n.º 352, de 2017, em que se sugere a alteração do art. 25 do Código Penal, acrescentando um parágrafo único, no qual seria previsto a presunção da legítima defesa para os casos em que agentes de segurança pública matem ou lesionem quem porta ilegal e ostensivamente arma de fogo de calibre restrito. O presente projeto ainda se encontra em tramitação, estando aguardando a votação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Nesta perspectiva, inicialmente tivemos o cuidado de dissecar os fundamentos e pressupostos legais da legítima defesa, o que nos fez entender que a excludente de ilicitude em questão tem diversos requisitos a serem preenchidos para seu reconhecimento. Como vimos, essa excludente de ilicitude surgiu por dois motivos principais, quais sejam, resolver um problema decorrente da própria natureza humana em se defender, como também suprir a falta do Estado nos momentos que este não se faz presente, como deveria. Ainda, para que a legítima defesa seja reconhecida, deve a agressão ser injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou alheio, devendo os meios necessários serem utilizados com razoabilidade, bem como há necessidade do elemento subjetivo, o chamado *animus defendendi*, que se traduz na vontade de se defender sabendo que há amparo legal para tanto, ainda que para a efetiva defesa seja necessário lesar bens jurídicos do agressor.

Dando continuidade ao estudo, passamos a analisar sob o ponto de vista do Código Penal Militar, quais seriam as condutas e em quais hipóteses estas seriam classificadas como crime militar, seja própria ou impropriamente militar. Com o advento da Lei n.º 13.491, de 2017, que alterou referido código, houve uma ampliação significativa dos crimes impropriamente militares, englobando todos os crimes feitos para civis, mas que fossem cometidos nas hipóteses enumeradas no código, em seu art. 9.º. Nesta seara, verificamos que os crimes militares, praticados por militares estaduais, dolosos contra a vida de civis, em que pese hajam diversas críticas, são de competência do tribunal do júri. E os crimes militares, praticados por militares da União, dolosos contra a vida de civis, desde que dentro das hipóteses do § 2.º do Código Penal Militar, são de competência da Justiça Militar da União.

Por fim, chegamos a análise dos preceitos constitucionais e de tratados internacionais dos quais o Brasil se faz signatário, com o intuito de verificar a compatibilidade destes com a hipótese de presunção da legítima defesa. Desta última análise ficou clara a total incompatibilidade do Projeto de Lei n.º 352, de 2017, de lavra do Senador Jose Antônio Medeiros. Primeiramente devemos observar que a legítima defesa, quanto excludente de ilicitude que é hoje, exige uma séria de pressupostos legais, dos quais cito que a agressão iminente não pode ser vista como uma mera projeção para o futuro, uma hipótese de ocorrência, mas sim como algo que está realmente prestes a acontecer e que se não evitada irá se concretizar. O simples porte ilegal e ostensivo de uma arma de fogo de calibre restrito não pode ser interpretado como uma agressão iminente por si só. Prova disso é que existe pena cominada específica para a prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de calibre restrito, não havendo motivo para alterarmos essa pena por uma análoga a de morte, passando a se presumir a legítima defesa. Não podemos admitir que se presuma que quem porta uma arma de fogo nessas condições, necessariamente irá lesionar ou tentar lesionar o bem jurídico de outrem.

Além disso, o elemento subjetivo da legítima defesa, jamais poderia estar presente nesta hipótese, afinal, o *animus* do agente de segurança pública não seria de se defender, ou defender a sociedade, mas somente de lesionar ou tirar a vida de quem porte ilegal e ostensivamente arma de fogo de calibre restrito, afinal, estaria agindo sabendo que sua conduta seria impune.

Devemos ressaltar que, para além dos argumentos apresentados, a presunção da legítima defesa fere as cláusulas pétreas constitucionais do direito à vida e ao devido processo legal. O direito à vida representa o bem mais precioso do ser humano, do qual não podemos dispor da forma que a referida presunção o faria. Ainda que seja ilegal portar armas de fogo nestas condições, existe uma punição específica para esse crime, e como muito bem disse o Sr. Philip Alston, em seu relatório, não é eficaz e aceitável que se utilizemos de execuções para conter a ocorrência do crime.

O devido processo legal é uma figura ampla do direito, dentro do qual se encontram diversos outros direitos, sendo o mais importante para nosso estudo o contraditório e a ampla defesa, sem o qual ninguém poderá ser punido. Aceitar a presunção de legítima defesa fere de morte tal princípio. Não se pode deixar que ações isoladas nos deixem ignorar princípios e regras do direito, afinal, estas são

feitas para serem cumpridas, e, neste ínterim, estaríamos desestabilizando a segurança jurídica, o que poderia trazer consequências desastrosas em larga escala.

Detalhe que deve ser pensado ao analisar o Projeto de Lei do Senado n.º 352, de 2017, é o fato de como o agente de segurança pública daria efetividade a lei, ou seja, de que forma saberia ele, somente de observar, que a arma portada por determinada pessoa é de calibre restrito, afinal, certos armamentos apresentam diferença absolutamente sutil. Ainda, como saberia o agente que o porte é ilegal? Como vimos, existem hipóteses em que é possível ter legalmente o porte de arma de calibre restrito, e, sendo assim, poderíamos estar falando de uma situação de mero descuido de quem porta a arma, ao deixá-la temporariamente ostensiva. Isso representaria, portanto, um risco ao bem mais precioso do homem, que é a vida.

Não somente a legislação brasileira, mas os pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário demonstram especial preocupação com o direito à vida e o uso progressivo da força nas ações de agentes de segurança pública. Não é desmotivada tal preocupação, afinal, o relatório do Sr. Philip Alston demonstrou os problemas que temos atualmente com a morosidade da justiça para o julgamento de crimes, bem como o incentivo indireto na ilegalidade das ações dos agentes de segurança pública. Esses problemas motivam a população a ser induzida a aceitar políticas públicas ilegais, tais como execuções sumárias, conhecida popularmente como justiça com as próprias mãos. A população clama por segurança, e, deste fato, políticos se aproveitam para angariar votos e vencer eleições, propondo projetos de lei que carecem de fundamentação técnica jurídica.

Ao propor uma mudança legal, essencial se faz uma análise sob o ponto de vista de um conceito amplo, ou seja, não podemos nos deixar levar por situações pontuais e específicas como o que foi feito pelo Senador Jose Antônio Medeiros, o qual se pautou na atual realidade de insegurança no Estado do Rio de Janeiro, em especial pela intervenção na segurança pública pelo Exército Brasileiro. Sem dúvidas é uma situação que merece a devida atenção e o planejamento para tomada das medidas necessárias, porém, a presunção da legítima defesa é, com base no que foi visto nesta pesquisa, uma hipótese que não pode ser aceita no ordenamento jurídico atual.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cezar de. **Comentários ao Código Penal Militar**: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra. 9.ed. Curitiba: Juruá, 2017.

_____. **Crime militar e processo**: comentários à Lei 13.491/2017. Curitiba: Juruá, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRANDÃO, Claudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <goo.gl/2Gzc2P>. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <goo.gl/5bSRxE>. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <goo.gl/k4u3oU >. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <goo.gl/b54aF4>. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. Decreto n.º 3.665, de 20 de novembro de 2000. Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Disponível em: <goo.gl/fMx8Q3>. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5.º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/eykgZR>. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. Lei n.º 9.299, de 7 de agosto de 1996. Altera dispositivos dos Decretos-leis n.ºs 1.001 e 1.002, de 21 de outubro de 1969, Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, respectivamente. Disponível em: <goo.gl/GzyL1m>. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. Lei n.º 13.491, de 13 de outubro de 2017. Altera o Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. Disponível em: <goo.gl/tPTHzu>. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Defesa. Diretriz Ministerial n.º 15/2010. Disponível em: <goo.gl/Pjzyfc>. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Princípios básicos sobre o uso da força e armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei.**

Disponível em: <goo.gl/N61Mbj>. Acesso em: 03 set. 2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Direito penal: parte geral.** 4.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Decreto n.º 3, de 16 de novembro de 1889. Reduz o tempo de serviço de algumas classes da Armada e extingue nesta o castigo corporal. Disponível em: <goo.gl/ow6T2k>. Acesso em: 03 set. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Lei n.º 2.556, de 26 de setembro de 1874. Estabelece o modo e as condições do recrutamento para o Exército e Armada. Disponível em: <goo.gl/t1H41e>. Acesso em: 03 set. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral.** 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ESTEFAM, André. **Direito penal.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FIORETTI, Julio. **Legítima defesa: estudo de criminologia.** Belo Horizonte: Lider, 2002.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral.** 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito penal militar: teoria do crime.** 2.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral.** 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LINHARES, Marcello Jardim. **Legítima defesa.** São Paulo: Saraiva, 1975.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito penal militar.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 31.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos. Observación general núm. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida. Disponível em: <goo.gl/jv3zfb>. Acesso em: 03 set. 2018.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito processual penal militar: em tempo de paz.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de direito penal**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <goo.gl/B5cosg>. Acesso em: 03 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <goo.gl/bK6kWA>. Acesso em: 03 set. 2018.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

REALE JR., Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6.ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado n.º 352, de 2017. Altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para presumir a legítima defesa quando o agente de segurança pública mata ou lesiona quem porta ilegal e ostensivamente arma de fogo de uso restrito. Disponível em: <goo.gl/5PZCfK>. Acesso em: 19 ago. 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Promotion and protection of all human rights, civil, political, economical, social and cultural rights including the right to development**. Disponível em: <goo.gl/svRjxQ>. Acesso em: 03 set. 2018.

ZILIO, Jacson L. **Las restricciones ético-sociales del derecho a la legítima defensa: una lectura a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal**. Buenos Aires: Didot, 2012.