

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

JOSÉ ROBERTO DA SILVA NECO FILHO

**A AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE LEGÍTIMA DEFESA E A ATUAÇÃO LETAL
DA POLÍCIA MILITAR NO BRASIL**

RECIFE
2021

JOSÉ ROBERTO DA SILVA NECO FILHO

**A AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE LEGÍTIMA DEFESA E A ATUAÇÃO LETAL
DA POLÍCIA MILITAR NO BRASIL**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução
Cristã como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Carneiro Leão

RECIFE
2021

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

N368a Neco Filho, José Roberto da Silva.
A ampliação das hipóteses de legítima defesa e a atuação letal da Polícia Militar no Brasil / José Roberto da Silva Neco Filho. - Recife, 2021.
71 f. : il. color.

Orientador: Prof. Dr. André Carneiro Leão.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2021.
Inclui bibliografia.

1. Antijuricidade. 2. Criminalidade. 3. Direito penal. 4. Ilicitude. 5. Legítima defesa. I. Leão, André Carneiro. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

340 CDU (22. ed.) FADIC (2021.2-057)

CURSO DE DIREITO

AVALIAÇÃO DE TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC

ALUNO (A)	José Roberto da Silva Neco Filho	
TEMA	A AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE LEGÍTIMA DEFESA E A ATUAÇÃO LETAL DA POLÍCIA MILITAR NO BRASIL	
DATA	16/12/2021	
AVALIAÇÃO		
CRITÉRIOS	PONTUAÇÃO	ATRIBUIÇÃO
A introdução e conclusão apresentam coerência metodológica?	1,0	1,0
A monografia foi construída coerentemente a partir da metodologia proposta na introdução?	1,0	1,0
Nível de aprofundamento científico da monografia e qualidade das referências	3,0	3,0
Nível de conhecimento científico demonstrado pelo discente na apresentação e arguição oral	2,0	1,5
Nível da monografia quanto às regras básicas de redação	2,0	2,0
Os critérios formais básicos (ABNT) foram seguidos?	1,0	1,0
NOTA	10,0 (máximo)	9,5
PRESIDENTE	André Carneiro Leão	
EXAMINADOR (A)	Simone Sá	
MENÇÃO	Aprovado	

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, minha namorada e minhas irmãs, com admiração e gratidão por seus apoios, carinhos e presenças ao longo do período de elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aqui, primeiramente, a Deus, que tornou esse sonho possível e me manteve de pé mesmo diante de todas as dificuldades que encontrei ao percorrer esse caminho. A cada fraqueza, a cada dúvida quanto ao êxito de cada etapa, o Pai Celestial, mostrou-me o seu imensurável amor e renovou a minha fé, para que assim eu continuasse a lutar.

Um agradecimento especial para os meus pais, minha namorada e minhas irmãs, que sem contestar, acreditaram no meu sonho e contribuíram para que ele se concretizasse, que além de participarem dessa conquista, foram testemunhas fieis dos bons e maus momentos de cada etapa. Meus pais, Beto e Ana, que são os meus espelhos como pessoa, profissional e futuro pai que pretendo ser um dia, igual vocês foram para mim e minhas irmãs. Só tenho a agradecer pelo o que vocês já fizeram e ainda fazem por mim, obrigado.

Ingrid, você sempre vibrou com cada passo dado, sempre me inspirou a ter e cultivar o pensamento prospectivo. Só tenho a agradecer por tudo o que você é como pessoa, namorada, companheira, tanto nas horas boas quanto nas horas ruins, que afinal não foram poucas ainda mais se tratando de faculdade no que diz respeito aos trabalhos, provas e até o próprio TCC, você sempre estava por perto me incentivando, me colocando para cima quando eu estava para baixo, achando que não iria conseguir entregar um trabalho ou estudar para uma prova, e você sempre estava lá para me motivar e ajudar no que era preciso.

Tive a sorte de poder compartilhar essa vivência acadêmica com muitas pessoas e isso deixou tudo muito mais especial para mim. Lembro aqui dos queridos amigos que fiz desde o primeiro semestre e espero levar para a vida, mesmo que uns tenham se tornado uns nômades, outros acabaram indo para outro período, ou até mesmo desistido da graduação, e por fim tem aqueles que nunca te abandona, sempre na cola. Um especial agradecimento para um grupo, Washington, meu eterno representante, parceiro e amigo, meu aperreio de carona Eloíza, gente de primeira Karlinha, a resenha Vanessa (Ser Ela) e Gabriel, valeu galera pelos 5 anos que passamos juntos. Encontrei, também, tantas outras pessoas especiais com quem tive tantos diálogos interessantes e importantes, como, Matheus Brandão, Leo, Cláudio, Monique, Diogo, Cris, Wu, Júlia Estrela, Maria Júlia, Juliana, Maria, Gabriela, Letícia e Nilza.

Por fim, e não menos importante agradeço ao meu orientador Professor Dr. André Carneiro Leão, pela incomensurável dedicação, prontidão, serenidade, que em conjunto com todo seu conhecimento e competência, possibilitou a exequibilidade deste trabalho. Cada momento de encontro, cada e-mail e mensagem foram fundamentais para que pudéssemos cumprir nossa missão. Obrigado.

RESUMO

Este trabalho versa sobre a ampliação das hipóteses legítima defesa. Esse tema ganha relevo atualmente porque o estudo em comento surge da realidade político penal, pois se alega algumas ineficiências na defesa da atividade dos policiais. O trabalho revela-se importante dentre os diversos assuntos abordados pela Ciência Jurídica como um todo, a partir da maneira como irá procurar esclarecer aspectos positivos e negativos do instituto Jurídico da Legítima Defesa. Entender a dogmática jurídico-penal, assim como os fundamentos da excludente da antijuricidade, é fator crucial para entrar no debate da proposta de ampliação da legítima defesa promovida pelo Pacote Anticrime, sendo de fato este, a principal temática do presente estudo. Esta pesquisa foi norteadada pela seguinte questão: É juridicamente possível e necessária a ampliação das hipóteses de legítima defesa para contemplar as hipóteses de mortes provocadas por policiais nas ações de repressão ao crime? Para responder essa pergunta, será utilizada uma metodologia de abordagem composta pela via qualitativa, com o método hipotético-dedutivo, com tipologia descritiva e dogmático-jurídica utilizando como instrumentos de coleta: livros, sites especializados em Direito Penal, artigos, doutrinas e legislações vigentes. Primeiramente, objetivou-se enfatizar a dogmática jurídico - penal da antijuricidade, trazendo as conceituações de Mezger, Beling e Welzel, tratando do desenvolvimento da teoria da antijuricidade no Brasil. Em seguida, abordar a dogmática jurídica da legítima defesa, conceitos, natureza jurídica, fundamentos e requisitos. Por fim, analisar a constitucionalidade da ampliação da legítima defesa promovida pelo pacote anticrime. Ao final desse estudo, concluiu-se, através do estudo, que a ampliação da legítima defesa, pelo Pacote Anticrime a policiais em combate contra a criminalidade, é um tema polêmico e que carece ainda muito estudo e ponderamento. Nesse quesito, questões subjetivas quanto ao tema superam com grande folga as objetivas, fazendo com que um olhar mais apurado por parte dos legisladores seja lançado sobre as tais hipóteses. O endurecimento da força na atuação por parte dos militares, no ponto de vista do estudo, seria eficiente até certo ponto, pois não trataria de questões de cunho primário e de grande embasamento para uma sociedade mais pacífica, igualitária e próspera nos mais variados segmentos. Investimentos maciços em educação, qualificação e oportunidades, com certeza fariam melhor ao país, sem manchar ainda mais de sangue, uma sociedade já com grandes cicatrizes abertas, pela violência.

Palavras-chave: Antijuricidade. Criminalidade. Direito Penal. Ilicitude. Legítima defesa.

ABSTRACT

This work deals with the expansion of self-defense hypotheses. This theme is currently gaining importance because the study under discussion arises from the criminal political reality, as some inefficiencies are alleged in the defense of police activities. The work reveals itself to be important among the various issues addressed by Legal Science as a whole, from the way it will seek to clarify positive and negative aspects of the Legal Institute of Legitimate Defense. Understanding the legal-criminal dogmatics, as well as the fundamentals of excluding anti-legality, is a crucial factor to enter the debate on the proposal to expand the legitimate defense promoted by the Anti-Crime Package, which is, in fact, the main theme of this study. This research was guided by the following question: Is it legally possible and necessary to expand the hypotheses of self-defense in order to contemplate the hypotheses of deaths caused by police officers in the repression of crime? To answer this question, an approach methodology will be used, consisting of a qualitative approach, with the hypothetical-deductive method, with a descriptive and dogmatic-legal typology, using as collection instruments: books, websites specialized in Criminal Law, articles, doctrines and legislation in force. First, the objective was to emphasize the legal-criminal dogmatics of anti-legality, bringing the concepts of Mezger, Beling and Welzel, dealing with the development of the theory of anti-legality in Brazil. Then, approach the legal dogmatics of legitimate defense, concepts, legal nature, foundations and requirements. Finally, analyze the constitutionality of the expansion of legitimate defense promoted by the anti-crime package. At the end of this study, it was concluded, through the study, that the expansion of legitimate defense, through the Anti-Crime Package to police officers in combating crime, is a controversial issue that still needs much study and consideration. In this regard, subjective questions on the subject far outweigh the objective ones, causing a more accurate look on the part of lawmakers to be cast on such hypotheses. The hardening of force in the actions of the military, from the point of view of the study, would be efficient to a certain extent, as it would not address issues of a primary nature and of great foundation for a more peaceful, egalitarian and prosperous society in the most varied segments. Massive investments in education, qualification and opportunities would certainly make the country better, without further staining blood, a society already with large scars opened by violence.

Keywords: Anti-legality. Crime. Criminal Law. Unlawful. Legislative defense.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 Conceito analítico de crime.....	13
Figura 2 Conceito analítico do crime pormenorizado – Sistema Clássico.....	18
Figura 3 Número e taxa de homicídios - 2009 a 2019.....	48
Figura 4 Proporção de mortes decorrentes de intervenções policiais em relação às mortes violentas intencionais - MVI.....	51
Figura 5 Mortes decorrentes de intervenções policiais, por raça/cor no Brasil 2017-2018 ..	52
Figura 6 Mortes decorrentes de intervenções policiais, por escolaridade. Brasil, 2017-2018 ..	53

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A DOGMÁTICA JURÍDICO - PENAL DA ANTIJURICIDADE	12
2.1 A antijuricidade na Dogmática Jurídico Penal	12
2.1.1 Conceituação de Mezger	15
2.1.2 Conceituação de Beling.....	17
2.1.3 Conceituação de Welzel.....	19
2.2 O desenvolvimento da teoria da antijuricidade no Brasil.....	21
2.3 Classificação e causas de exclusão da antijuricidade ou ilicitude	24
3 DA DOGMÁTICA JURÍDICA DA LEGÍTIMA DEFESA	26
3.1 A legítima defesa como excludente de antijuridicidade.....	26
3.2 Natureza jurídica e fundamentos da legítima defesa.....	30
3.3 Requisitos da legítima defesa	32
3.3.1 Agressão injusta	32
3.3.2 Atual e iminência	33
3.3.3 Meios necessários.....	34
3.3.4 Moderação.....	35
3.4 Elemento subjetivo da legítima defesa	37
3.5 Do excesso na legítima defesa.....	38
3.5.1 Excesso exculpante	40
3.5.2 Excesso culposo	40
3.5.3 Excesso doloso	41
3.6 Legítima defesa em outros ordenamentos jurídicos	42
4 A CONSTITUCIONALIDADE DA AMPLIAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA PROMOVIDA PELO PACOTE ANTICRIME	44
4.1 Os dados da violência no Brasil	45
4.2 Dados sobre a letalidade policial no Brasil	49
4.3 O Pacote Anticrime e a ampliação das hipóteses de legítima defesa	55
4.4 A (in) constitucionalidade da alteração legislativa.....	59
5 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

A análise sobre a regulamentação da legítima defesa se fez fundamental, já que visa em resguardar um direito próprio a toda sociedade, visto que o estado assumindo não se encontrar presente de forma eficiente a todo instante, porquanto, na prática não ocorre legítima defesa sem antes ocorrer uma agressão injusta, ou sua iminência, como ratifica o artigo 25 do Código Penal.

A visão geral da antijuridicidade serve de pano de fundo ao estudo da legítima defesa, considerada a causa de justificação da teoria mais bem elaborada, permitindo, melhor que qualquer outra excludente, o estudo, no ordenamento jurídico, das normas permissivas autorizadas de determinadas condutas, responsáveis pela exclusão da antijuridicidade.

Analisando o significado da antijuridicidade, no ordenamento jurídico penal, como conduta contrária ao direito, não foi esquecido o seu caráter unitário, com igual ressonância em todos os ramos do Direito, passando de um panorama geral à formação histórica e divisões da antijuridicidade, como informes introdutórios ao estudo da legítima defesa. Assim, quando o sujeito age dentro dos limites de exclusão da antijuridicidade, sua ação será sempre lícita, visto que excluída a antijuridicidade, não há crime. O atual estudo pretende elaborar uma pesquisa dogmática jurídica acerca do instituto da legítima defesa na atuação de policiais militares.

A atuação da polícia sempre preencheu espaço na mídia como alvo de especulações das mais variadas possíveis, e na grande maioria tendo sua imagem distorcida por mais que atue dentro da legalidade, e, mesmo agindo para proteger bem jurídico próprio e/ou alheio, ou seja, mesmo agindo em legítima defesa, surgirão críticas tendenciosas dos mais variados seguimentos da sociedade que, por conseguinte acarretará um pré-julgamento da instituição policial. Embora muitos acreditam que a legítima defesa só se enquadra na autodefesa do cidadão comum, sendo certo que também pode ser aplicado aos agentes de segurança pública.

Entretanto, nota-se, ainda, um movimento que, embora não seja recente, tem se tornado comum e busca à posição de ser oficializado na legislação brasileira, qual seja o da formalização da letalidade policial. Temos uma das polícias mais letais do mundo e as manifestações do Estado e mídia em torno dessa questão vão no sentido de naturalizar as mortes que decorrem das intervenções policiais. A indiferença que, quase sempre, toma forma de entusiasmo se dá por um processo de introjeção da existência de um inimigo a ser combatido. A máxima do “bandido bom é bandido morto” há muito deixou de ser só um bordão irrisório e se tornou mantra de política criminal, com a aceitação popular.

Pretendendo visar a clareza em decorrência ao instituto, que embora seja pacífico entre as doutrinas penalistas, possui muitas variantes, assim tem como finalidade de entender a concepção legal de legítima defesa, e sua repercussão, atendendo a ampliação das suas hipóteses, esclarecendo a juridicidade e a necessidade pragmática da ampliação das hipóteses de legítima defesa, com o interesse de mostrar as circunstâncias das mortes provocadas pela atuação policial, que se caracterize como legítima defesa. Daí então a indispensabilidade de esclarecer que os elementos da legítima defesa também se enquadram na atuação policial quanto na proteção do bem jurídico coletivo, individual, próprio ou alheio.

O estudo em comento surge da realidade político penal, pois se alega algumas ineficiências na defesa da atividade dos policiais. A pesquisa se revela importante no meio dos diversos assuntos abordados pela Ciência Jurídica como um todo, a partir da maneira como irá procurar explicar aspectos positivos e negativos do instituto Jurídico da ampliação das hipóteses de Legítima Defesa.

A pesquisa, tem por fim, apresentar os aspectos objetivos e subjetivos que tange o conceito de Legítima Defesa, destacando a discussão da antijuridicidade e a necessidade da ampliação das hipóteses de legítima defesa para contemplar as hipóteses de mortes provocadas por policiais nas ações de repressão ao crime no Brasil, assim como os fundamentos das excludentes da antijuridicidade, que é o fator crucial para entrar no debate da proposta de ampliação da legítima defesa promovida pelo Pacote Anticrime, sendo de fato, a principal temática do presente estudo.

É juridicamente possível e necessária a ampliação das hipóteses de legítima defesa para contemplar as hipóteses de mortes provocadas por policiais nas ações de repressão ao crime?

Em decorrência desse fato, juridicamente, é possível ampliar o rol das hipóteses de legítima defesa para contemplar a letalidade praticada por policiais e seria necessária, porque assim, os policiais vão se sentir com maior liberdade para atuar nos casos criminais.

Sendo assim, tem-se como objetivo geral investigar as razões jurídicas e político criminais que suscitaram a discussão sobre a ampliação das hipóteses de legítima defesa no Brasil.

Como objetivos específicos, pretende-se: abordar a dogmática jurídico-penal da antijuridicidade; apresentar a legítima defesa como causa legal de exclusão da antijuridicidade; analisar a constitucionalidade da ampliação da legítima defesa pretendida pelo Pacote Anticrime.

É utilizada neste trabalho a metodologia dogmática jurídica, utilizando o método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, com o objetivo descrever a legítima defesa e investigar as razões jurídicas e político criminais que suscitaram a discussão sobre a ampliação das hipóteses de legítima defesa no Brasil, através de uma abordagem pela via qualitativa, que possibilita a pesquisa, a partir de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis, tendo como técnica a pesquisa bibliográfica e legislativa. Para possibilitar da melhor forma que o problema seja investigado e a hipótese testada, serão recursos: dados documentais, análise de dados estatísticos, análise de casos práticos, abordagem da literatura acadêmica, teórica e ao ordenamento jurídico pátrio.

O trabalho em questão, apresenta três capítulos, o primeiro capítulo busca enfatizar a antijuricidade na dogmática jurídico penal, trazendo as conceituações de Mezger, Beling e Welzel. Tratando do desenvolvimento da teoria da antijuricidade no Brasil, junto com a classificação da antijuricidade e suas causas de exclusão.

No segundo capítulo, procura destacar o conceito, natureza jurídica, fundamentos e requisitos da legítima defesa, trazendo a agressão injusta, atual e iminente, junto com os meios necessários e a moderação, com estrutura nas doutrinas e no conceito legal retratado no código penal. Possuindo perspectiva na legítima defesa como causa de exclusão da antijuricidade e enfatizando a legítima defesa em outros ordenamentos jurídicos.

Por último, no terceiro capítulo analisa-se a constitucionalidade da ampliação da legítima defesa promovida pelo pacote anticrime, trazendo dados da violência no Brasil, dados sobre a letalidade policial no Brasil e a (in) constitucionalidade da alteração legislativa.

2 A DOGMÁTICA JURÍDICO - PENAL DA ANTIJURICIDADE

2.1 A antijuricidade na Dogmática Jurídico Penal

A antijuricidade, também conhecida como ilicitude, é definida como a contrariedade de um comportamento praticado por determinado agente e aquilo que o ordenamento jurídico preceitua a título de proibição. É de grande importância destacar que, tanto para o critério bipartido (crime: fato típico antijurídico), como para o critério tripartido (crime: Fato típico + antijurídico + culpável) adotados pelas Escolas Penais, a antijuricidade é requisito essencial para que haja crime. Portanto, ausente a antijuricidade, inexistente é o crime.

Segundo afirma Toledo (1985), a ilicitude e a antijuricidade são termos empregados como sinônimos. Penalistas brasileiros, porém, por influência dos autores de língua espanhola e italiana, utilizam com maior frequência, em vez do primeiro, a palavra antijuricidade, para exprimir um dos elementos fundamentais do conceito jurídico do crime.

Assevera a Doutrina que o caráter indiciário da ilicitude tem como pressuposto o fato típico, ou seja, a tipicidade tem como fator indiciário a própria antijuricidade, no entanto, antes de se adentrar nos precisos contornos da antijuricidade, faz-se necessário explicar e destacar a origem do designado termo.

A ilicitude, portanto, pode ser designada como a contradição do fato com a norma, sendo o fato típico não acobertado pelas causas de exclusão da ilicitude. Pelo critério material, a antijuricidade ocorre quando o fato contraria a norma e causa uma lesão ou um perigo concreto de lesão ao bem jurídico, podendo ser dita como uma conduta que não somente está contrária à lei, mas também é injusta, contrariando o sentimento de justiça da sociedade.

A antijuricidade é sempre objetiva porque independe da culpabilidade do agente. Como exemplo, pode-se avaliar o menor que pratica fato antijurídico, contudo não responde porque não tem culpabilidade, já em outro exemplo, o crime é um fato típico e antijurídico. Assim pode-se concluir que, a antijuricidade é o 2.º requisito do crime.

De acordo com Bornia, em sua doutrina:

A contrariedade às normas jurídicas constitui o fundamento formal do conceito atual de antijuricidade, expressado de modo mais preciso no termo *Unrecht*, usado por Binding no primeiro volume de seu *Die Normen* (1872) protestando contra o sentido vago de seu significado puramente negativo de “ausência de direito”, em circunstância em que se poderia usar o vocábulo “antijuricidade”. Binding foi o primeiro jurista

que tratou de antijuridicidade com este termo preciso, embora Feuerbach afirmasse que a ciência do Direito Penal positivo emana dos fundamentos gerais das ações antijurídicas (2002, p. 97).

A expressão antijuridicidade e a expressão ilicitude há muito tempo vem sendo debatida e apresenta grandes divergências doutrinárias. Regis Prado sustenta o debate de que os termos são sinônimos como relação de contrariedade objetiva de um fato com toda ordem jurídica, com o Direito positivo em seu conjunto, porém, existe outra corrente que faz certa diferenciação (PRADO, 2012).

Bitencourt (2012), vem ponderar que aqueles que defendem a expressão antijuridicidade, se baseiam nas influências de autores europeus que utilizam desta expressão. Segundo ele, aqueles que defendem a expressão ilicitude, se fundamentam na reforma penal de 1984 que passou a prever expressamente essa expressão em diversos dispositivos do Código Penal.

Como exemplo temos a **Figura 1** | Conceito analítico de crime, que vem demonstrar o conceito analítico de crime, onde é colocado por Queiroz como sendo um de seus 3 pilares, introduzindo como ilicitude e não como antijuridicidade (QUEIROZ, 2015).

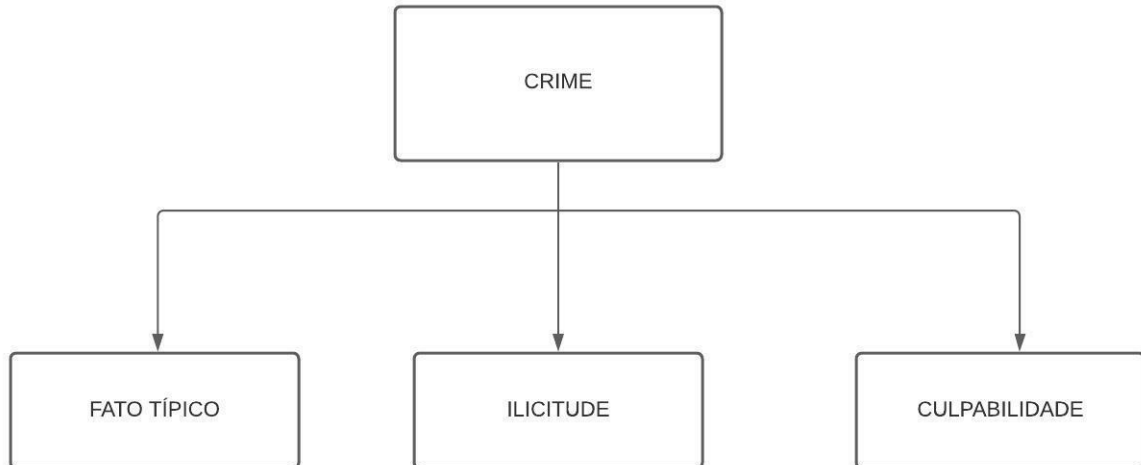


Figura 1 | Conceito analítico de crime

Já Greco e Estefan salientam pertinentemente que:

Ilicitude, ou antijuridicidade, e a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Quando nos referimos ao ordenamento jurídico de forma ampla, estamos querendo dizer que a ilicitude não se resume a matéria penal, mas sim que pode ter natureza civil, administrativa, tributária etc. Se a conduta típica do agente colidir com o ordenamento jurídico penal, diremos ser ela penalmente ilícita (2012, p. 316).

Conforme afirma a doutrina de Liszt (1999), ocorre a introdução da partição da antijuridicidade nas dimensões formal e material, sendo o injusto, sob o aspecto formal, correspondendo à transgressão da norma do Estado. Mas, além da violação de um preceito proibitivo ou imperativo (mandamental), a ilegalidade criminal de uma conduta se expressaria no efetivo dano ou no perigo de dano aos bens jurídicos penalmente protegidos.

Uma conduta é formalmente ilícita quando contradiz o preceito incriminador, e é materialmente ilícita quando socialmente danosa. A forma da antijuridicidade tem como referência o comando legal; já o seu conteúdo (antijuridicidade material) é indicado pelo dano ou perigo de dano aos interesses do indivíduo ou às necessidades da coletividade, ambos (interesses e necessidades) protegidos pelo direito. Assim, Antolisei afirma que “a antijuridicidade material, segundo esta concepção, não é nada mais do que a antissocialidade da ação; que preexiste à valoração do legislador, o qual a encontra e não a cria” (ANTOLISEI, 1997, p.199).

Miguel Reale Jr. afirma que “o que torna a lesão antijurídica é o seu caráter antissocial, que é pelo legislador apreendido, pois preexiste à elaboração normativa. Não poderá haver infração apenas antissocial, mas devem coexistir a ilegalidade formal e a material”. O autor ainda pondera que a antijuridicidade constitui uma qualidade do comportamento, qualidade atribuível ao comportamento através de um juízo de valor objetivo consistente na apreciação de sua contrariedade ao direito (REALE, 1973, p.110).

Já Soler (1974), diz que a ação tem que ser valorada não somente perante a lei, que ordinariamente se limita a descrevê-la, mas também perante a norma que é o pressuposto da lei. Assim, quando o resultado do exame afirma a existência de um conflito entre o fim que o direito persegue e o fato, concluímos que se trata de um fato ilícito, já para que haja delito é preciso que exista uma relação de contradição entre o ato de um homem e o direito.

Delineando, todavia, sobre os aspectos da antijuridicidade e suas excludentes, vem Fragoso explicar:

O reconhecimento da antijuridicidade, como característica geral do fato punível, ocorreu em data relativamente recente. Encontramos no direito romano, casos de exclusão da ilicitude, como a legítima defesa e o estado de necessidade, bem como o consentimento do ofendido, nos crimes privados, todavia sem a fixação de um princípio geral. A exclusão da ilicitude aparecia confusamente, junto à ausência de culpabilidade e à exclusão de punibilidade, por ausência de *dolus*. Essa situação não se modificou no direito canônico e no direito comum medieval (1961, p.185).

Resumidamente, a antijuridicidade é a contradição entre a conduta humana (ação ou omissão) e o ordenamento jurídico como um todo, isto é, o ordenamento no conjunto de suas

proibições e permissões, de modo a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico favorecido.

2.1.1 Conceituação de Mezger

No início do século XX, após intensa discussão doutrinária, a formulação clássica do conceito de delito, atribuída a Franz Von Liszt e Ernst Von Beling, sofreu profunda transformação, embora sem abandonar completamente seus princípios fundamentais. Por isso, justifica-se a denominação de conceito neoclássico de delito, o qual, também se fundando na teoria causal, apresenta inovações diversas em relação ao Naturalismo.

Max Ernst Mayer, Edmund Mezger e Reinhard Frank, como os principais colaboradores da doutrina neoclássica, inspirados pela corrente filosófica desenvolvida na Alemanha no final do Século XIX, o Neocriticismo, ou Neokantismo a qual, por sua vez, preconizava o retorno aos princípios de Immanuel Kant, romperam com alguns paradigmas defendidos pelos causalistas clássicos, pontuando o sistema jurídico-penal com nuances valorativas, frente aos parâmetros puramente descritivos de outrora.

Recapitulando brevemente sobre a antijuricidade, Luna explica que:

A antijuricidade também é denominada de injuricidade ou ilicitude. Pode ser definida como a relação de contrariedade do fato do homem com o Direito. Como salta aos olhos, essa relação não existe no mundo fenomênico dos fatos, por isso ela é uma categoria lógica, uma criação da mente humana. A importância dessa relação é tamanha que, sem ela, a conduta do homem sequer chega a ser considerada criminosa, por isso ela é a categoria lógica mais importante do Direito Penal. Ela traduz a essência do crime. Considerá-la como um elemento do mesmo é um erro e uma tautologia. Erro porque é a essência; tautologia porque, sendo um crime um fato jurídico, seus elementos têm de ser, necessariamente, jurídicos (1994, p. 49).

Já para Claudio Brandão (1997), “os autores alemães deram uma significativa contribuição para a compreensão da antijuricidade”. E como já mencionado anteriormente, os principais expoentes da doutrina da antijuricidade tedesca são Edmund Mezger, Ernst von Beling, Hans Welzel e Reinhart Maurach.

Machado afirma em sua resenha sobre a obra de Francisco Munoz sobre Edmund Mezger e o Direito Penal no Nacionalsocialismo, faz a ligação de Mezger com o regime nazista, diante desse fato a autora pondera que:

A ligação entre o penalista Edmund Mezger e o regime nazista somente veio a ter maior divulgação com a publicação do livro de Muñoz Conde [...] a. Os resultados dessa pesquisa surpreenderam os estudiosos do Direito Penal. Até então, as referências a Mezger faziam-se por ter sido ele o autor de um dos mais famosos

manuais de Direito Penal, uma versão resumida de seu tratado, largamente utilizada na formação de boa parte dos penalistas alemães e por ter protagonizado uma das discussões teóricas mais acaloradas: o debate entre causalistas e finalistas, que dominou a dogmática alemã nos anos 50 e que logo congregou partidários de ambos os lados em diversos países, no Brasil inclusive (2005, p.153).

Tornando de certa forma o episódio citado irrelevante à temática abordada, Mezger traz a vertente de que a antijuridicidade é um juízo sobre a ação, pelo qual a questão da ação adquire uma determinação jurídico-normativa, assim “o juízo, que a ação contrasta com o ordenamento jurídico e com a norma legal, caracteriza qualitativamente a ação como ilícita ou na verdade antijurídica. Salienta ainda que, no Direito Penal, uma ação é vedada ou permitida, não havendo meio termo. Por isso a ação é lícita ou ilícita, não havendo a ação antijuridicamente indiferente. Considera ainda que a antijuridicidade é uma ofensa objetiva ao Direito, posto que o juízo de ilicitude reveste a ação como um todo, mas recai especialmente sobre o seu elemento constitutivo essencial, sendo “a exteriorização da manifestação da vontade” (MEZGER, 1958).

Para a Teoria elaborada por Edmund Mezger, conhecida como a Teoria da *ratio essendi* (ou teoria da identidade), a tipicidade é a essência da antijuridicidade. Desta sorte, ocorre a adoção do conceito de antijuridicidade tipificada que está no artigo da lei é a antijuridicidade tipificada, porque a tipicidade só existe por causa do princípio da legalidade (PRADO, 2010, p. 294).

Mezger, buscando o estreitamento da relação de entre o tipo e a antijuridicidade, incluindo a tipicidade na antijuridicidade, diversas categorias até então independentes, sustentando “que a tipicidade não é apenas indício ou *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, e sim o seu fundamento real ou *ratio essendi*” (BITENCOURT, 2012, p. 129).

A *ratio cognoscendi*, conhecida também como teoria da indiciariedade, é diretriz dominante no sistema penal brasileiro, portanto, a doutrina e a jurisprudência majoritárias se inclinam por esta teoria. Em termos práticos, significa afirmar que ocorrido o fato típico, ele é presumidamente ilícito, até que se prove o excludente de ilicitude ou antijuridicidade. Para Santana e Oliveira (2012), esta teoria causa repercussões no campo processual, pois tira-se a conclusão de que não é ônus da acusação provar a inexistência de causa excludente de ilicitude, mas tão somente que o fato é típico.

Logo, cumpre à defesa provar a existência da discriminante e, portanto, a licitude do fato típico, conseqüentemente a inexistência de crime. Entretanto, deve-se ou dever-se-ia analisar tal teoria à luz do princípio do estado de inocência e de seu corolário principal, o princípio *in dubio pro reo* (IBIDEM, 2012).

Tornando à teoria da *ratio essendi*, que teve início com os estudos de Mezger em 1931 pela a publicação do Tratado de Direito Penal, esta veio conceber a estrutura bipartida de delito, assim “visando combater a neutralidade valorativa do conceito de tipo de Beling”, definindo delito como ação tipicamente antijurídica e culpável (BITENCOURT, 2012, p. 129).

Ainda pela teoria da *ratio essendi* de Mezger, ocorre a criação do conceito de tipo total do injusto, levando a ilicitude para o campo da tipicidade. Em outras palavras, a ilicitude é a essência da tipicidade, numa absoluta relação de dependência entre esses elementos do delito, dessa forma, não havendo ilicitude, não há fato típico. Quando comprovada a legítima defesa, exclui-se a antijuridicidade e a tipicidade do comportamento.

Contudo, Tavares (2003) contesta que a compreensão conjunta desses elementos, pois a tipicidade e a antijuridicidade não possuem efeitos em si malévolos, mas proporcionam e dão base para que nelas se inicie uma subjetivação do injusto, que já se havia feito com a introdução dos elementos subjetivos da justificação.

Pelos pensamentos de Arán e Conde, existe a ponderação das “conseqüências de identificar tipo e antijuridicidade se retém sobre toda a matéria de erro” (2004, p. 255). Já outro doutrinador considera que “o erro sobre a ocorrência dos elementos das causas de justificação é um erro sobre elementos de uma parte do tipo, a negativa, e portanto, é um erro de tipo e não um erro de proibição” (ROXIN, 1997).

2.1.2 Conceituação de Beling

A Teoria do Crime ou Teoria do Delito é formada por várias outras Teorias que a compõe, tendo Ernst Von Beling e Franz Von Liszt como os precursores da Teoria Clássica, sendo o segundo responsável pela criação e o primeiro pelo seu aperfeiçoamento. Os renomados juristas alemães elaboraram o conceito clássico de delito (também conhecido como conceito naturalista ou causal-naturalista de delito), representado por um movimento corporal (ação) causador de um resultado no mundo exterior. Analiticamente considerado o crime contava com três requisitos: fato típico, antijurídico e culpável (GOMES, 2011).

De acordo com Pereira (2008), segundo um conceito analítico, crime é toda conduta típica, antijurídica e culpável. Assim, a tipicidade representa, atualmente, o segundo elemento desse conceito, apresentando-se sob os aspectos formal e material, os quais devem estar concomitantemente presentes para que se possa dizer-se típica uma dada conduta.

Enquanto, no sentido formal, a tipicidade é a adequação do fato à norma penal, sendo a subsunção da situação concreta à moldura abstratamente prevista na lei penal; já no

sentido material, a tipicidade é constituída da violação de um bem jurídico digno de proteção penal (IBIDEM, 2008), dito em outras palavras, o tipo penal é a descrição normativa de uma conduta considerada criminosa.

O estudo da tipicidade, no entanto, até alcançar o estágio de compreensão da atualidade teve que percorrer um longo caminho, cuja noção se confunde com a história da própria teoria do delito (TAVARES, 2003, p. 130).

Tavares ainda pondera que em relação à tipicidade, pode-se relacionar que:

[...] no direito penal renascentista, notadamente em Tiberius Decianus, que o identificava com o exame da causa formal do delito (bem como) [...] nas obras de autores germânicos do século XIX, como STÜBEL e VON LISZT, especialmente este último, ao exigir como característica do crime a cominação legal de uma pena. Em todas essas obras, entretanto, o tipo é compreendido em sentido amplo, como o próprio delito, e não particularmente, como seu elemento fundamentador (2003, p. 131).

Já Roxin (2002) explica que, a exigência de que se reconhecesse uma antijuridicidade objetiva, independente da culpabilidade, foi formulada por Rudolf von Jhering, sustentava que todo ilícito apresentava duas dimensões, sendo uma objetiva (antijuridicidade ou ilicitude) e outra subjetiva (culpabilidade).

Analisava tal premissa, pois, tomando por base o Direito Civil, Liszt sugeriu que a proposta de Jhering não acudisse apenas ao ramo citado, mas também ao Direito Penal, armando, para tanto, que aquela circunferência inicial (crime) estaria dividida em injusto e culpabilidade, tipo objetivo e subjetivo, respectivamente (PEREIRA, 2008).

Enquanto isso, Tavares, (2003) complementa tal teoria, incluindo a noção de tipo, como elemento autônomo dentro da teoria do delito. A Doutrina do Delito-tipo, cuja publicação se deu em 1906, constituiu verdadeira revolução dogmática, tornando possível através do desenvolvimento e aperfeiçoamento da Teoria Clássica. A referida formulação do conceito analítico de crime, demonstrada na **Figura 2** | Conceito analítico do crime pormenorizado – Sistema Clássico, porém agora de maneira detalhada no Sistema Clássico (MENDONÇA; DUPRET, 2018).

SISTEMA CLÁSSICO (Liszt/Beling)		
Aspecto objetivo do crime		Aspecto subjetivo do crime
Fato típico	Ilícitude ou antijuridicidade	Culpabilidade (pressuposto: imputabilidade)

(elementos que o compõem) <ul style="list-style-type: none"> • Conduta(ação) • Resultado • Nexo de causalidade • Tipicidade 	Sempre presente, EXCETO quando o fato típico (crime) for praticado sob amparo de algum excludente de ilicitude, que podem ser: <ul style="list-style-type: none"> • Estado de necessidade • Legítima defesa • Estricto cumprimento de dever legal • Exercício regular de direito 	Subdivide-se em duas espécies: <ul style="list-style-type: none"> • Dolo • Culpa
---	--	--

Figura 2 | Conceito analítico do crime pormenorizado – Sistema Clássico

No conceito analítico de crime o delito é dividido em dois aspectos, o aspecto objetivo e o subjetivo. Pelo aspecto objetivo, inclui-se a materialidade do crime, ou seja, o fato típico que é o crime descrito na lei sem si, e a ilicitude ou antijuricidade. No aspecto subjetivo, que arremete à mente humana e seus preceitos, fica a culpabilidade. Nota-se que a partir daí, que a conceituação de Liszt, aperfeiçoada por Beling, dá ao crime um conceito pormenorizado, baseado e pautado pela Teoria Naturalista que norteava todas as demais ciências da época.

Na explicação de Cláudio Brandão (1997), a conceituação de Beling entende que a antijuridicidade não comporta divisões. Quando uma ação é antijurídica, ela o é em todos os ramos do Direito; porém quando ela extrapola certos limites objetivamente previstos na lei, estará sujeita a uma sanção penal. Não há que se falar em uma antijuridicidade administrativa, civil, tributária ou penal, visto que ela é uma só para todo o ordenamento.

A antijuridicidade da conduta para o jurista alemão, é o pressuposto geral da sanção penal. Quando uma conduta não entra em contradição com o ordenamento jurídico, não há que se falar em ação punível na esfera penal, ainda quando contradiga um ordenamento estranho como a moral ou os costumes, ainda quando ocorriam delitos putativos ou delitos imaginários (BELING, 1944).

2.1.3 Conceituação de Welzel

A conduta humana é o primeiro elemento constitutivo do crime, e se dá porque só ela pode ser objeto das valorações do Direito Penal. Deste modo, é a partir da conduta que se desenvolvem os conceitos penais, aí incluídos a tipicidade e o tipo doloso. Assim, é pelo fundamento da conduta que se conhecem as estruturas que irão nortear as instituições penais.

Não havia até o início da década de 30 do século passado, grandes propostas de modificações estruturais na teoria do delito na doutrina alemã, que em sua maior parte seguia ainda os parâmetros da Teoria Clássica, descrita previamente. O modelo Neoclássico, apesar de apresentar novos paradigmas e uma forma diferente de visualizar o sistema, não alterou significativamente sua estrutura categórica.

No entanto, naquela época, uma proposta diferente de visualização das categorias jurídico-penais do delito surgia. O jurista alemão Hans Welzel ensejou uma revisão geral do sistema, alterando profundamente a estrutura do conceito de delito, nascendo a Teoria Final da Ação, o Finalismo. Por meio da teoria finalista, “Welzel objetivava romper com o direito penal nazista. Para isso, não era suficiente retornar ao estágio dogmático anterior ao nazismo, mas era preciso modificar a própria dogmática” (BRANDÃO, 2000, p.91).

Welzel (2001) construiu toda a estrutura dogmática a partir de um conceito tripartido de crime, pautado na definição ontológica de ação como um movimento humano dirigido a uma finalidade, como exercício de uma atividade final e da liberdade (na sua forma de liberdade de vontade, de possibilidade empírica de atuação e de modo diverso).

Segundo o citado professor alemão, a ação humana seria destinada a um propósito e dotada previamente de uma vontade, razão pela qual o dolo e a culpa deveriam integrar o tipo penal. Com efeito, consoante a formulação dessa teoria, a tipicidade seria representada pela valoração fática dos elementos abstratos do tipo objetivo e subjetivo (com ação final dolosa ou culposa), por uma integração da proibição que demandaria uma atividade de subsunção; a antijuridicidade seria traduzida pela simples ausência de causas justificantes (permissões legais) e a culpabilidade denotaria um juízo de reprovação pessoal estruturado por meio da ideia de livre arbítrio.

É importante ter um grande entendimento da Teoria Finalista pois é a Teoria utilizada, não explicitamente, mas de maneira geral no Código Penal Brasileiro. A Teoria Final da Ação rompe com a ideia central do Neokantismo, consistente em as categorias jurídico-penais serem conceituadas e analisadas a partir de uma pauta de valores. Para o Finalismo, o sistema jurídico-penal e suas categorias devem ser construídos a partir do que denomina de estruturas lógico-reais (ou lógico-objetivas). Nestas estruturas, o legislador do Direito Penal compreende a realidade pré-jurídica e a partir desta compreensão lógica, constrói as regras jurídicas (PRADO, 2010, p. 101).

Roxin, discorre sobre a ação na Teoria Finalista, sendo que:

[...]no fato de que o homem, através de uma antecipação mental, controla cursos causais e seleciona meios correspondentes no sentido de determinado objetivo, supra determinando-o analiticamente (decorrendo daí) a consequência sistemática de que o dolo, o qual no sistema clássico e também no neoclássico era considerado como forma de culpabilidade, (...) aparece como integrante do tipo (...). Isso significa uma nova subjetivização do injusto, e uma crescente dessubjetivização e normativização da culpabilidade (2002, p. 200).

Welzel, descreve sua Teoria na seguinte colocação:

A ação humana é o exercício da atividade final. A ação é, portanto, uma ocorrência "final" e não apenas "causal". A 'finalidade', ou o caráter final da ação, fundamenta-se no fato de o homem, graças ao seu conhecimento causal, poder prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, atribuindo, portanto, diversos fins e direcionar a sua atividade, de acordo com um plano, para atingir esses fins. Graças ao seu conhecimento causal prévio, ele pode direcionar seus diversos atos de tal maneira que direcione o acontecimento causal externo a um fim e, finalmente, o domine. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente de acordo com o fim, mas é a causa resultante da constelação de causas existentes a cada momento. O fim é, portanto - dito em forma gráfica - 'vidente', a causalidade 'cega' (2004, p. 41, tradução nossa).

Hirsch (1999) explica que na concepção Finalista, o tipo é compreendido de modo bipartido, sendo uma parte objetiva (descrição legal) e outra subjetiva (vontade reitoria – dolo ou culpa). Tal teoria não substituiu o objetivismo dominante anteriormente pelo subjetivismo, devendo seu êxito, todavia, exatamente ao equilíbrio entre elementos objetivos e subjetivos.

Desta forma, segundo Pereira (2008), o tipo, que é o crime, assim seria composto de:

- elementos objetivos-descritivos (aquilo que se concretiza no mundo exterior;
- elementos subjetivos (relacionados à consciência e vontade – compostos de dolo e culpa) e, eventualmente;
- elementos subjetivos do injusto, denominados de doutrina clássica de dolo específico.

2.2 O desenvolvimento da teoria da antijuricidade no Brasil

Há um grande embate doutrinário no que diz respeito ao conceito analítico do crime. Muitas são as teorias existentes, porém, as duas correntes mais adotadas e defendidas são a Teoria Tripartida e a Teoria Bipartida, tendo, ambas, argumentos suficientemente fortes cunhados por renomados penalistas.

O Código Penal Brasileiro, conforme se aplica aos demais normativos brasileiros, decorre também de um processo histórico de formulação e de caracterização de conceitos. O nosso Código Penal – CP é de 1940, portanto, passou a vigorar ainda no Governo ditatorial de

Getúlio Vargas, e sob a égide da Constituição Autocrática de 1937. Importante destacar que o CP é originário também de um período difícil da história, mais exatamente em plena II Guerra Mundial.

O Código Penal Brasileiro também é composto pela Parte Geral e Especial, de forma semelhante ao Código Civil. A Parte Geral segundo Nolasco (2020) em seus 120 artigos, descreve e/ou até mesmo em certos momentos, explica conceitos de forma objetiva e sapiente, como, por exemplo a posição de garantidor (relevância da omissão) no art. 13, § 2º, CP, ou quando menciona sobre situações de concurso de pessoas previsto no art. 29, CP.

Por outro lado, a Parte Especial é composta da tipificação dos crimes, ou seja, é a parte que interessa aos telejornais e veículos de notícias, a parte que gera aquele trânsito nas avenidas afora quando ocorre algum sinistro, porque, de maneira geral, todos desaceleram para ver o que aconteceu e tipificar a conduta de algum indivíduo (NOLASCO, 2020).

Complementando, na Parte Especial é exatamente a tipificação do crime e a pena relativa. Isto porque, como a própria Constituição prevê no seu Artigo 5o. Inciso XXXIX, em consonância com o Código Penal, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988).

Isto quer dizer que é necessário existir exatamente e literalmente o crime e a pena respectiva para eventual aplicação legal. Não se pode inovar nesta seara, sob prejuízo da incolumidade do cidadão, pois de acordo com art. 13 do Código Penal Brasileiro “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (BRASIL, 2017).

Existem duas correntes que duelaram para compor a Teoria do Crime, uma são as correntes minoritárias, a outra as correntes majoritárias, tendo na corrente minoritária a Teoria Tetrapartida (ou quadripartida) e a Teoria Pentapartida. Para a teoria Tetrapartida, nunca adotada pelo Código Penal Brasileiro, ocorre a ponderação de que o crime é todo fato típico, ilícito, culpável e punível, sendo esta defendida por Basileu Garcia (MARQUES, 2008).

Ainda sobre a Teoria Tetrapartida, Roxin (1992) pondera que a política criminal deve definir o âmbito da incriminação, bem como os postulados da dogmática jurídicopenal, Roxin sustenta que a responsabilidade do autor do fato punível também deve ser elemento do conceito analítico do delito.

Ainda dentro da corrente minoritária, sobre a Concepção Pentapartida, Carnelutti chegou a vislumbrar tal concepção, adotando em seu estudo qualitativo do delito conceitos sistemáticos peculiares ao negócio jurídico, sendo os caracteres “da capacidade, da legitimação,

da causa, da vontade e da forma”; não percebendo as diferenças ontológicas entre o delito e o negócio jurídico (CARNELUTTI, 1999).

Na corrente majoritária tem-se as Teorias Bipartida e Tripartida do crime. A Teoria Tripartida segundo Marques (2008), certamente aparenta ser a mais coerente, tendo em vista que não somente a tipicidade e ilicitude são pressupostos da pena, mas também a culpabilidade, no entanto, ambas colaboram para que o agente seja responsabilizado ou não pelo delito praticado.

Partindo para o lado histórico, percebe-se que a Concepção Tripartida, sugira com Beling (1944), que ao criar o conceito de tipo, passou-se a integrar no conceito estratificado de crime. Sobre a concepção, Galvão e Greco (1999, p.47) ponderam que “a inicial estruturação analítica bipartida pelo critério objetivo - subjetivo sofreu constantes revisões. Com Beling, tomou a forma tripartida, através da introdução do conceito de tipo”.

Para a Concepção Tripartida, o próprio Welzel (2004) admite que para ocorrer uma análise de maneira completa, e concluir que o fato praticado na finalidade do agente é crime ou não, deve-se analisar os caracteres da tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Toledo também adota esta concepção, sendo a sua definição a seguinte:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bem jurídico (jurídico-penal) protegido. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável (1994, p.80).

Por outro lado, a Teoria Bipartida, que tem como principais adeptos, Damásio de Jesus, Fernando Capez, Celso Delmanto, Renê Ariel Dotti, Julio Fabbrini Mirabete, Flavio Augusto Monteiro de Barros, José Frederico Marques, Renato Nalini Fabbrini, Maggiore, Cleber Masson, entre outros. Para esta corrente, crime é todo fato típico e ilícito, logo, para esses a culpabilidade não faz parte do conceito analítico de crime, sendo então apenas um pressuposto de aplicação da pena (MARQUES, 2008).

No Brasil, é aderido o pensamento bipartido. Capez (2011) ilustra de forma clara e objetiva tal fato através de um exemplo prático, sendo menor o agente que praticou o roubo, e por esta razão considerado inimputável, não poderá ser culpado pelo fato delituoso que cometeu, contudo, a sua ação de subtrair coisa alheia móvel para si ou para outrem, mediante

grave ameaça ou violência a pessoa (CP, art. 157), não deixa de ser tipificada como crime, tendo em vista ser fato típico e antijurídico.

Até aqui, já se tem por certo que o menor, por se enquadrar em uma das excludentes de culpabilidade, não poderá sofrer pena. Porém, este exemplo ainda nos proporciona vislumbrar outros horizontes, outras situações. Entrando um terceiro na história que, nessa ocasião, dolosamente adquire o produto do roubo efetuado pelo menor, comete ele o crime de receptação, previsto no art. 180 do Código Penal. É aqui onde poderemos consolidar ainda mais nossa ideia de que a culpabilidade incide no agente e não no fato criminoso (CAPEZ, 2011).

Mesmo, porém, adquirindo produto de roubo praticado por menor, o agente não se exime do crime de receptação, pois sua conduta não está atrelada à inimputabilidade de quem praticou o roubo, e sim ao crime cometido por este. Se assim não fosse, o suposto receptor não seria enquadrado neste tipo penal, haja vista que o produto adquirido não teria advindo de um crime, qual seja, o roubo. Para que o terceiro que dolosamente adquiriu o produto do roubo cometa crime, é necessário que o menor também tenha cometido crime, pois não sendo verificada esta última afirmação, o objeto que o terceiro adquiriu, conseqüentemente, não seria produto de crime (IBIDEM, 2011).

Levando-se em consideração a Teoria Tripartida, nesse exemplo, o menor não teria cometido crime, pois não pode ser culpado. Diante disso, como seria avaliada a conduta do terceiro que adquiriu o objeto subtraído? Seria ele absolvido? Beneficiado pela inimputabilidade do menor? Seria sua conduta considerada atípica? Seria isso justo? Creemos que não (IBIDEM, 2011).

O autor ainda pondera que a resposta mais acertada para essas indagações é a ideia que queremos demonstrar com esse exemplo a culpabilidade não recai sobre o fato criminoso, mas sim sobre quem o praticou, ou seja, a conduta do menor sim delituosa, porém, não será ele punido por se eximir da culpabilidade mediante excludente. Já o terceiro que dolosamente adquiriu o produto do roubo será sim culpado e, por conseguinte, punido, pois a não-culpabilidade do menor não influi em nada na configuração do crime de roubo e, por consequência, na do crime de receptação.

2.3 Classificação e causas de exclusão da antijuricidade ou ilicitude

De acordo com o art. 23, art. 24 e art. 23 do Código Penal Brasileiro, as causas de exclusão da antijuricidade são:

Exclusão de ilicitude

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

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

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

Excesso punível

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

Estado de necessidade

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Legítima defesa

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

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes (BRASIL, 2021, p.17).

De acordo com Faria (2015), as causas de exclusão da antijuricidade podem ser chamadas de justificativas, justificantes, eximentes, discriminantes ou tipos permissivos. As causas excludentes da ilicitude afastam um dos elementos do crime, qual seja, a contrariedade da conduta ao direito. Ainda segundo o autor, as causas de exclusão da antijuricidade dividem-se em causas previstas na Parte Geral do Código Penal, causas previstas na Parte Especial do Código Penal e causas supralegais.

As primeiras encontram-se elencadas no art. 23 são aplicáveis a todas as condutas típicas previstas na Parte Especial do Código Penal ou em leis penais especiais. Como já supracitadas, são elas: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito. As causas previstas na Parte Especial do Código Penal são válidas apenas para os delitos correspondentes, como, por exemplo, o art. 1284, que traz o aborto legal (necessário, humanitário), ou o art. 1425, que trata das imunidades nos crimes contra a honra (IBIDEM, 2015).

Resumidamente, embora algumas condutas estejam previstas em lei como fato típico, dependendo da situação não serão consideradas crimes, vez que determinada conduta está prevista em lei como excludente de ilicitude. Desta maneira, se o indivíduo agir em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito, estará acobertado pela excludente de ilicitude, não praticando fato típico.

3 DA DOGMÁTICA JURÍDICA DA LEGÍTIMA DEFESA

3.1 A legítima defesa como excludente de antijuridicidade

A legítima defesa se encontra salientada no ordenamento jurídico brasileiro como uma legitimação singularizada com fins específicos para afetação dos bens protegidos no que diz respeito aos aspectos de proteção a vida, a integridade individual ou de terceiros de forma penalmente.

De acordo com Melo (2020), a legítima defesa surge como direito natural do homem desde a existência das primeiras sociedades, como uma forma de autodefesa onde o indivíduo precisa reagir/repelir a uma agressão injusta contra si. É incontestável que o instituto da legítima defesa sofreu diversas alterações com o passar dos anos e conforme o ordenamento jurídico de cada sociedade que a admitiu.

Como já supracitado sobre a antijuridicidade, e com o complemento de Masson (2015) a mesma é a contrariedade entre o fato típico praticado por alguém e o ordenamento jurídico, capaz de lesionar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados.

Tudo que vem a ser contrário ao fato típico, aquilo que corresponde a uma conduta praticada no mundo físico, real descrita em lei, ou seja, toda posição contrária a lei provoca a ilicitude ou antijuridicidade no ordenamento jurídico, tornando o fato definido como crime ou infração penal, ensejando a aplicação de uma pena para o indivíduo que transgrediu a lei (IBIDEM, 2015).

Ainda debatendo sobre a legítima defesa, vale a pena mencionar a teoria da exclusão da antijuridicidade. Esta teoria é tida como uma das mais modernas doutrinas fundamentadoras do instituto da legítima defesa, e conhecida também como teoria da ilicitude da ação, parte da premissa de que para se considerar criminoso, o fato deve ser contrário ao direito. Deste modo, não é contrário ao direito um ato que repele injusta lesão a um direito, qual seja a vida humana. A teoria da ausência de antijuridicidade é a adotada pelo direito positivo pátrio e é dominante na doutrina brasileira. (LINHARES, 1974)

A antijuridicidade é o segundo elemento do conceito analítico do crime. Ela é definida como um juízo de valor negativo, que atribui ao fato do homem a qualidade de ser contrário ao Direito, dando à ação o caráter não querida pelo Ordenamento Jurídico. Pode-se dizer que é uma inferência feita pelo julgador, que encerra um juízo de desvalor, o qual expressa dois significados, sendo o primeiro a ação humana realizou um tipo penal de forma não foi

autorizada por uma norma do Direito; e o segundo o agente violou com sua conduta um bem jurídico. (BRANDÃO, 2015, p. 81)

Hans Welzel (1956), declara que a antijuridicidade é uma característica da ação, e, mais exatamente, a relação que expressa um desequilíbrio entre a ação e o ordenamento jurídico, enquanto o injusto é a ação antijurídica como conjunto, e, o objeto com seu atributo valorativo.

Apesar de aparentemente paradoxal, a antijuridicidade não é uma teoria do contrário ao direito, mas é uma teoria do conforme o direito. Maurach, neste tocante, respalda que "a teoria da antijuridicidade é, na prática, uma teoria do conforme o direito, a saber, a apresentação daquelas condutas que, apesar do cumprimento do tipo, são no caso particular, não antijurídicas" (MAURACH, 1962, p. 347).

Já Noronha em sua obra, a respeito da antijuridicidade, define de forma conclusiva que:

A ação é antijurídica ou ilícita quando é contrária ao direito. A antijuridicidade exprime uma relação de oposição entre o fato e o direito. Ela se reduz a um juízo, a uma estimativa do comportamento humano, pois o Direito Penal outra coisa não é que um complexo de normas que tutelam e protegem as exigências ético-sociais. O delito é, pois, a violação de uma dessas normas. (1991, p. 95)

Com intuito de esclarecer o atual estudo, apresenta-se a noção de ilicitude conceituada pelo doutrinador Greco:

Ilicitude, ou antijuridicidade, é a conexão de antagonismo, de adversidade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico; [...] se a conduta típica do agente chocar com o ordenamento jurídico penal, relataremos ser ela penalmente ilícita (2015, p.369).

Assim, constata-se que a antijuridicidade ocorre perante a contradição de alguma conduta ao que presume a norma penal vigente, consequentemente apontada ilícita quando enfrentar à norma prevista legalmente.

Esta excludente, que é denominada exclusão da antijuridicidade ocorre em se tratando na legítima defesa, o caso continua típico, porém, não existe nenhum crime. Então, excluindo-se a ilicitude, sendo ela requisito do crime, mantém descartado o típico delito. Perante consequência, o praticante tem de ser absolvido.

De forma bem objetiva, Brandão (2015) estabelece que no nosso Código Penal, a antijuridicidade está definida negativamente, ou seja, por suas próprias causas de exclusão. Quando o legislador tipifica um comportamento, o mesmo considera como apto de uma pena,

ou seja, quando alguma pessoa realiza uma conduta típica, tida como violadora de um bem jurídico tido como desvaliosa, por essa razão a conduta típica é antijurídica. Há casos no direito penal que está autorizada a conduta típica, desses casos cuida a teoria da antijuridicidade, pelas causas de justificação.

A respeito da ilicitude ou antijuridicidade, Brandão em sua obra ensina-nos que:

A noção de ilicitude ou de antijuridicidade está ligada à noção de sanção, posto que o ilícito consiste na conduta contra a qual a sanção é dirigida como reação. Não há, pois, do ponto de vista de uma Teoria Geral do Direito, um fato que por si só seja lícito ou ilícito. A licitude ou ilicitude de um fato deve-se exclusivamente à atribuição de uma sanção pelo ordenamento jurídico ao comportamento contrário ao seu comando. (2015, p. 86)

A regulamentação da legítima defesa, compreendida tal como excludente de antijuridicidade, tem espaço num contexto de relevância, em decorrência de excluída a ilicitude, não ocorre crime. As hipóteses legais da exclusão de ilicitude estão perante o artigo 23, inciso II do Código Penal, o qual em regra assegura a um agente que rechaçou certa agressão injusta atual ou que está prestes a acontecer, o direito de jamais ser punido, basta haver a exclusão do ilícito penal.

A legítima defesa é reconhecida como motivo de exclusão da antijuridicidade, ora da ilicitude, como preferiu o legislador brasileiro. Conforme com o que estabelece o Código Penal no seu Artigo 25, compreende-se acerca da legítima defesa o mesmo que, utilizando com moderação os métodos essenciais, refuta injusta agressão, atual e iminente, a direito seu ou de terceiros.

Bitencourt (2012), em sua obra descreve a agressão como uma conduta humana que lesa ou põe em risco um bem ou interesse juridicamente tutelado, pois, em regra quando alguém efetua uma conduta típica, ela será também antijurídica. Entretanto, esta afirmativa não é soberana, dado que o ordenamento prevê ocasiões em que, apesar de serem típicas, estão protegidas por excludentes de antijuridicidade do agente.

Analisa-se na legítima defesa, é um motivo excludente de antijuridicidade de um fato que se encaixa a um tipo penal incriminador, executando que o fato aparentemente criminoso seja justo.

De forma bem objetiva Brandão (2015) determina que a antijuridicidade deve sempre ser inferida objetivamente, ou seja, que não depende da opinião do agente e nem estão vinculadas a sua capacidade de Direito Penal, pois, a antijuridicidade do fato sempre subsiste.

Luiz Regis Prado, aborda uma concepção primordial para o estudo relacionado à ilicitude e sua ligação com a legítima de defesa, como aspecto de exclusão da antijuridicidade, declarando:

Durante a compreensão de um fato concreto ao tipo legal, ou seja, o juízo de tipicidade, tem um caráter positivo, o juízo de ilicitude, resultante da averiguação da operatividade de uma norma permissiva, evidencia um aspecto negativo. Nesse sentido, destaca-se que a ilicitude ou antijuridicidade é a violação da ordem jurídica em seu conjunto, atendendo a efetuação do tipo. A efetuação de toda ação prevista em um tipo de injusto de ação doloso ou culposo será antijurídica, durante o tempo que não concorra uma causa de justificação. (2019, p.392)

O docente analisa que a antijuridicidade, dá-se quando acontece um descumprimento na ordem jurídica, sendo efetuado o tipo penal, que é previsível na sua jurisprudência, e deste molde, para que aconteça sua exclusão, há se entender o contexto no qual se aplica uma das causas de justificação, referindo-se na nossa questão, a legítima defesa, que se caracterizando eliminará a antijuridicidade do fato típico, condenável.

Relevante destacar que Welzel critica a reunião entre tipicidade e antijuridicidade, afirmando que a conduta de matar alguém em legítima defesa (justificada) não possui o mesmo desvalor da conduta de matar uma mosca (atípica), de modo que ambas as situações não poderiam ser postas no mesmo plano de desvalorização (WELZEL, 2004, p. 92).

Portanto, identifica-se mais racional a opção por um conceito bipartido para o estudo do crime, para que o delito seja compreendido como um fato injusto e culpável, em consequência da unificação das categoriais da tipicidade e antijuridicidade no âmbito da nova categoria do injusto penal, na forma adotada por Juarez Tavares, já em sua clássica obra Teoria do Injusto Penal.

Na mencionada obra, Tavares ainda complementa que:

Tanto o tipo quanto a antijuridicidade se submetem ao mesmo crivo para verificar se, desde logo, a incriminação da conduta é ou não, no seu todo, independentemente de sua previsão legal, incompatível com a ordem democrática. Se a conclusão for afirmativa, a conduta deverá ser considerada lícita, de vez que sua proibição ou determinação constitui uma manifestação de abuso do poder de punir. (2003, p. 163)

Refere-se, desta forma, no emprego do termo antijuridicidade (ou ilicitude) como um adjetivo e da expressão injusto como um substantivo. Nessa vertente, o próprio Welzel constata que a antijuridicidade é uma mera relação (uma contradição entre dois membros de uma relação), enquanto o injusto é algo substancial sendo a conduta antijurídica mesma (WELZEL, 1993, p. 61).

3.2 Natureza jurídica e fundamentos da legítima defesa

Legítima Defesa é um instituto jurídico atribuído como uma excludente de ilicitude, ou seja, é uma causa de justificação do ato do agente, conforme se depreende do Código Penal (1940): “art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Isso implica dizer que quem age em legítima defesa não comete crime, conforme estatui essa mesma lei penal:

“Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:
I – [...];
II - em legítima defesa;
III – [...].”

Historicamente, o Estado, a partir do momento em que chamou para si a responsabilidade de distribuir justiça, aplicando a lei ao caso concreto, pretendeu terminar com a justiça privada, geradora de inúmeros excessos e incidentes incontroláveis. Entretanto, não podendo estar, por meio de seus agentes, em todos os lugares ao mesmo tempo, facultou à pessoa agredida a legítima defesa de seus direitos, pois, caso contrário, o direito deveria ceder ao injusto, o que é inadmissível.

Está assentada em 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.

Trata-se de uma reação humana, contra ato agressivo injusto e voluntário praticado por outro ser humano. Embora essa reação não possa ser medida com precisão matemática, a atitude reativa deve ser moderada e proporcional ao agravo até cessá-lo. O critério da moderação é muito relativo e deve ser apreciado em cada caso, ficando o agente defensor sujeito a punições pelo excesso cometido.

Dessa forma, não é razoável, hipoteticamente, um homem forte, robusto, com estatura de dois metros de altura, mestre em artes marciais, desferir e matar, com vários tiros de arma de fogo, um homem franzino, de estatura baixa para os padrões médios, cuja massa corporal seria inferior a cinquenta quilogramas, que o atenta de mãos limpas. Por vezes, bastaria um simples empurrão. Claro que são as circunstâncias e as peculiaridades do momento que irão ditar a forma e o meio pelo qual o defensor irá repelir a injusta agressão.

É reconhecida unanimemente a natureza da legítima defesa como causa de justificação. Notadamente a partir do processo dialético de Hegel, a contradição não mais é o

que deve ser evitado a qualquer preço, mas, ao contrário, é o que impulsiona o pensamento e ao mesmo tempo a história. A história seria, em resumo, o pensamento que se realiza (VERGEZ, 1988, p.277).

Resumia-se a afirmação de Hegel em que o delito é a negação do direito. Logo, como a negação da negação é a afirmação, a legítima defesa é uma afirmação do direito. Segundo Zaffaroni (1981), o silogismo hegeliano situa a legítima defesa como um sucedâneo da pena, que entra em jogo, quando a ordem jurídica não pode fazer sua própria defesa.

Reconhecida em todos os sistemas jurídicos, seu conceito legal não apresenta diferença considerável. A legítima defesa é sempre considerada como a resposta proporcional a uma agressão injusta. Segundo Conde (1998, p.358), deve ser acrescentado a este aspecto individual da legítima defesa também um enfoque supraindividual representado pela necessidade de defesa da ordem jurídica e do Direito em geral, atingidos pela agressão antijurídica.

De modo objetivo, a legítima defesa é uma causa de exclusão de antijuridicidade, com sua ilicitude prevista no artigo 23, inciso II do Código Penal, pois em regra assegura ao agente que repeliu uma agressão injusta atual ou iminente o direito de não ser punido, tendo em conta existir a exclusão do ilícito penal.

Com relação ao artigo 25 do Código Penal, estabelece as definições penais da legítima defesa no nosso ordenamento jurídico atual. Sanciona deste modo o caput: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

De acordo com Greco (2015, p. 395), o estado por mediante das forças de segurança pública, e logo representantes, manifesta-se incapacitado de estar presente em vários os locais ao mesmo instante, motivo para que permite em ocasiões que se enquadram nos quesitos supostos pela lei penal, que se defendam. Por conseguinte, encontrando-se presentes restrições e regramentos propícios ao instituto da legítima defesa mencionada na lei penal, para que não troque a legítima defesa com a vingança privada.

De acordo com Prado (2019, p. 401), a legítima defesa vem a ser “a repulsa ou o impedimento da agressão ilegítima, atual ou iminente, pelo agredido ou terceira pessoa, contra o agressor, sem ultrapassar a inevitabilidade de defesa e dentro da racional proporção dos meios empregados para impedi-la ou repeli-la”.

Em concordância com Bitencourt (2012), a legítima defesa apresenta um duplo fundamento, pois de um modo, há necessidade de defender bens jurídicos perante uma agressão

injusta, por outro lado, existe o compromisso de resguardar o ordenamento jurídico, que se enxerga afetado ante uma agressão ilegítima.

Em seus ensinamentos, Bitencourt estabelece que

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. A legítima defesa, no magistério de Bettiol, “constitui uma circunstância de justificação, por não atuar *contra ius* quem reage para tutelar direito próprio ou alheio, ao qual o Estado não pode de nenhuma maneira, dadas as circunstâncias do caso concreto, oferecer a mínima proteção” (2012, p. 158)

Prado (2019), diz que a verdadeira natureza jurídica da legítima defesa em primeira colocação, reside na necessidade de defesa de bens jurídicos e em segunda colocação, ao se repelir agressão ilícita, preserva-se o ordenamento jurídico.

3.3 Requisitos da legítima defesa

Examinando o artigo 25 do Código Penal, constata-se que a definição legal de Legítima Defesa se esbarra repleta de elementos que traz necessidade de uma correta compreensão, tendo em vista o mais perto possível de uma veracidade concreta. Com isso, é importante um conhecimento de seus requisitos sendo a agressão injusta, atual ou iminente, meios necessários e moderação. A ausência de qualquer um destes exclui a legítima defesa.

Os pressupostos da legítima defesa devem ser examinados a partir de uma determinada situação de legítima defesa, facultando ao existir, a prática da ação defensiva, o exercício do direito de legítima defesa. Segundo Prado inclui a indispensabilidade do requisito subjetivo, que é relacionado ao reconhecimento da agressão e a desejo de defesa, isto é, o responsável deve ser condutor do elemento subjetivo, firme na ciência da agressão e no intento de atuar em defesa de direito seu ou de terceiros (PRADO, 2019, p. 404).

3.3.1 Agressão injusta

A primeira condição de legitimidade consiste em ser legítima a causa, o que implica a exigência da injustiça do ataque. Injusta é ilicitude, que não tem o amparo da ordem jurídica.

A agressão é um comportamento humano que põe em perigo um interesse juridicamente protegido, entretanto, se um policial se usa da violência para impedir um crime, consiste em uma agressão justa, pois o próprio atuou na defesa de um bem jurídico garantido pelo ordenamento válido. Assim, a “agressão injusta significa ilícita, antijurídica, sem amparo

da ordem jurídica (não só da lei penal), ainda que não obrigatoriamente punível” (PRADO, 2019, p. 403).

A razão é clara e decorre do próprio fundamento da discriminante, se a defesa é legítima porque o direito não deve ceder ao ilícito, importa reconhecer que só seres humanos podem praticar atos ilícitos. Ficam excluídas, portanto, as ameaças decorrentes do fato de animais ou de coisas inanimadas, salvo quando estes estiverem servindo como instrumento da agressão humana (JUNQUEIRA e VANZOLINI, 2021).

Cezar Roberto Bitencourt diz que:

Injusta será, a agressão ilícita (não necessariamente típica e antijurídica) que não estiver autorizada pelo ordenamento jurídico, ou seja, é por isso que a reação a uma agressão justa não configura legítima defesa, como, por exemplo, reagir à regular prisão em flagrante ou a ordem legal de funcionário público (2012, p.159).

Relevante salientar que os inimputáveis (doentes mentais, menores de 18 anos) são capazes de sofrer reação do agredido defendido pelo instituto da legítima defesa, já que, o Código Penal, em seu artigo 23 não faz diferenciação se o agente agressor é imputável penalmente ou não.

É, também, de grande importância frisar que é fundamental que haja, primeiramente, por parte do agente, reação em oposição a aquele que está praticando uma agressão devendo esta ser imediata à agressão ou tentativa dela, mesmo porque o retardamento na reação desconfigura a discriminante.

3.3.2 Atual e iminência

Agressão atual designa a uma agressão presente, ou seja, é aquela que está acontecendo; iminência designa a agressão que está prestes a ocorrer, isto é, aquela que mesmo não estando aparecendo irá acontecer quase que imediato. Vale destacar que a reação tem que ser instantânea à agressão, visto que a lentidão no revidar desqualifica a excludente de antijuridicidade da legítima defesa, configurando vingança de aparência premeditada que por sua parte é vedada pelo ordenamento jurídico, e suscetível a sanções penais. Com isso, Prado (2019) explica que, não há legítima defesa versus legítima defesa ou contra qualquer outra causa de exclusão de ilicitude. Não se indaga se o ataque era ou não evitável, ou previsível, sendo indiferente a possibilidade de fuga do agredido.

Bitencourt (2012), diz que a agressão também pode ser atual ou iminente. A atual é a agressão que está acontecendo, isto é, que ainda não foi concluída; iminente é a que está

prestes a acontecer, que não admite nenhuma demora para a repulsa, e, vale ressaltar que a agressão iminente não se confunde com agressão futura. A reação do agredido para caracterizar a legítima defesa deve ser sempre preventiva: deve impedir o início da ofensa ou sua continuidade, desde que esta, se não for interrompida, produziu danos maior.

Prado (2019), afirma que, a regulamentação da legítima defesa reside na faculdade de autodefesa, o que significa que o agredido poderá se limitar à proteção dos bens jurídicos, evitando lesões desnecessárias. No caso de provocação, tem sido entendido que só obsta a legítima defesa se for premeditada ou intencional ou se revestir de uma verdadeira agressão.

Portanto, restou nítido que a diferença entre agressão atual e iminente não é tão fácil como aparenta ser, pois, é preciso que consideremos a agressão iminente, a sua certeza em acontecer quase que imediatamente, de modo que nos impeça, de outro modo, de buscar auxílio junto aos aparelhos repressores formalmente instituídos.

3.3.3 Meios necessários

Os meios necessários são utilizados de forma proporcionalizada e suficiente para interromper a agressão e se viável decidindo o meio menos gravoso para cessar a agressão recebida. Nunca é simples para o agredido, que esteja completamente dentro em um cenário de medo ou pânico siga certamente todos os critérios da proporcionalidade, inclusive pelo motivo que a legítima defesa é uma reação natural, um instinto do homem, em razão disso a exigência da proporcionalidade não é compatível com o instituto, todavia é possível que estabeleça certo limite para a acomodação da devida excludente, recordando que o direito à legítima defesa não é absoluto.

Relevante destacar que a portaria interministerial 4.266 de 2010, que descreve diretrizes sobre o uso da força, indicada de forma simples em seu tópico 3 que “os agentes de segurança pública não deverão disparar armas de fogo contra pessoas, exceto em casos de legítima defesa própria ou de terceiros contra perigo iminente de morte ou lesão grave” (BRASIL, 2010).

Sobre a utilização dos meios necessários, Welzel (1993) discorre que deve o agente utilizar para repelir a agressão injusta, atual ou iminente. Tem-se entendido que meios necessários são os que causam o menor dano indispensável à defesa do direito, já que, em princípio, a necessidade se determina de acordo com a força real da agressão.

Zaffaroni e Pierangeli (2011), complementam que para ser legítima, antes de mais nada a defesa deve ser necessária, ou seja, que o sujeito não estivesse obrigado a realizar outra

conduta menos lesiva ou inócua ao invés da conduta típica. Não age justificadamente aquele que, para defender-se de uma agressão a socos, responde com tiros de metralhadora, ou quem, para defender-se dos golpes incertos de um bêbado, revida com um outro golpe que lhe fratura vários ossos. Nesses casos é excluída a legítima defesa, porque a conduta realizada não era necessária para neutralizar a agressão, pois, os socos podem ser respondidos com a mesma maneira e o bêbado pode ser repellido com um empurrão.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu que o método de repelir a agressão, também, pode influenciar inquestionavelmente na definição do elemento em exame. Deste modo, o uso de arma de fogo, não para matar, mas para ferir ou acovardar, pode ser visto como meio menos lesivo e, deste modo, necessário. No entanto, vale recordar que a legítima defesa é uma reação natural, instantânea, e em regra não há tempo para agir de forma decisivamente proporcional, com isso, o que se necessita conter é uma completa desproporcionalidade (TOLEDO, 1994, p. 201).

Contudo, se um sujeito em posse de um instrumento cortante empenha-se em ferir um policial, ou pegar a arma do mesmo, este terá que se defender utilizando os meios que estão ao seu alcance o que normalmente é uma arma de fogo.

Ao se deparar com uma agressão injusta, refletir e discernir o meio necessário e ainda de forma moderada, nos parece que o agente deve, a princípio, contar com uma frieza calculista. O meio necessário é aquele que o agredido injustamente dispõe no momento da agressão e que seja capaz neutralizá-la. Nesse momento que a pessoa deve utilizar o meio menos lesivo para neutralizar o agressor.

Se o meio utilizado pelo agressor for desproporcional, a priori, a legítima defesa não será aplicável. Vale lembrar que o critério utilizado para se pautar se foi ou não empregado moderadamente os meios necessários é o homem médio.

Essa moderação que a lei e a doutrina discorrem, devem ser aquela defesa justa menos lesiva ao agressor, de maneira suficiente para paralisar a agressão. Caso o agente utilize o meio de forma imoderada, ultrapassando aquilo que se considera razoável para conter a agressão, estaremos diante da figura do excesso, em tese. Se o excesso for doloso, restará afastada o instituto da legítima defesa. Portanto, o uso moderado ou imoderado dos meios necessários é tênue, devendo o profissional do direito adequar a norma ao caso concreto para formula a tese de defesa mais viável.

3.3.4 Moderação

Os meios necessários pode ser qualquer meio a competência do agredido no ato da agressão. Entretanto, é relevante que o agredido que selecione os meios necessários e manuseie com moderação, isto é, que tenha aceitável proporção entre a defesa praticada e o ataque sofrido.

A moderação consegue ser analisada tendo em conta as condições pessoais e as circunstâncias especiais em que esteve o agente. Nota-se que todos os requisitos da legítima defesa estão submetidos ao mesmo exame. Incube ao juiz, ouvindo o acusado e informando-se dos fatos através do processo, reerguer mentalmente, dentro do possível, os atos realizados para avaliar se foram proporcionais à ofensa recebida.

Com intuito de esclarecer o atual estudo, diz Cezar Roberto Bitencourt que a reação pessoal à agressão é legítima nas condições definidas pela lei. Mencionando que a legitimação conferida pelo Estado é excepcional, requisitando obediência aos limites da necessidade e da moderação, complementa:

A configuração de uma situação de legítima defesa está diretamente relacionada com a intensidade e gravidade da agressão, periculosidade do agressor e com os meios de defesa disponíveis. No entanto, não se exige uma adequação perfeita, milimetrada, entre ataque e defesa, para se estabelecer a necessidade dos meios e a moderação do seu uso. Reconhece-se a dificuldade valorativa de quem se encontra emocionalmente envolvido em um conflito no qual é vítima de ataque injusto. A reação *ex improviso* não se compatibiliza com uma detida e criteriosa valoração dos meios necessários à repulsa imediata e eficaz. (2012, p. 160)

A definição de moderação, por ser extremamente pessoal e ligada ao aspecto subjetivo da repulsa, não pode sujeitar-se à fria análise de teóricos afastados da situação concreta que originou a agressão injusta. Dessa forma, por ser uma reação humana, sua medida é a conduta do homem médio, estabilizado e regulado ao meio social, que não pode sucumbir diante da agressão injusta, atual ou iminente que surge inesperadamente exigindo uma reação.

Considerando a moderação no emprego dos meios necessários, é fundamental ter em conta, essencialmente, os meios de reagir que estariam à escolha do agredido e o meio de que lançou mão. Em seguida, é necessário demonstrar se o meio foi empregado com o comedimento possível, atendidas, espontaneamente, as condições em que se apresentava o agredido. Com isso, esta é a compreensão de Nelson Hungria, completando que, se o meio empregado era verdadeiramente o único de que possuía, ainda que a agressão tenha resultado mais grave do que a consequência do ataque, não fica descartada a moderação ou proporção da defesa (HUNGRIA, 1958, p. 301).

A Moderação permanece no tempo que durar a agressão, ou seja, terminada a agressão, deve terminar a reação, todavia se o agente continua reagindo mesmo depois de findada a agressão dispõe-se o excesso da legítima defesa, replicando de forma dolosa ou culposamente. Por exemplo: um grupo de policiais patrulhando e repentinamente são pegos de surpresa com vários lançamentos de ovos em suas direções, com isso a reação acontece com o emprego de armas de fogo, obviamente que a reação não tem de ser com ovos, e sim com uso de armas menos letais. Na presente realidade dos nossos agentes de segurança pública a cenário é um tanto complexo, tendo em conta a grande maioria das radiopatrulhas não serem equipadas com armamento menos letal e muitos policiais não são capazes para o manuseamento de certos tipos de armas.

O art. 25 do Código Penal não a exige expressamente, mas firmaram-se doutrina e jurisprudência no sentido de que, assim como no estado de necessidade, a legítima defesa reclama também proporcionalidade entre os bens jurídicos em conflito. O bem jurídico preservado deve ser de valor igual ou superior ao sacrificado, sob pena de configuração do excesso. Como exemplo: não pode invocar legítima defesa aquele que mata uma pessoa pelo simples fato de ter sido por ela ofendido verbalmente.

3.4 Elemento subjetivo da legítima defesa

Diversos doutrinadores sustentam que o elemento subjetivo também é requisito da legítima defesa para o agente atuar ciente que a agressão que sofre é injusta, nessa condição o ânimo da defesa será o elemento subjetivo da justificação; perdendo o direito de alegar legítima defesa, aquele que acredita que está cometendo um ato ilícito. Em síntese, a legítima defesa necessitará do entendimento da situação da agressão injusta e da necessidade da repulsa. Em analogia, Jesus descreve:

A par dos requisitos de ordem objetiva, previstos no artigo 25 do Código Penal, a legítima defesa exige requisitos de ordem subjetiva: é preciso que o sujeito tenha conhecimento da situação de agressão injusta e da necessidade da repulsa. Assim, a repulsa da legítima defesa deve ser objetivamente necessária e subjetiva conduzida pela vontade de defender-se. (2011, p. 434)

No entanto, o elemento subjetivo se adequa na conduta do agente, e, sendo a antijuricidade um adjetivo desta, todos os elementos subjetivos associa-se de acordo com a conduta. Desta forma, para a tipificação da legítima defesa é essencial que o agente tenha compreensão da agressão injusta e também da precisão de se defender.

Masson (2015) coloca que os elementos objetivos das causas excludentes de ilicitude estão diretamente relacionados aos aspectos exteriores de um fato, e são legalmente previstos pelo Código Penal. Porém, além destes elementos objetivos, buscaram-se para a caracterização das causas justificantes, elementos relacionados à situação psíquica do agente em cada caso concreto. Assim, pode-se dizer que, o elemento subjetivo é o conhecimento do agente em estar agindo de acordo com uma das causas excludentes de ilicitude, é a consciência daquele que age acobertado por uma das normas permissivas, e compreende que está diante de uma situação justificante.

Vale ressaltar a presença do elemento subjetivo na legítima defesa, assim dizendo, o sujeito ativo tem que entender que estará atuando em legítima defesa, o agente tem que conhecer que está atuando de compromisso com o que o direito determina.

De acordo com Prado (2019, p.404), reforça que o elemento subjetivo é o conhecimento da agressão e vontade de defesa, isto significa, que o agente tem que ser portador do elemento subjetivo, firme na ciência da agressão e no ânimo ou vontade de atuar em defesa de direito seu ou de outrem (*animus defendi*).

Observe o que relata Bitencourt na sua doutrina:

Apesar de que não se obrigue a consciência da ilicitude para afirmar a antijuridicidade de uma conduta, é fundamental, para afastá-la, que se tenha, pelo menos, conhecimento da ação agressiva, além da finalidade de defender-se. O que se defende tem de conhecer a agressão atual e ter a vontade de defender-se (2012, p. 160).

Contudo, mostrou-se evidente que a legítima defesa não é formada apenas dos requisitos objetivos, uma vez que, tem que existir no agente, de forma espontânea, a compreensão, o entendimento que está agindo na proteção de um direito seu ou de outrem, caracterizando assim, o requisito subjetivo.

3.5 Do excesso na legítima defesa

Inicialmente, importa esclarecer o óbvio: o excesso apenas pode existir quando anteriormente a ele existia ação de legítima defesa. Isso porque o excesso consiste na ação que ultrapassa os limites legais da ação defensiva, tornando o que foi lícito em ilícito, razão pela qual o ofendido deve responder pela conduta excessiva.

Havendo o conceito de legítima defesa corretamente informado previamente, advimos à verificação do excesso na aplicação da legítima defesa, que é em conformidade com o parágrafo único do artigo 23 do Código Penal.

Nas circunstâncias de excesso na legítima defesa o autor irá responder pelo o que lhe incumbir, em seguida o que se seja examinado que seria fundamental para inibir a agressão, desta maneira a doutrina correlaciona os pressupostos da definição da excludente de ilicitude em pauta, de serão princípios que adequaram-se de referência para a designação do excesso, que se acontecer não mudará por inteiro a circunstância decorrida de legítima defesa, todavia respondendo o agente defensor pelas irregularidades promovidas em excesso.

Na visão de Noronha (1991) acontecerá excesso culposos quando o agente quis uma consequência necessária e equilibrada, atuando, contudo, com distração, ocasionando o excesso na sua reação. O causador terá que se responsabilizar, neste caso, por crime culposos, em relação ao seu descomedimento. No entanto, caso provenha do fortuito, admite-se a isenção de pena.

Contudo, interrompida a agressão, o agente continua operando, ele o faz também visando o resultado e agindo com dolo. Deste modo, o excesso será doloso, no momento em que o sujeito, depois de começar sua conduta consoante o direito, e com pleno conhecimento, extrapola os limites da conduta imposta nas circunstâncias espontaneamente, pretendendo, dolosamente, um desfecho antijurídico dispensável ou não autorizado por lei, precisando, então, responder por o excesso doloso (GRECO, 2015, p. 494 - 495).

Diversificam o cenário no qual, por exemplo, um dos requisitos para caracterizar a legítima defesa não é vigente, ou não faz-se ratificado, nesta situação o que efetivamente acontece é a não definição da legítima defesa, de outro modo existe o excesso, que nesta circunstância o agente encontra-se atuando em legítima defesa, entretanto “passa do limite”, excede os meios necessários e suficientes para inibir a agressão injusta, levando em conta esse acontecimento, o agente age ilicitamente, uma vez que interrompe de estar em seu direito de defesa, e adentra-se no excesso, que não é explanado, deste modo consistirá culpado pelo dano que o excesso ocasionar.

Bem como o cidadão comum, o policial da mesma forma responderá judicialmente havendo excesso na prática da excludente de ilicitude legítima defesa, a conduta em discussão é tipificada no artigo 23, parágrafo único do Código Penal, pretendendo que o agente, em algumas das circunstâncias deste artigo, irá responder por excesso doloso ou culposos. Carlos (2013, p.283) explana que "se dá o excesso doloso no momento em que o agente, deliberadamente, após ter agido lícitamente, resolve extrapolar as balizas estabelecidas por um motivo excludente da ilicitude."

Verifica-se, que primeiramente, o agredido age lícitamente, contudo, em seguida, por erro, ou propositalmente passa a agir de forma ilícita. Carlos (2013) determina que o excesso culposos acontece quando o agente, perante as circunstâncias, supondo ainda que se

encontra sendo agredido e dá continuidade na ação de autodefesa. É obvio e evidente que, quem age em legítima defesa não será acusado penalmente pelo ato praticado, todavia, é necessário comprovar que a conduta foi precisa e proporcional à agressão.

Fundamenta deste formato que não se devem exceder os limites fundamentais para impossibilitar a agressão, deixando aparente que o caso concreto ressaltará estes limites, visto que não há modo de se defini-los, já que necessita das circunstâncias que representam o caso concreto (JESUS, 2011).

Em concordância Damásio de Jesus em relação ao excesso a legítima defesa que o sujeito ativo pode de maneira perspicaz utilizar de meio que não seria fundamental para reter a agressão, ou usando os meios necessários, atua sem verificar a moderação cabível à agressão recebida, isto reproduz o excesso na legítima defesa, separando em seus ensinamentos o excesso em doloso e culposos.

É fundamental para que se possa comentar na eventualidade do excesso, é a anterioridade preexistente da fática objetiva de legítima defesa, em resultado a agressão injusta, o excesso é favorável a limites necessários da conduta do defensor, não só debatendo a sua primeira licitude. Desta forma, o excesso, será a intensificação sem obrigação da defesa preliminarmente justificada (IBIDEM, 2011).

3.5.1 Excesso exculpante

Greco (2015) define excesso exculpante como “o que tem por finalidade afastar a culpabilidade do agente sob o argumento da inexigibilidade de conduta diversa”. O excesso exculpante não deriva nem do dolo, nem da culpa, mas de um erro plenamente justificado pelas circunstâncias ou interpretada também como legítima defesa subjetiva. Apesar de consagrada pela doutrina, tal expressão não é adequada, uma vez que não se trata de exclusão da culpabilidade, mas do fato típico, devido à eliminação do dolo e da culpa.

O excesso na reação defensiva decorre de uma atitude emocional do agredido, cujo estado psíquico interfere na sua reação defensiva, impedindo que tenha condições de balancear adequadamente a repulsa em função do ataque, não se podendo exigir que o seu comportamento seja conforme à norma (CAPEZ, 2011).

3.5.2 Excesso culposos

Segundo Toledo (1994), uma vez reconhecido o real estado defensivo do agente contra uma injusta agressão, passa-se a uma análise mais detalhada quanto à moderação, mais propriamente quanto ao excesso de defesa. Negada a necessidade dos meios, ou a moderação, pesa uma análise das circunstâncias para saber se o excesso deriva de dolo, culpa stricto sensu, de caso fortuito ou de erro escusável.

Noronha (2004) nesse aspecto, pondera que ocorrerá excesso culposo quando o agente quis um resultado necessário e proporcional, agindo, entretanto, com desatenção, gerando o excesso na sua reação (é uma desproporção pela falta de cuidado ou atenção, tanto na escolha como na aplicação do meio). O agente deverá responder, nesse caso, por crime culposo, em relação ao seu desregramento (caso haja previsão legal). Entretanto, caso derive do fortuito, admite-se a isenção de pena.

3.5.3 Excesso doloso

De acordo com Sznick (2002), a diferença mais notória entre o excesso culposo e o doloso é que este último é possível em qualquer crime, enquanto a modalidade culposa é admitida somente quando há previsão legal de punição para a conduta materializada no excesso. Além disso, no excesso doloso, nota-se uma vontade projetada para um fim certo, vontade essa imediata e direta, não demonstrando imprudência, negligência ou imperícia, mas sim uma vontade de final, dirigida seguramente à infração, à prática de um crime doloso. Por isso mesmo, o excesso doloso acaba, geralmente, descaracterizando a legítima defesa, passando essa excludente a funcionar como motivo atenuante previsto no artigo 65, III, “c”, do Código Penal.

Capez, pondera pertinentemente sobre o excesso doloso:

O agente, ao se defender de uma injusta agressão, emprega o meio que sabe ser desnecessário ou, mesmo tendo consciência de sua desproporcionalidade, atua com imoderação. Exemplo: para defender-se de um tapa, o sujeito mata a tiros o agressor, prossegue na reação até a sua morte. Em tais hipótese caracteriza-se o excesso doloso em virtude de o agente consciente e deliberadamente valer-se da situação vantajosa de defesa em que se encontra para, desnecessariamente, infligir ao agressor uma lesão mais grave do que a (CAPEZ, 2011, p. 312).

Ainda segundo Vieira (2014), o excesso doloso inicia-se também em uma situação de defesa, porém, neste, a vítima conseguiu interromper a agressão, mas continuou a agir, passando de figura passiva da agressão para figura ativa, ou seja, deixando de ser o agredido assumindo a figura do agressor, pois não existia mais, naquele momento, a agressão ou iminência desta.

Aqui há a vontade do agente de manter a conduta delituosa, dando continuidade ao ato no qual antes figurava como vítima. Alguns doutrinadores entendem que este tipo de excesso acaba por excluir a legítima defesa, porém, não é pacífico, vez que, deve ser considerado com cautela, devendo ser punível apenas o excesso e não a ação que legitimou a defesa (IBIDEM, 2014).

3.6 Legítima defesa em outros ordenamentos jurídicos

A Alemanha foi um dos principais berços de argumentações dos elementos fundamentais da legítima defesa. A legítima defesa é algo que se encontra desde o nascimento do ser humano, evidente, sem existência de uma legislação positiva, até porque é um conhecimento presente bem antes do surgimento da escrita, todavia, de uma forma empírica e do senso comum, visto que o ser humano de forma natural apura o instinto de defender-se.

De acordo com Giacomolli e Silva (2010), o direito penal alemão, indubitavelmente, sempre exerceu forte influência no desenvolvimento da dogmática jurídico-penal dos países, inclusive para além do mundo europeu, como é o caso do Brasil.

Essa influência ocorreu, apropriadamente, em razão do grande desenvolvimento da dogmática jurídico-penal alemã, o que, notadamente, fez com que o direito penal alemão sempre representasse um paradigma a ser seguido.

Além do mais, atualmente, a própria dogmática penal alemã tem se orientado pelos modernos movimentos de política criminal (exemplos disso são os chamados direito penal do risco e do inimigo), os quais, no entanto, possuem como ponto em comum a exigência de flexibilização dos princípios penais de garantia e, por conseguinte, o estabelecimento de uma dogmática assentada em estruturas abstratas de punição, em consonância com esses princípios. Um dos princípios é, justamente, o princípio da legalidade penal (IBIDEM, 2010).

O direito comum alemão de acordo com Liszt (2006), é considerado individualista, que visa a proteção de bens jurídicos, ou seja, vai sucessivamente estendendo a legítima defesa à agressão contra outros bens jurídicos, e especialmente contra o patrimônio e a honra, e, procura fixar exatamente os caracteres da ideia respectiva. Assim, a legítima defesa se chama a defesa necessária para a repulsa de uma agressão atual e ilegal, mediante ofensa de interesses jurídicos do agressor. Em seus ensinamentos, Liszt afirma que a agressão deve ser:

Ilegal, por isso a legítima defesa não é possível contra o funcionário público, que está exercendo legalmente a sua função ou contra a pessoa que exerce um poder disciplinar; não é possível contra o ato mesmo da legítima defesa ou contra a ação não ilegal praticada em caso de extrema necessidade. A repulsa é, porém, lícita, desde que

um excesso converte em ilegítimo o ataque em si legítimo, e conseqüentemente é também lícita, dado um excesso da legítima defesa. Atual, isto é, a agressão deve estar iminente ou já ter começado. Não é necessário aguardar o começo da agressão, bem como pôde ser repelida a agressão já começada, enquanto continua. (2006, p.227)

Pode-se dizer que na Alemanha, o que chamamos de legítima defesa se chama defesa necessária. Na Alemanha se diz que a necessidade é circunstancial, isto é, quando é necessária do ponto de vista de sua qualidade, da sua iminência, quer dizer uma necessidade não material, senão quanto a eventualidade do ato. Contudo, a necessidade, em vez de ser interpretada com respeito as circunstancias, deve ser feita em relação ao direito que se defende.

Roxin (1997), explica que o princípio da legalidade, conforme entendimento assente na doutrina alemã é típica expressão da ideia de Estado de Direito, e determina que este há de proteger o indivíduo não só por meio do Direito Penal, como também em face do direito penal. Em outras palavras, a ordem jurídica deve não só colocar à disposição métodos e meios adequados de prevenção do crime, como também, nas palavras do jurista, impor limites ao poder de punir do Estado Leviatã.

Concluindo, o princípio da legalidade no direito penal alemão, sob o ponto de vista de sua previsão legal, segue uma larga tradição. Pode-se dizer que o legislador alemão sempre considerou a ideia de legalidade como um primado de garantia, no sentido de que a sua previsão legal consolida o seu status como horizonte sobre o qual se projeta a estrutura dogmática do direito penal alemão.

Contudo, Segundo Engisch (2001), o desenvolvimento legislativo no âmbito alemão e a práxis judicial têm caminhado em sentido diverso, isto é, no sentido da flexibilização do princípio da legalidade, na medida em que abdica dos postulados básicos que asseguram a liberdade do cidadão. Em face disso, descortina-se um paradoxo no tocante ao fato de que a cultura que consolidou o princípio da legalidade como espinha dorsal do direito penal e, sobretudo, como garantia da liberdade do cidadão, atualmente esquece o que há muito já fora referido pelo autor de que “somente sob o jugo do Estado totalitário aprende o homem a apreciar de novo os perdidos direitos e liberdades fundamentais”.

Concluindo, o princípio da legalidade no direito penal alemão, sob o ponto de vista de sua previsão legal, segue uma larga tradição. Pode-se dizer que o legislador alemão sempre considerou a ideia de legalidade como um primado de garantia, no sentido de que a sua previsão legal consolida o seu status como horizonte sobre o qual se projeta a estrutura dogmática do direito penal alemão.

4 A CONSTITUCIONALIDADE DA AMPLIAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA PROMOVIDA PELO PACOTE ANTICRIME

Bettioli, (1977 apud BITENCOURT, 2012), ilumina nosso entendimento acerca do instituto jurídico da legítima defesa através dos tempos afirmando:

[...] ela na verdade corresponde a uma exigência natural, a um instinto que leva o agredido a repelir a agressão a um seu bem tutelado, mediante a lesão de um bem do agressor. Como tal, foi sempre reconhecida por todas as legislações, por representar a forma primitiva da reação contra o injusto. O reconhecimento do Estado da sua natural impossibilidade de imediata solução de todas as violações da ordem jurídica, e objetivando não constranger a natureza humana a violentar-se numa postura de covarde resignação, permite, excepcionalmente, a reação imediata a uma agressão injusta, desde que atual ou iminente, que a dogmática jurídica denominou legítima defesa (2012, p. 158).

Está assentada em 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.

Trata-se de uma reação humana, contra ato agressivo injusto e voluntário praticado por outro ser humano. Embora essa reação não possa ser medida com precisão matemática, a atitude reativa deve ser moderada e proporcional ao agravo até cessá-lo. O critério da moderação é muito relativo e deve ser apreciado em cada caso, ficando o agente defensor sujeito a punições pelo excesso cometido. Dessa forma, não é razoável, hipoteticamente, um homem forte, robusto, com estatura de dois metros de altura, mestre em artes marciais, desferir e matar, com vários tiros de arma de fogo, um homem franzino, de estatura baixa para os padrões médios, cuja massa corporal seria inferior a cinquenta quilogramas, que o atenta de mãos limpas. Por vezes, bastaria um simples empurrão. Claro que são as circunstâncias e as peculiaridades do momento que irão ditar a forma e o meio pelo qual o defensor irá repelir a injusta agressão.

São várias as teorias que explicam os fundamentos desse instituto. Nesse sentido destacamos o aporte de Mirabete:

As teorias subjetivas, que a consideram como causa excludente da culpabilidade, fundam-se na perturbação de ânimo da pessoa agredida ou nos motivos determinantes do agente, que conferem licitude ao ato de quem se defende etc. As teorias objetivas, que consideram a legítima defesa como causa excludente da antijuridicidade, fundamentam-se na existência de um direito primário do homem de defender-se, na retomada pelo homem da faculdade de defesa que cedeu ao Estado, na delegação de

defesa pelo Estado, na colisão de bens em que o mais valioso deve sobreviver, na autorização para ressaltar o interesse do agredido, no respeito à ordem jurídica, indispensável à convivência ou na ausência de injuricidade da ação agressiva (2001, p. 170).

Assim, entendemos que as teorias objetivas analisam os elementos de acordo com o preconizado positivamente na lei penal, ao passo que as teorias subjetivas são de caráter doutrinário, estudam o teor que está subentendido, levando cada doutrinador a classificar e interpretar tais elementos de acordo com o seu entendimento.

As teorias objetivas parecem-nos as mais acertadas, pelo fato de que elas ressaltam as características jurídicas, os elementos compositores desse importante instituto, limitando o entendimento estritamente ao texto descrito na lei, evitando interpretações difusas, como ocorre nas teorias subjetivas.

4.1 Os dados da violência no Brasil

A violência é um fator antigo em todas as sociedades, resultando da soma de poder emitida contra alguém que busca revidar, gerando assim novos confrontos. Na visão de Girard (1990, p. 10), “a violência é de todos e está em todos”. O que difere é seu modo de se manifestar na história, caracterizada segundo os padrões de cada época. A violência é combatida geralmente com uma violência institucionalizada e de forma maior, com a intenção de neutralizar a primeira.

A violência e o crime se tornaram uma faceta marcante da identidade nacional e internacional do Brasil. Embora os números do Brasil vacilem em comparação com vários países da América Central e do Caribe, ele ocupa o terceiro lugar na América do Sul, em termos de taxas de homicídio, atrás da Venezuela e da Colômbia. O aumento da criminalidade pode não ser uma surpresa, já que o Brasil tem uma das maiores desigualdades de renda da região. A combinação com as rotas do narcotráfico dos países vizinhos, como Colômbia, Peru e Bolívia, os três maiores produtores de cocaína do mundo - são alguns dos fatores que tornaram o país um celeiro do crime organizado e da violência generalizada (STATISTA RESEARCH DEPARTMENT, 2020).

A experiência humana sempre foi marcada pela presença da violência. Seu impacto pode ser visto, de várias formas, em todas as partes do mundo. A cada ano, mais de um milhão de pessoas perdem a vida e muitas mais sofrem lesões não fatais, como resultado de violência autoinfligida, interpessoal ou coletiva.

No geral, a violência está entre as principais causas de morte em todo o mundo para pessoas com idades entre 15 e 44 anos. Tal como acontece com seus impactos, algumas causas da violência são fáceis de ver. Outros estão profundamente enraizados no tecido social, cultural e econômico da vida humana. Pesquisas recentes sugerem que, embora fatores biológicos e outros fatores individuais expliquem parte da predisposição à agressão, com mais frequência esses fatores interagem com a família, a comunidade, os fatores culturais e outros fatores externos para criar uma situação em que é provável que ocorra violência.

A violência é definida pela Organização Mundial da Saúde – OMS, como:

[...] o uso intencional de força física ou poder, ameaçado ou real, contra si mesmo, outra pessoa, ou contra um grupo ou comunidade, que resulta ou tem alta probabilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, mau desenvolvimento ou privação (2002, p. 4).

Essa definição enfatiza que uma pessoa ou grupo deve ter a intenção de usar força ou poder contra outra pessoa ou grupo para que um ato seja classificado como violento. A violência é, portanto, distinguida de ferimentos ou danos resultantes de ações e incidentes não intencionais. Essa definição também chama a atenção não apenas para o uso de força física, mas também para o uso de poder ameaçado ou real. Esse poder ou força pode ser usado contra si mesmo, contra um indivíduo ou contra um grupo ou comunidade, como na violência de gangues ou na repressão de grupos étnicos. A violência é aqui definida não apenas como resultando em lesão física, mas como estando presente onde ocorre dano psicológico, desenvolvimento deficiente ou privação; atos de omissão ou negligência, e não apenas de prática, podem, portanto, ser classificados como violentos.

Depois de quase duas décadas de relativa estabilidade, o Brasil tem lutado com uma série de crises desde 2014. O país entrou em uma recessão profunda no final de 2014, devido à queda nos preços globais das commodities e à má gestão econômica do governo Dilma Rousseff. O produto interno bruto (PIB) real do Brasil diminuiu 8,2% ao longo de 2015 e 2016.9 Embora o Brasil tenha saído da recessão em meados de 2017, a recuperação foi lenta. A economia cresceu pouco mais de 1% em 2017 e 2018, e o desemprego, que atingiu o pico de 13,7% no primeiro trimestre de 2017, há quatro anos se mantém acima de 11% (MEYER, 2020).

Em grande parte, devido ao fraco mercado de trabalho, a renda real da metade inferior dos trabalhadores brasileiros caiu 17% entre o início da recessão e meados de 2019, levando cerca de 6 milhões de pessoas à pobreza. A crise afetou desproporcionalmente os

afrodescendentes. Brasileiros, que representavam cerca de 56% da população brasileira, mas 64% dos desempregados em 2018. Grandes déficits fiscais em todos os níveis de governo agravaram a situação, limitando os recursos disponíveis para a prestação de serviços sociais (IBIDEM, 2020).

Em 2018, o Brasil teve uma das menores taxas de homicídio da última década. Em comparação com o ano anterior, quando o país sul-americano relatou seu ano mais assassino da história, essa queda repentina pode parecer chocante à primeira vista. No entanto, o declínio da criminalidade pode ser atribuído a uma série de fatores, incluindo a queda da população jovem e masculina, bem como várias políticas de segurança nacionais, estaduais e municipais implementadas nos últimos anos. Outro fator importante foi a paz negociada entre as duas principais organizações do narcotráfico do Brasil, o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho (CV), o que levou a uma reversão das crescentes taxas de homicídio nas regiões Norte e Nordeste do Brasil - ainda que estados nessas duas áreas ainda reivindicam as taxas mais altas do país. Assim, uma paz sustentável ainda está para ser vista, após uma recente mudança no governo com promessas de relaxamento da legislação de controle de armas e aumento dos níveis de encarceramento (STATISTA RESEARCH DEPARTMENT, 2020).

Crimes com motivação financeira, como assaltos à mão armada, furtos, furtos de carteiras e roubos de arrombamento ocorrem com maior frequência. Os criminosos envolvidos nesta atividade geralmente estão armados e visam suas vítimas indiscriminadamente, com preferência por pessoas que projetam riqueza e falta de consciência de seu entorno (OSAC, 2020).

A profunda recessão também prejudicou os esforços dos governos federal, estadual e local para enfrentar desafios sérios, como crime e violência. Um recorde, de 64.000 brasileiros foram mortos em 2017, e a taxa de homicídios do país de 30,9 por 100.000 residentes era mais de cinco vezes a média global (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019a). Embora os homicídios tenham diminuído quase 11% em 2018, o feminicídio e os relatos de violência sexual aumentaram. A deterioração da situação de segurança, assim como a crise econômica, afetou desproporcionalmente os afro-brasileiros, que foram vítimas de mais de 75% dos homicídios e 61% dos feminicídios em 2017 e 2018 (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019b).

Buscando dados mais recentes da **Figura 3** | Número e taxa de homicídios - 2009 a 2019, de acordo com Cerqueira et al. (2021) no Atlas da Violência do IPEA, em 2019 houve 45.503 homicídios no Brasil, o que corresponde a uma taxa de 21,7 mortes por 100 mil habitantes conforme apontado no Gráfico 1. Situando esse valor em um quadro de crescimento

dos homicídios de 1979 a 2017, o número é inferior ao encontrado para todos os anos desde 1995.

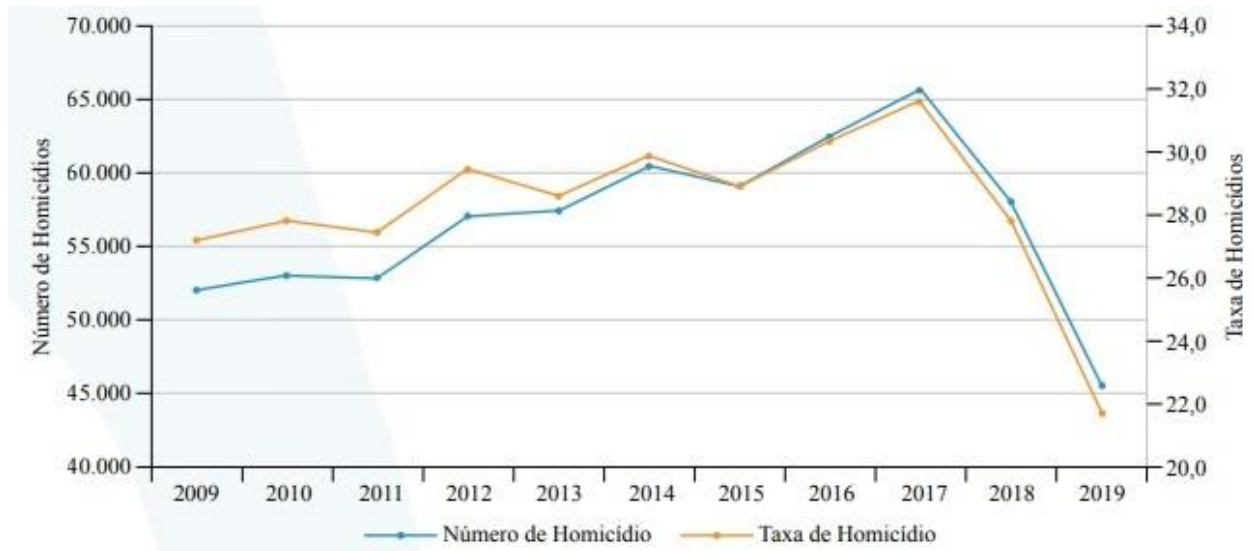


Figura 3 | Número e taxa de homicídios - 2009 a 2019

Vale ressaltar, contudo, que a queda no número de homicídios observada entre 2018 e 2019 de 22,1%, segundo os registros oficiais do SIM/MS, deve ser vista com grande cautela em função da deterioração na qualidade dos registros oficiais. Esse processo se iniciou em 2018, conforme já apontado no Atlas da Violência de 2020, mas atingiu patamar nunca observado desde o início da série histórica, em 1979. Os dados publicados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020 que tem como fonte os boletins de ocorrência produzidos pelas Polícias Civis, indicam 47.742 mortes violentas intencionais no ano de 2019, valor 5% superior ao registrado pelo sistema do Ministério da Saúde.

Sobre os tipos de crimes praticados no Brasil André Anjos destaca:

Outra grande modalidade criminosa também ganhou destaque na mídia durante meses foi o sequestro de empresários, banqueiros e executivos de empresas e tirou o sono das autoridades durante um longo tempo. As ações de grande vulto seguiram esta trilha passando pelos assaltos as casas lotéricas, explosões de caixas eletrônicos até chegar a vez dos shopping centers. Claro que nunca se deixou de praticar crimes distintos em diferentes locais, mas algumas destas modalidades ganharam maior destaque das diferentes mídias (2019, p. 20).

De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020), as mortes violentas intencionais cresceram no Brasil no primeiro semestre de 2020, com mais de 25 mil assassinatos no período, crescimento de 7,1% em comparação com o mesmo período de 2019. Já os crimes contra o patrimônio tiveram redução neste período: menos 34% de roubos a

transeuntes, queda de 22,5% no roubo de veículos, 25,7% menos roubo de cargas, 18,8% de diminuição de roubo a comércio e queda de 16% de roubos a residências.

4.2 Dados sobre a letalidade policial no Brasil

A segurança pública tornou-se um tema emblemático das transformações que têm ocorrido nas sociedades contemporâneas nas últimas décadas. A proeminência dos discursos securitários e o crescimento do número de prisioneiros em todo o mundo, da mesma forma que as experiências participativas na área e as políticas de segurança voltadas para certas minorias sociais, para não citarmos senão as dimensões mais visíveis do fenômeno, são sintomáticos de uma rápida transformação da segurança nas sociedades contemporâneas. Nesse sentido, não seria absurdo afirmar-se que essas mudanças fazem parte de mudanças mais amplas que estão ocorrendo em diversas dimensões da vida moderna, sobretudo no que se refere ao papel dos Estados-nações (NEVES, 2010).

Nos últimos anos, a atenção internacional se concentrou corretamente nas mortes de cidadãos afro-americanos pela polícia dos EUA, na indignação e nos protestos públicos resultantes e nas tentativas de funcionários públicos, com sucesso misto, de abordar os obstáculos estruturais à mudança. Nos mesmos últimos dois anos, as mortes pela polícia brasileira de jovens afro-brasileiros atingiram níveis recordes, com poucas tentativas de abordar esse fenômeno em nível estadual ou federal.

A questão de por que há uma incidência tão alta de violência policial no Brasil é uma questão complexa e frequente que requer uma resposta multifacetada. A alta ocorrência de violência policial parece contrária ao fato de o Brasil ser um Estado democrático e ser visto como um país com leis progressistas de direitos humanos. O Brasil foi um dos primeiros países a elaborar um Plano Nacional de Direitos Humanos, cooperou com organizações internacionais de direitos humanos e oferece convites abertos a Relatores Especiais. No entanto, existe uma grande lacuna entre o que as leis de direitos humanos representam e sua implementação.

Embora o Brasil seja uma democracia, existem vários fatores que podem contribuir para o aumento da violência policial. Os problemas que afetam a polícia e as instituições de governança policial no Brasil são resultado da história do país, em que tanto o regime civil quanto o militar têm contado com a polícia como meio de opressão social e política. A constituição democrática de 1988 não alterou as instituições policiais. A estagnação econômica que acompanhou a transição para a democracia levou ao aprofundamento das desigualdades

sociais e ao aumento da criminalidade, o que, por sua vez, criou um clima social que promoveu o uso excessivo da força policial (MOON, 2020).

Loche (2010) pondera que as reflexões a respeito do uso da força nas práticas policiais remetem à clássica discussão sobre o papel das instituições policiais nas sociedades democráticas. No Estado Moderno o uso legítimo da violência passou a ser monopólio do Estado, como um de seus instrumentos específicos de dominação dentro de um determinado território. Para o exercício desta dominação, o Estado conta com a instituição policial como sendo um dos órgãos encarregados da prevenção, repressão e contenção da criminalidade e da violência¹. Desta forma, salvo em períodos de exceção, a instituição policial tem como atribuição o uso legítimo da violência, dentro de parâmetros delimitados pela legislação, sujeito a imperativos legais que se fundam no respeito aos direitos das pessoas.

Pode-se firmar, especificamente, que a missão da polícia não é exatamente o controle do crime e sim o controle da ordem pública. Sua atividade primordial, o policiamento, tem por objetivo assegurar a ordem social e a cidadania da população, de modo que o controle do crime em si é apenas uma parcela do que faz o policial no seu dia a dia.

De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019), a credibilidade da polícia é diariamente questionada pela população. Denúncias que vinculam policiais a milícias e grupos de extermínio, casos de envolvimento com o narcotráfico e a baixa confiança relatada pela população nas instituições policiais são temas debatidos diariamente pela imprensa. Segundo pesquisa Datafolha publicada em abril de 2018, 51% da população brasileira relatou ter medo da polícia, e apenas 47% afirmaram confiar na instituição.

A série histórica dos registros de mortes decorrentes de intervenções policiais no Brasil indica um crescimento paulatino das mortes provocadas por policiais, o que faz com que as Polícias de vários Estados sejam percebidas como violentas. Se entre 2013 e 2015 podemos atribuir os baixos números às deficiências nos registros, a partir de 2016 podemos afirmar que os dados se mostram mais confiáveis e evidenciam o enorme desafio posto ao Estado Brasileiro no controle do uso da força de seus agentes estatais. Entre 2017 e 2018, o crescimento foi de 19,6%, mesmo diante da redução dos homicídios, latrocínios e dos crimes contra o patrimônio. Os estados que apresentaram maior crescimento foram Roraima (183,3%), Tocantins (99,4%), Mato Grosso (74%), Pará (72,9), Sergipe (60,7), Goiás (57,1), Ceará (39%) e Rio de Janeiro (32,6) (IBIDEM, 2019).

No primeiro semestre de 2020, quase 3.150 civis foram mortos por policiais no Brasil, uma média de 17 pessoas por dia. Isso representou um aumento de cerca de sete por cento em comparação com o mesmo período do ano anterior, apesar das medidas de bloqueio

implementadas no país em meio à pandemia COVID-19, que restringiu parcialmente a mobilidade da população. Os estados do Rio de Janeiro e São Paulo - que abrigam as cidades brasileiras mais populosas - responderam pelo maior número de cidadãos mortos pela polícia, com mais de 40% dos casos registrados.

O crescimento das mortes causadas por policiais naquele ano, infelizmente, não foi um incidente isolado. Por exemplo, no estado do Rio de Janeiro, o número de mortes causadas por intervenção policial mais do que quadruplicou entre 2013 e 2019, atingindo o maior valor anual registrado em pelo menos 17 anos. Da mesma forma, o número de denúncias de violência policial registradas no Brasil seguiu tendência semelhante, com quase 1.500 ocorrências registradas em 2019 (STATISTA RESEARCH DEPARTMENT, 2021).

De acordo com a **Figura 4** | Proporção de mortes decorrentes de intervenções policiais em relação às mortes violentas intencionais - MVI, a cada 100 mortes violentas intencionais (MVI) que ocorrem no país, 11 são de autoria da polícia. Contudo, os cenários estaduais e regionais são bastante diversos. Em Estados como Rio de Janeiro e São Paulo, por exemplo, essa proporção é ainda maior, de modo que a cada 100 MVI no Rio, 23 são de autoria oficial das Polícias. No caso de São Paulo, apesar da redução significativa dos homicídios comuns, a letalidade policial permaneceu em altos patamares, sendo que a cada 100 MVI, 20 são de autoria das Polícias. Em compensação, Estados como Distrito Federal e Paraíba acumulam valores muito baixos, com respectivamente 1 e 2 intervenções policiais com resultado morte para cada 100 MVI (ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019).

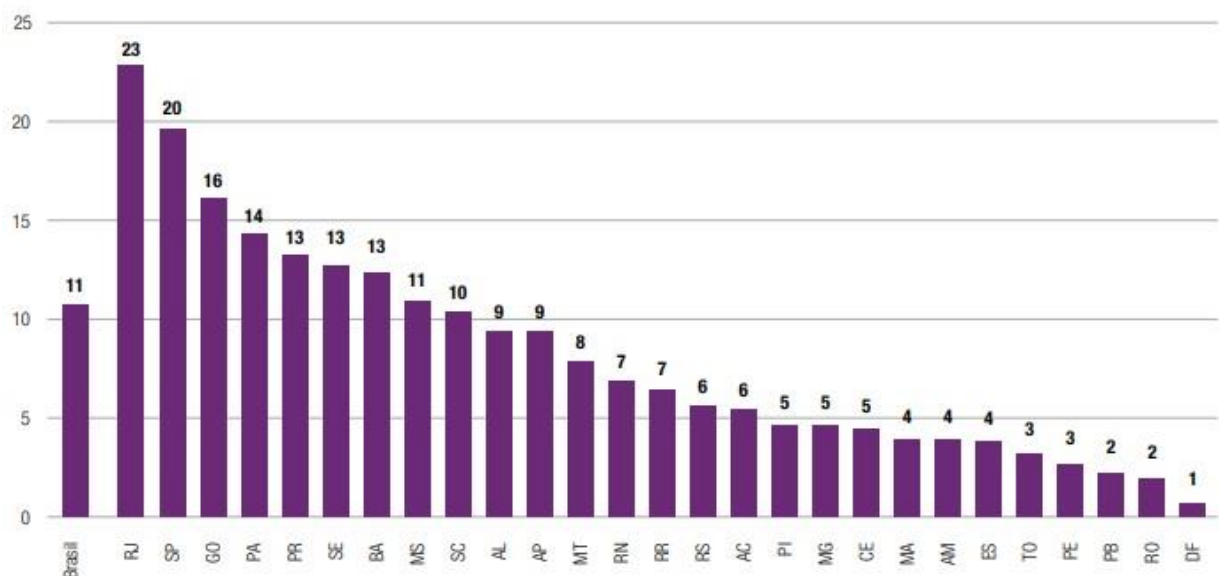


Figura 4 | Proporção de mortes decorrentes de intervenções policiais em relação às mortes violentas intencionais - MVI

No que tange à seletividade racial, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019) mostra que o padrão de distribuição da letalidade policial aponta para a expressiva sobre representação de negros dentre as vítimas. Constituintes de cerca de 55% da população brasileira, os negros são 75,4% dos mortos pela polícia. Impossível negar o viés racial da violência no Brasil, a face mais evidente do racismo em nosso país. A **Figura 5** | Mortes decorrentes de intervenções policiais, por raça/cor no Brasil 2017-2018 ilustra tal afirmativa.

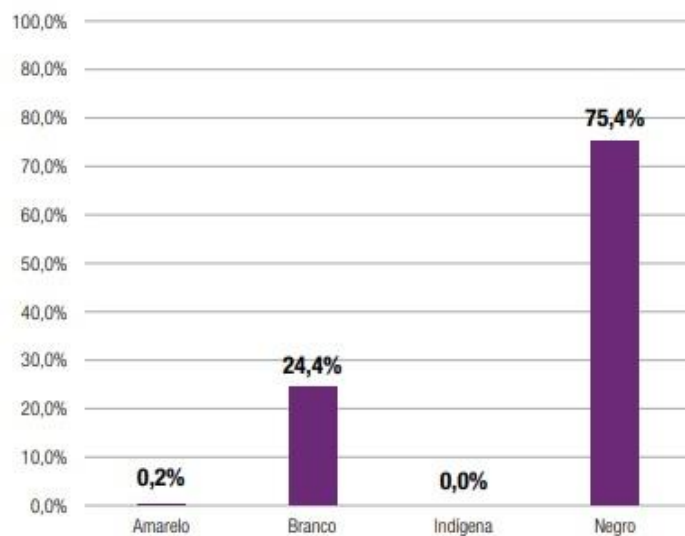


Figura 5 | Mortes decorrentes de intervenções policiais, por raça/cor no Brasil 2017-2018

A violência letal, e não apenas a letalidade produzida pelas polícias, é historicamente marcada pela prevalência de negros entre as vítimas. Estudo de Cerqueira e Coelho (2017) no Rio de Janeiro, mostrou que indivíduos negros, possuem 23,5% mais chances de serem vítimas de homicídio. O mesmo estudo demonstrou também que aos 21 anos de idade, quando há o pico das chances de ser vítima de homicídio, indivíduos negros possuem 147% mais chances de serem assassinados do que brancos, amarelos e indígenas.

Ainda de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019), outra característica das vítimas da letalidade policial no Brasil é sua baixa escolaridade. De acordo com a **Figura 6** | Mortes decorrentes de intervenções policiais, por escolaridade. Brasil, 2017-2018, a partir dos dados de que se dispõe, 81,5% possuíam somente o Ensino Fundamental completo ou incompleto quando foram mortos.

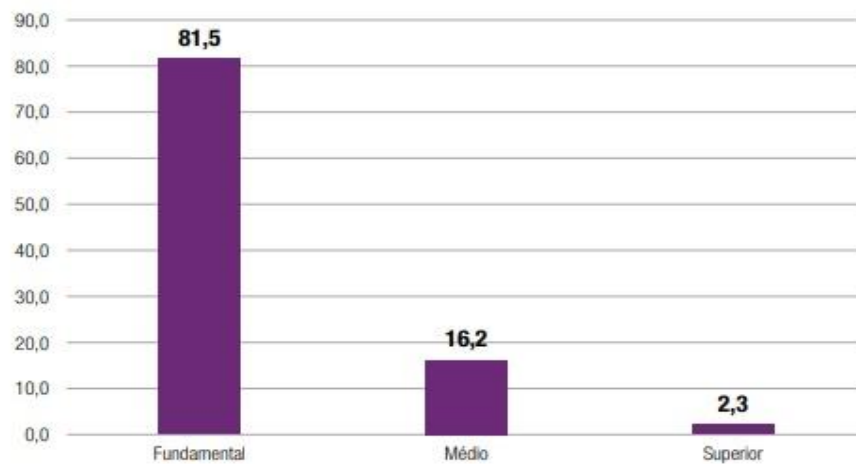


Figura 6 | Mortes decorrentes de intervenções policiais, por escolaridade. Brasil, 2017-2018

De acordo com Gomes (2016), a guerra, mesmo que não declarada formalmente, é cotidiana para a Polícia Militar, uma vez que diariamente ela é convocada a exercer sua atividade, no entanto o inimigo não é o oponente do tempo de guerra, mas sim o próprio nacional que rompe com a ordem pública ao praticar conduta criminosa, e esta ordem, conforme lhe foi constitucionalmente atribuída, deve ser preservada. A questão é qual é a forma e a que custo a ordem pública é mantida?

Gomes (2016) retrata, no entanto, que esse mesmo infrator muitas vezes encontra-se armado, o que pode conferir legitimidade aos policiais militares de eliminar, por meio da morte, o referido indivíduo, atitude esta que incide diretamente nos números de letalidade e já entra no polêmico assunto da legítima defesa do militar em serviço. Ressalta-se que é a Polícia Militar, por sua função ostensiva, a que mais frequentemente depara com situações de confronto, e conseqüentemente possui também os maiores números de letalidade.

No entanto, o Supremo Tribunal de Justiça – STJ, assim como os tribunais estaduais, como é o caso do Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE, tem julgado que indícios de legítima defesa, em certos casos, por si só, não sustentam trancamento de ação penal. Por tanto, os tribunais pelo país têm julgado as causas com certa parcimônia e ponderação.

Ilustrando tal afirmativa, Ganem (2021) pondera que em certo caso, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), entendendo que a excludente de ilicitude da legítima defesa deve ser apreciada mediante aprofundamento no acervo probatório, não sendo suficientes indícios de legítima defesa para o trancamento da ação penal, acolheu o recurso interposto pelo Ministério Público do Paraná e determinou o prosseguimento de uma ação penal movida contra policiais que mataram um suspeito com sete tiros.

Nesse sentido, avaliando que os acusados teriam agido no exercício da legítima defesa, o Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR) concedeu Habeas Corpus e trancou a ação penal contra os agentes, sustentando que os réus estariam protegidos pela excludente de ilicitude. No entanto, o ministro relator Antônio Saldanha Palheiro, entendeu que o TJ/PR havia se precipitado na decisão que trancou a ação, uma vez que indícios de legítima defesa, por si só, não são suficientes para autorizar a medida, destacando ainda que deve ser investigado eventual excesso na conduta (IBIDEM, 2021).

A violência policial continua a reforçar a alta prevalência de desigualdade no Brasil. As vítimas da violência policial geralmente são jovens pobres, negros ou pardos, a maioria dos quais sem ficha criminal. Em parte, a polícia tem como alvo esse grupo de pessoas marginalizadas porque seus membros se enquadram no estereótipo criminoso. A polícia geralmente consegue escapar impune da opressão, pois as vítimas têm medo da polícia e, portanto, não os denunciam. Um tema subjacente em grande parte da literatura sobre violência policial no Brasil é que a polícia trabalha para o bem da classe alta. Ao agir contra os marginalizados, a classe alta pode sentir que a polícia está cumprindo seu dever e protegendo-os. Essa ideia perpetua o problema do crime e do conflito de classes, pois a classe alta quer se sentir protegida e a classe baixa percebe que seus membros estão sendo injustamente discriminados. Como resultado, as pessoas que vivem em favelas podem, na verdade, cometer crimes contra cidadãos de classe alta, contribuindo ainda mais para o medo dos marginalizados. Isso, por sua vez, capacita a polícia a continuar a estereotipar os marginalizados como criminosos e a usar todos os meios possíveis para proteger a classe alta deles (MOON, 2020).

Nos últimos anos, houve um aumento acentuado dos crimes violentos, devido em grande parte à frustração com o estado da sociedade brasileira e à incapacidade do governo de melhorar as condições de vida. Na raiz dessa violência está a falta de um sistema de justiça e uma estrutura de aplicação da lei que funcionem. O suborno e a corrupção também infestam o sistema e deslegitimam a polícia; as pessoas acreditam que o governo os funcionários aceitam dinheiro em troca de silêncio. Os altos níveis de criminalidade em muitas partes do Brasil promovem a violência policial porque a polícia não é responsabilizada por suas ações violentas, se as ações forem consideradas adequadas para controlar o crime. Muitos cidadãos, incluindo os de grupos marginalizados, acreditam que os policiais não deveriam obedecer à lei para mantê-la.

Logo, a violência policial continua devido às atitudes ambivalentes dos cidadãos que vivem com medo constante dos criminosos e da polícia e que não têm um meio adequado para denunciar crimes (IBIDEM, 2020).

4.3 O Pacote Anticrime e a ampliação das hipóteses de legítima defesa

Como já debatido em capítulos anteriores, na atual legislação a legítima defesa é uma excludente de ilicitude prevista no artigo 23, inciso II, do Código Penal, que em regra garante ao agente que repeliu uma agressão injusta atual ou iminente o direito de não ser penalizado, haja vista haver a exclusão do ilícito penal (BRASIL, 1940).

O dever atribuído nessa situação obrigatoriamente tem que proceder da lei, caso contrário a conduta será ilícita, e é necessário que o agente tenha plena consciência do que está fazendo, para que assim no fato concreto estejam presentes os requisitos subjetivos da lei.

Tendo em vista a pressão social por segurança pública, foi apresentado o Projeto de Lei Anticrime – PL nº 882 de 19 de fevereiro de 2019, pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro. De acordo com Vilela (2020), a redação tinha como objetivo as modificações na legislação penal brasileira, além de propor vinte medidas com propósito de aumentar a eficácia no combate ao crime organizado, corrupção e crimes praticados com grave violência à pessoa.

A lei do pacote anticrime, Lei nº 13.964/2019, foi sancionada e publicada em 24 de dezembro de 2019 e entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020. Alterou-se diversas normas jurídicas, envolvendo uma ampla área da legislação penal e processual penal, como o inquérito policial, que sofreu diversos impactos. Destaca-se, dentre outras modificações, o novo método do procedimento de arquivamento do inquérito policial, a criação da cadeia de custódia e a defesa técnica no inquérito policial quando envolver policiais.

Sobre o Pacote Anticrime, José Luiz Bruno Leão afirma que:

O referido “Pacote Anticrime” apresenta-se como um verdadeiro compilado de alterações normativas pontuais que perpassam por variados diplomas normativos, tais como, o Código Penal (CP); o Código de Processo Penal (CPP); a Lei de Execução Penal (lei número 7.210/1984); a Lei dos Crimes Hediondos (lei 8.072/1990); a Lei das Organizações Criminosas (lei 12.850/2013); o Estatuto do Desarmamento (lei 10.826/2003); a Lei da Improbidade Administrativa (lei 8.429/1992); o Código Eleitoral (lei 4.734/1965); a Lei 11.671/2008, que versa sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e outras providências congêneres; a Lei 12.037/2009, que disciplina a identificação criminal do civilmente identificado; a Lei de Interceptação Telefônica (lei 9.296/1996); a Lei de Drogas (lei 11.343/2006); a Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro (lei 9.613/1998); e a Lei 13.608/2018, que dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais (2019, p. 01).

O Art. 25, parágrafo único do Código Penal passa a ter a seguinte redação: “Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se

também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. ”

Essas mudanças não trouxeram grandes inferências práticas, considerando que a legítima defesa também inclui a legítima defesa a favor de terceiros, sendo este indivíduo agente de segurança pública ou não, seja a vítima ou refém em prática de crime ou não.

De acordo com Santos (2019), as alterações propostas neste projeto têm como embasamento os direitos fundamentais e às garantias individuais. Tal medida tem como finalidade garantir a segurança pública e conceder à população bem-estar social, eis que em diversas localidades a vida é limitada pela grandiosa porcentagem de criminalidade.

Segundo colocação de Preussler (2019), o referido projeto possui três aspectos:

- modificações no processo penal fundadas na eficiência, com objetivo de alcançar uma percepção de celeridade nos processos;
- modificações penais baseadas na emergência, definindo como inimigo da sociedade a restrição à legítima defesa, o endurecimento de penas à criminosos habituais e comportamento pós-delito positivo;
- processos de (des)criminalização, a partir do caixa 2 e aumento da repressão ao crime de resistência.

Enquanto isso Vilela (2020) pondera que uma das questões mais polêmicas do Pacote Anticrime, foi a ampliação das possibilidades de legítima defesa para o policial que, em conflito armado ou iminência de conflito, previne injusta e iminente agressão a si mesmo, a refém ou outros.

Já para Alves (2013), os militares sujeitam-se a deveres inerentes à função que exercem a qual exige postura diferenciada no cumprimento da sua missão, sendo então submetidos a regras de conduta tanto no âmbito administrativo-disciplinar quanto na seara penal. Tanto é, que do mesmo jeito que o cidadão comum responde pelo excesso na legítima defesa, o policial também pode responder judicialmente, caso haja excesso. O Código penal estabelece em seu artigo 23, § único que se houver excesso em qualquer das hipóteses de excludente de ilicitude prevista em algum dos incisos, responderá pelo excesso doloso ou culposo (TRINDADE, 2019).

Porém, conforme o texto, em caso de excesso da ação policial por medo, surpresa ou violenta emoção, o juiz poderá diminuir a pena ou deixar de aplicá-la. O Projeto de Lei Anticrime, tinha como proposta alterar o dispositivo do Código Penal (CP) que regula a legítima defesa (art.25) e o excesso na legítima defesa (art.23), artigos já supracitados.

A esse dispositivo o projeto propunha o acréscimo de um parágrafo único e dois incisos, com a seguinte redação

Art. 25. (...) Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera - se em legítima defesa: I - o agente de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e II - o agente de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Tal acréscimo, segundo Vilela (2020), visava regular especificamente os casos em que a legítima defesa é utilizada por agentes de segurança pública. Sendo assim, em confrontos policiais com criminosos, o policial poderia valer-se da legítima defesa quando sua vida ou de outrem estivesse em perigo.

Além disso, a proposta previa a alteração da regulamentação do excesso na legítima defesa, presente no artigo 23, §2º que dispunha que: “O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção.” De acordo com o Ministro Sérgio Moro, o objetivo dessa alteração consistia em proporcionar uma resguarda ao agente de segurança pública, que já está prevista no Código Penal. Assim, estabelece que se alguém age em legítima defesa não responde pelo crime, mas sim pelo excesso doloso ou culposos, como já citado, dessa forma, no caso concreto, verifica-se então se a pessoa excedeu ou não o exercício da legítima defesa. Portanto, assevera que a proposta do governo só regulamenta algo que, na prática os juízes já fazem (IBIDEM, 2020).

O embate, as divergências e apoios em relação ao Pacote Anticrime, são ávidos em meio à sociedade e a juristas renomados no Direito Penal. Alguns afirmaram que as bases teóricas e ideológicas do pacote anticrime detinham conformidade com o chamado Direito Penal do Inimigo.

Vilela pondera que:

A teoria do Direito do Inimigo, formulada por Günter Jakobs, penalista alemão, é construída basicamente em três pilares ideológicos: antecipação da punição, desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais e criação de leis severas direcionadas a quem se quer atingir. Nessa perspectiva, a proposta do ministro Sérgio Moro visava modificar a legítima defesa (excludente de ilicitude) em prol dos agentes de segurança pública, relativizando a punição, ou seja, a antecipação de punibilidade. Em resposta à proposta alguns juristas classificaram a medida como ‘licença para matar’. Portanto, se faz necessário evidenciar os posicionamentos dos doutrinadores acerca do tema, elencando os diversos motivos para negação, bem como aceitação das modificações (2020, p. 31).

Alguns juristas em sua minoria, acreditam que tal proposta trará pontos positivos para a população, garantindo maior proteção contra a criminalidade, e, de modo especial, trazendo aos policiais segurança jurídica para sua atuação. Já outra relevante parte da doutrina, salienta que tal medida trará aspectos negativos, tendo em vista que dará ao poder policial maior liberdade de atuação, podendo pessoas inocentes serem mortas pelo simples fato de estarem no local errado.

Freitas em “Estudos Temáticos Sobre o Pacote Anticrime” pondera que:

[...] medidas contidas no Pacote Anticrime também desconsideram o impacto político, estrutural e orçamentário advindo do recrudescimento penal. Como geralmente ocorre no processo de assunção de Estados Policiais, desconsidera-se nas iniciativas legislativas apresentadas pelo ministro Sérgio Moro os custos das ações recomendadas ou o seu real impacto em termos de combate a corrupção ou de redução da violência. Na prática, estabelece-se a partir das propostas governamentais estratégias mercadológicas que visam pura e simplesmente promover respostas às aspirações punitivas em voga no conjunto da sociedade (2019, p.41).

Ribeiro (2018) também salienta negativamente, afirmando que a legítima defesa presumida, coloca em pauta algo relevante para a discussão: é fato que o “abatimento de suspeitos” só será manifestado em classes específicas, aqueles onde o Estado não atua com políticas públicas para a garantia dos direitos fundamentais, de modo especial as periferias.

Já em contrapartida, o juiz federal Fernando Mendes, declarou que “de modo geral, o projeto formulado pelo Ministério da Justiça é essencial para tornar mais efetivo o processo penal, em sintonia com a agenda de combate à impunidade” (AJUFE, 2019).

O juiz e presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil, declarou seu apoio ao projeto, principalmente por no texto apresentado, conter aspectos relevantes à sociedade que a entidade defende há anos, como a exemplo da prisão após a segunda instância. Porém diante dos debates e discussões, seria realmente necessário e importante ampliar as hipóteses de legítima defesa?

Apesar das opiniões favoráveis e desfavoráveis ao Pacote Anticrime e a ampliação da legítima defesa para policiais, de fato o tema necessita de maior revisão com o objetivo de obter eficácia. Portanto, no momento em que o sistema penal brasileiro se encontra, não há a prevalência de pontos positivos em relação a aplicação do Pacote Anticrime. Assim, a alteração das 14 leis visando abarcar o Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal, Lei de Crimes Hediondos, Código Eleitoral, entre outros, não tem grande importância, quando o sistema penal brasileiro está praticamente corrompido. (ALMEIDA, 2020).

4.4 A (in) constitucionalidade da alteração legislativa

A lei nº 13.964 foi nomeada como “Pacote Anticrime”, sancionada em 24 de dezembro de 2019, trazendo alterações na legislação penal e processual e na lei de execuções penais (BRASIL, 2019). “O pacote é resultado da reunião de propostas elaboradas pelo ministro da Justiça, Sergio Moro, e por uma comissão de juristas, coordenada pelo ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal [...]” (VIVAS, 2020, p1).

De acordo com Menezes:

[...] a temática da modificação da legítima defesa faz parte da agenda pública já há bastante tempo. Embora trabalhem inegavelmente em situações de risco, a ideia de que os policiais têm o dever de garantir a paz e a ordem por meio da aniquilação do mal, qual seja, o “bandido” em si, encontra no “Pacote” a oportunidade de legitimar ações quase tradicionais da polícia. A narrativa de resistência do “bandido” ou de injusta agressão aos agentes públicos [...], [...] figura como padrão no histórico de arquivamento dos inquéritos a respeito de mortes causadas por policiais. Assim, apresenta as mudanças referentes às medidas relacionadas à legítima defesa abarcadas tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal (2019, p.58).

Ainda sobre a exclusão de ilicitude, cabe relatar que, em alguns casos envolvendo mortes decorrentes de intervenção policial, o afastamento da ilicitude do fato é também alegado pelo inciso III do art. 23 do Código Penal. O referido inciso prevê a exclusão da ilicitude quando “em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito” (BRASIL, 1940).

Cabe ressaltar que D’elia Filho (2016) considera que, enquanto se utiliza a tese da legítima defesa, também é possível o manejo da tese do inciso III do dispositivo supracitado, tendo em vista a crença que o Estado Penal transmite, de que a eliminação e o extermínio desses sujeitos considerados criminosos é o verdadeiro dever da Polícia, visto que limparia a sociedade do mal e, portanto, da violência.

Já Rosa (2019), salienta que a hipótese proposta consiste em “ampliação trágica da excludente de ilicitude da legítima defesa (licença para matar) para incorporar as hipóteses decorrentes de medo ou surpresa do agente”, eis que o documento anticrime prevê que “a mera possibilidade sobre os fatos (imaginária, porque não verificável) autoriza alguém a matar.

De modo complementar, Greco destacou que:

A proposta ou é supérflua ou é nociva. Merecendo destaque, no contexto da realidade brasileira, o quanto ela tem de nociva: A segunda modificação é consideravelmente mais problemática. Como observado, o caput descreve a ação de defesa como a de quem “repele”; o parágrafo único prefere o termo “previne”. Vimos que toda legítima defesa é, em certo sentido, preventiva, pelo simples fato de que ela nunca pode ser repressiva. Ocorre que o termo prevenir – ao contrário do repelir – não aponta para qualquer limite temporal inicial. (2019, online)

Para Buch (2019), também contra a aprovação do projeto, o foco do Projeto de Lei Anticrime são as periferias, e relata que sua aprovação significaria que, ao avistar alguém segurando uma arma, independente desse indivíduo estar com intenção de proferir algum tipo de ato de violência, o policial poderia simplesmente abater esse indivíduo, alegando legítima defesa.

No mesmo sentido, Ribeiro (2018) afirma que a legítima defesa presumida, coloca em pauta algo relevante para a discussão: é fato que o “abatimento de suspeitos” só será manifestado em classes específicas, aqueles onde o Estado não atua com políticas públicas para a garantia dos direitos fundamentais, de modo especial as periferias.

O autor supracitado levanta a seguinte questão: “Quantos indivíduos inocentes confundidos presumidamente com bandidos deverão ser exterminados para garantir a paz social? ”. Dessa maneira, evidencia o autor que as medidas impactarão negativamente na sociedade, ocorrendo de modo mais intenso na parcela mais carente.

A Defensoria Pública da União – DPU em parecer técnico – jurídico, ponderou que:

De fato, em uma primeira análise da proposta, a exegese mais técnica e bem-intencionada revelaria que os preceitos que se pretendem acrescentar ao art. 25 nada mais seriam do que meras explicitações do conteúdo do caput desse dispositivo. Tratar-se-ia, assim, de mera regulação da aplicação da legítima defesa, agora e mais especificamente, para policiais e agentes das forças de segurança, em contexto de conflito armado ou de crimes com reféns. A mudança seria, desse modo, supérflua, pois as regras gerais da legítima defesa já são corriqueiramente aplicadas às ações policiais, sobretudo, na cultura processual – ainda não eliminada – dos “autos de resistência”, discutida mais adiante (DPU, 2019).

De acordo com o apresentado a DPU acredita que a mudança trazida pelo projeto sobre a ampliação da legítima defesa é supérflua, já que, na atualidade, as regras inerentes à legítima defesa são devidamente aplicadas nos casos envolvendo ações policiais, não carecendo de regulamentação.

Em relação ao excesso de violência policial e letalidade que a aprovação de tais medidas poderia acarretar, de tudo que foi exposto em relação a letalidade policial no Brasil, é possível perceber que de fato a pretensão de modificação legislativa é inconstitucional, por dois motivos: O primeiro é a violação da legalidade estrita (legalidade penal), pois a legalidade estrita é um princípio fundamental. E o segundo, é porque existiria essa desproteção da vida do cidadão comum, considerando altos índices de violência e letalidade policial no Brasil.

Menezes pondera pertinentemente que:

[...] a abstração das propostas do projeto só daria conta de potencializar a realidade que hoje já é bastante cruel: se o texto atual do Código Penal acerca da excludente de ilicitude e da legítima defesa, junto com outros dispositivos, já dá margem para a execução sumária de milhares de jovens negros, estender a amplitude da norma, ao que nos parece, só oficializaria o genocídio perpetrado pelo Estado. Conforme os projetos em tramitação no Congresso Nacional, o magistrado terá abertura suficiente para julgar qualquer situação de risco como sendo legítima defesa da vida dos policiais. Tem-se, assim, uma oficialização, a formalização da licença para matar (2019, p.60).

Portanto, a proposta pelo Pacote Anticrime traz uma inconstitucionalidade em relação ao princípio fundamental da legalidade estrita e uma demasiada desproteção a vida do cidadão comum, retirando seu direito de liberdade e ao grande risco que tais medidas podem acarretar aos mesmos, principalmente aos mais carentes e vulneráveis, visto que com a ampliação das leis a respeito da excludente de antijuricidade, policiais teriam em mãos um salvo conduto para cometer ainda mais excessos, violência e desrespeito para com a sociedade.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente é pertinente dizer que a legítima defesa, seus meios, requisitos e aplicabilidade é assunto de ampla discussão entre juristas da esfera criminal. Dentro da conjuntura militar, o assunto ainda ganha mais respaldo, pois é basicamente o que mantém o policial protegido no seu exercício de dever.

O trabalho buscou elucidar, dessa forma, dogmáticas sobre as bases da legítima defesa, sendo elas a dogmática jurídico-penal e a própria dogmática da legítima defesa, seus principais conceitos e normas; além de examinar entendimento sobre o Pacote Anticrime e sua relação com as práticas de legítima defesa e excludente de antijuricidade.

A priori analisou-se a dogmática jurídico-penal e seus conceitos básicos, como as teorias de Mezger, Beling e Welzel que embasam o conceito analítico de crime; estudando também sobre a classificação da antijuricidade e as excludentes de ilicitude. É prudente observar que o direito penal passou por diversas mudanças e conceituações até chegar ao que é, sendo que ainda carece de muitas reflexões a respeito de algumas temáticas que ainda implicam de visões subjetivas por parte dos aplicadores da lei. Welzel proporcionou grande contribuição à dogmática do direito penal, a partir dos estudos de Beling e Mezger, através do Finalismo, que inclusive é a teoria adotada no Brasil.

Tanto é que a Teoria Finalista permite avaliações sobre a intenção do agente na sua conduta, avaliando se esta foi dolosa ou culposa, tornando tais elementos definidores do fato típico. Tornou-se possível, então, maiores interpretações na ação do agente com o desenvolvimento do Finalismo.

Foi debatido no desenvolvimento do trabalho sobre a dogmática jurídica da legítima defesa. A pesquisa buscou um maior entendimento sobre a legítima defesa, seus fundamentos e principais requisitos, assim como seus elementos objetivos e subjetivos. Sendo importante frisar a importância dos conceitos da legítima defesa nas aplicações penais, principalmente em relação aos elementos subjetivos, pois a legítima defesa será caracterizada e reconhecida judicialmente de fato, se além dos elementos objetivos que são eles injusta agressão; iminência de agressão; meios necessários a repulsa e uso moderado dos meios; esteja presente o elemento subjetivo. Pois, não havendo tal reconhecimento em razão da falta do elemento subjetivo, poderá o agente ter cometido ato ilícito, passível, portanto, de sanção penal.

Por fim, o trabalho buscou dar um parâmetro ao Pacote Anticrime e sua relação com as excludentes de antijuricidade, ao pesquisar sobre dados da violência no território

brasileiro, assim como dados sobre a letalidade policial, buscando justificativa, através desses dados, para a ampliação, ou não, das hipóteses de legítima defesa.

A temática sobre a ampliação das hipóteses de legítima defesa no Brasil é controversa e polêmica. Por um lado, com o aumento crescente da criminalidade, justifica-se maior proteção jurídica ao policial, que passa a atuar de forma mais incisiva no combate ao ilícito. Porém, em um país de amplas desigualdades, onde pesos e medidas nem sempre são bem mensurados, o aumento da proteção ao policial pode resultar, muitas vezes, em abuso de autoridade.

O fato é, será que o recrudescimento das práticas de combate ao crime é de fato eficaz? Teoricamente seria sim uma boa alternativa, porém, mais investimentos em práticas de educação, apoio às classes menos favorecidas e um sistema de ensino mais justo e eficiente, traria melhores frutos a longo prazo, pois atacaria o mal pela raiz. Os fatores subjetivos das hipóteses de legítima defesa ao policial acabam pesando sobre os objetivos, abrindo espaço muito mais profundo para análise e debate da temática, ao contrário do que atualmente se faz, e se julga certo.

É importante ponderar ainda, sobre a inconstitucionalidade da modificação da Lei que amplia as hipóteses de legítima defesa. É conhecido que a dogmática penal não encontra dificuldades em estabelecer os alcances e limites da excludente de ilicitude da legítima defesa, e como foi debatido na pesquisa, age em legítima defesa quem usa moderadamente dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente, contra si ou contra terceiros. Sendo assim, o policial, bem como qualquer cidadão, que atire em pessoa armada para defender a si mesmo ou a terceiro, age em legítima defesa. Obviamente, não age em legítima defesa o policial que, após dominar o suspeito, executa-o.

As conclusões do trabalho trazem reflexões nos termos da modificação proposta pelo Projeto de Lei Anticrime - PLA com a inclusão de um segundo parágrafo no art. 23 do CP que ordena que o juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção. Pode qualquer pessoa ter sua pena reduzida pela metade, ou ainda ser perdoado, se praticar o excesso em qualquer das causas de exclusão antijuridicidade, e esse excesso decorrer de medo, surpresa ou violenta emoção.

Assim, é desnecessário apontar o quanto essas expressões (“medo”, “surpresa” ou “violenta emoção”) são vazias de significado, admitem múltiplas interpretações, são de prova difícil e de enorme carga subjetiva, acabando por ampliar muito as possibilidades de exclusão de punição. O uso abusivo dessas expressões indeterminadas, violam nitidamente o

princípio da legalidade estrita, reforçando, pois, a conclusão quanto a inconstitucionalidade desta pretensão de modificação da Lei.

Entende-se que quando tais hipóteses forem aplicáveis a cidadãos comuns, a proposta pode até fazer algum sentido, pois pessoas leigas podem acabar extrapolando os limites das causas de exclusão de antijuridicidade motivadas pelo medo, surpresa ou violenta emoção. Porém, quando essas categorias são transferidas para agentes policiais, a questão recebe contornos diferentes.

Nos termos do PLA, um policial pode matar um suspeito dolosamente em excesso de legítima defesa, como ocorre quando, após derrubar o sujeito no chão e desarmá-lo, defere-lhes tiros nas costas. Atualmente, sem sombra de dúvidas, tal situação seria considerada homicídio. Porém, nos termos do PLA, se o policial alegar que cometeu o excesso por medo, surpresa ou violenta emoção, poderá ter a pena perdoada. Se aprovada nestes termos, essa modificação legislativa será uma “carta branca” para maus policiais cometerem os mais diversos crimes e serem perdoados.

Tais hipóteses possuem alto teor de inconstitucionalidade, visto que poderia ensejar uma desproteção do direito fundamental à vida do cidadão comum, que frente a tais ações de policiais mal-intencionados, nada poderiam fazer ou se defender. São questões com alto grau de subjetividade e que, portanto, dariam a policiais muitos direitos e poucos deveres ao cumprirem seu papel perante a sociedade. Em um país com grandes desigualdades e alto grau de impunidade, o Projeto de Lei Anticrime, nos moldes que estava sendo desenvolvido, só seria útil a abrir espaço para mais desigualdades, abusos de poder e impunidade.

Perante a realidade de violência no país, em que, os policiais têm que enfrentar uma criminalidade organizada cada vez mais poderosa, seria possível e necessário e constitucional a ampliação das hipóteses de legítima defesa quando o policial atua de forma letal? Diante dessa questão, foram examinados também outros dados empíricos que constataram que o Brasil apresenta um dos maiores índices de letalidade na atividade policial, que decorrente de questões históricas que mostram a forma como a polícia foi concebida, não como uma polícia cidadã, mas como uma polícia militarizada e influenciada por questões de um racismo histórico.

Portanto, diante dessa questão, a ampliação das hipóteses de legítima defesa, considerando sobretudo, a realidade brasileira de ampla letalidade policial, garantir juridicamente e dogmaticamente a ampliação das hipóteses de atuação letal da polícia no Brasil, poderia ensejar uma desproteção do direito fundamental a vida de modo que essa modificação do pacote anticrime seria inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Celio De Melo. **Legítima Defesa**: Legislação, Doutrina, Jurisprudência, Processo. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1975.

ANJOS, André. Um panorama da violência no Brasil. **Revista da Graduação Tecnológica em Segurança da Estácio**. N°1 V°1 ANO 2019. D

ALMEIDA, Milene. **Pacote Anticrime**: eficácia frente ao sistema penal brasileiro. Direito Penal, revista 196. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/pacote-anticrime-eficacia-frente-ao-sistema-penal-brasileiro/>. Acesso em: 04 set. 2021.

ARAN, García; MUNOZ, Conde. **Derecho penal**: parte general. Imprenta: Valencia, Tirant lo Blanch. 2004.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**: parte generale. Milano: Giuffrè, 1997.

AJUFE, Associação dos Juízes Federais do Brasil. **Entidades da sociedade se manifestam sobre projeto de lei anticrime**. 2019. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/imprensa/ajufe-na-imprensa/12080-entidades-da-sociedade-se-manifestam-sobre-projeto-de-lei-anticrime>. Acesso em: 05 set. 2021.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Segurança em números**. 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/10/Anuario-2020-FINAL.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BELING, Ernst Von. **Esquema de Derecho Penal**. Tradução castelhana de Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. **A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime**. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/190/r133-03.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 25 maio 2021.

BORNIA, Josiane Pilau. **A antijuridicidade**. Revista CESUMAR - Ciências Humanas e Sociais Aplicadas. V.7, n.1 dezembro. 2002.

BRASIL, Código Penal (1940). **Código Penal brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2017.

BRASIL. **Inciso XXXIX do Artigo 5 da Constituição Federal de 1988**. 1988. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10729288/inciso-xxxix-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 08 de ago. 2021.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689/1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 05 set. 2021.

BUCH, João M. **A violência do Estado nas veias abertas do Brasil. Justificando**. Publicado em 08 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.justicando.com/2019/05/08/a-violencia-do-estado-nas-veias-abertas-dobrasil/>. Acesso em 27 nov. 2021.

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. **Teoria Geral do Delito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho penal, parte geral**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Vol. 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 1 ed., Rio de Janeiro : Forense, 1984, p. 14.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria General del Delito**, p. 56-256 In Fernando Galvão e Rogério Greco, *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 1999.

CERQUEIRA, Daniel. **Atlas da Violência – 2021** São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021-completo.pdf>. Acesso em: 03 set. 2021.

DPU – Defensoria Pública da União. **Considerações técnico-jurídicas da defensoria pública da união sobre o pacote de medidas anticrime do poder executivo federal (PL 882/19)**. 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/legislacao-penal-e-processual-penal/documentos/audiencias-publicas/02NotaTcnicaDPUPacoteAnticrimeLegtimaDefesa.pdf>. Acesso em: 03 set. 2021.

D'ELIA FILHO, Orlando Z. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Guldenkian, 2001.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA-a. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2019; and United Nations Office on Drugs and Crime, *Global Study on Homicide*, 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA-b. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública, “A VIOLÊNCIA CONTRA NEGROS E NEGRAS NO BRASIL ”**. Infográfico, 2019. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/11/infografico-consistencia-negra-2019-FINAL_site.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Conduta Punível**. 1961, p. 185. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002201555-antijuridicidade.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

FARIA, Fernanda Cury. **Causas de exclusão da antijuridicidade**. 2015. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/causas_de_exclusao_da_antijuridicidade.pdf. Acesso em: 28 set. 2021.

GIRARD, Rene. **A violência e o sagrado**. São Paulo: UNESP, 1990.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Luís. **Análise sobre propostas relativas a legítima defesa no ‘projeto de lei anticrime’**: proposta ou é supérflua, ou nociva. Em qualquer das duas hipóteses, ela não pode prosperar. Jota: penal em foco. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/analise-sobre-propostas-relativas-a-legitima-defesa-no-projeto-de-lei-anticrime-07022019>. Acesso em: 27 nov. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito e Imputação Objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Indiara Thomaz. **Um herói manchado de sangue**: aspectos sobre a letalidade policial brasileira. Universidade Federal de Minas Gerais. Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública. Belo Horizonte – MG. 2016.

GANEM, Pedro. **STJ**: indícios de legítima defesa, por si só, não sustentam trancamento de ação penal. Canal Ciências Criminais. 2021. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/indicios-de-legitima-defesa-nao-sustentam-trancamento-de-acao-penal/>. Acesso em: 02 set. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu; SILVA, Pablo. **Panorama do princípio da legalidade no direito penal alemão vigente**. Revista Direito GV, São Paulo 6(2); p. 565-582; jul-dez. 2010.

GALVÃO, Fernando; GRECO, Rogério. **Estrutura Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Vol. I, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 301-302.

HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho penal**. Obras completas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Atlas da Violência**. 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/3519-atlasdaviolencia2020completo.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2021.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 7.ed, São Paulo, Saraiva Educação. 2021.
- LEÃO, José Bruno Martins. **Ampliação da legítima defesa proposta pelo ministro Moro no pacote anticrime**. Caderno Jurídico. 2019. Disponível em: https://cadernojuridico.com.br/artigo/248/Ampliacao_da_legitima_defesa_proposta_pelo_ministro_Moro_no_pacote_anticrime. Acesso em: 05 ago.2021.
- LOCHE, Adriana. **A letalidade da ação policial**: parâmetros para análise. Revista Tomo. São Cristóvão - SE. jul./dez. 2010. Disponível em: [file:///C:/Users/Roberto/Downloads/507-Texto%20do%20artigo-1281-2-10-20201215%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Roberto/Downloads/507-Texto%20do%20artigo-1281-2-10-20201215%20(2).pdf). Acesso em: 02 set. 2021.
- LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Vol. I. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2006. Título original: Tratado de Direito Penal alemão.
- LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. t. 2., 4. ed. Madrid: Editorial Preus, 1999.
- LUNA, E. da Cunha. **Estrutura Jurídica do Crime**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 1994.
- LINHARES, Marcello Jardim. **Legítima Defesa**. 2ª Ed. Sao Paulo: Ed. Saraiva. 1974.
- MACHADO, Marta R. A. **Edmund Mezger e o direito penal do nosso tempo**. Resenha. v. 1 n. 1 p. 153 – 159; maio. 2005.
- MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**. Tradução de Ricardo C. Núñez. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.
- MEYER, Peter J. **Brazil**: Background and U.S. Relations. Congressional Research Service. 2020. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/row/R46236.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2021
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Portaria Interministerial n. 4.226 de 31 de dezembro de 2010**. Estabelece diretrizes sobre o uso da força pelos agentes de segurança pública. Brasília, 31 dez. 2010.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Vol. I e II, Barcelona: Ariel, 1962.
- MOON, Kyra. **Police Violence in Brazil**. Human Rights & Human Welfare. 2020. Disponível em: <https://www.du.edu/korbel/hrhw/researchdigest/latinamerica2/digest-human%20rights%20in%20latin%20america%20vol%202-police-brazil.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021.
- MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte geral. V. 1. 9ª. Ed. Rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.
- MENDONÇA, Ana C; DUPRET, Cristiane. **Penal prática**. 4 Ed revista, ampliada e atualizada; Editora JusPodium. 2018. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/2f82b4c7e82a6b0170bc21ec299d3a8c.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

MARQUES, Márcio R. **A teoria do crime**. Faculdade de Direito de Campos. 2008. Disponível em: <http://www.fdc.br/Artigos/..%5C%5CArquivos%5CARTigos%5C19%5CATeoriaCrime.pdf>. Acesso em: 19 set. 2021.

MENEZES, Isabela P. H. “**Vão morrer na rua igual barata**”: uma análise do recrudescimento do estado penal a partir do “pacote anticrime”. Universidade Federal da Paraíba; Centro de Ciências Jurídicas; Santa Rita, PA. 2019

MARTINS, José S. **Direito Penal** : Introdução e Parte Geral, São Paulo: Saraiva. 1974.

MELO, Matheus M. **A legítima defesa como excludente de ilicitude e o limite da reação do agente**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás - Escola de Direito e Relações Internacionais. Goiânia - GO. 2020.

NORONHA, Edgard M. **Direito penal**. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1991.

NORONHA, Edgard M. **Direito penal**: introdução e parte geral. Vol. I, 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEVES, Paulo Sérgio C. **Dossiê violência e segurança pública na contemporaneidade**. Revista Tomo. São Cristóvão - SE. jul./dez. 2010. Disponível em: [file:///C:/Users/Roberto/Downloads/Revista_TOMO-n17%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Roberto/Downloads/Revista_TOMO-n17%20(1).pdf). Acesso em: 02 set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOLASCO, Leonardo. **Entenda por que a Parte Geral do Código Penal é importante**. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/entenda-por-que-a-parte-geral-do-codigo-penal-e-importante/>. Acesso em: 21 set. 2021.

OSAC. Bureau of Diplomatic Security. **Brazil 2020 Crime & Safety Report**: São Paulo. Disponível em: <https://www.osac.gov/Content/Report/e2e8a425-32bf-45f5-aa49-18aceb1e211e>. Acesso em: 20 set. 2021.

OGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. Library Cataloguing-in-Publication Data. **World report on violence and health**. 2002. Disponível em: https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/summary_en.pdf. Acesso em 30 ago. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral e Parte Especial. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2012. ISBN: 9788520342152, 9788520346273. 2012.

PEREIRA, Gabriela X. **A evolução histórica do tipo em direito penal da independência por Beling à concepção significativa de Vives Antón**. Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Ponta Grossa, PR. 2008.

PREUSSLER, Gustavo de S. **Primeiras notas sobre o Projeto de Lei Anticrime**. Boletim IBCCRIM, ano 27, n.317, p.30-32, abril. 2019.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**. JusPODIVM. ISBN: 8544202373, 9788544202371. Salvador. 2015.

RIBEIRO, Isaac L. **Preparar, apontar, fogo! Sobre a legítima defesa presumida, expansão penal e justiça dos vencedores**. Empório do Direito. Publicado em 02 de dezembro. 2018. Disponível em: <http://www.emporiiododireito.com.br/leitura/preparar-apontar-fogo-sobre-a-legitimadefesa-presumida-expansao-penal-e-jusstica-dos-vencedores>. Acesso em 06 out. 2021.

REALE JR., Miguel. **Antijuridicidade Concreta**. São Paulo: Bushatsky, 1973.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva**. Tradução dos §§ 7 e 11, nm. 1/119 de Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3.ed. München, Beck, 1997. Trad. e introdução Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **Política Criminal y Estructura del Delito**: Elementos de Delito en la Base a la Política Criminal. Barcelona: PPU, 1992.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Trad. Diego Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Civitas, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. **O projeto anticrime passaria no teste Kobayashi Maru**. Conjur: limite penal, 01 mar. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-01/limite-penal-projeto-anticrime-passaria-testekobayashi-maru>. Acesso em: 29 nov. 2021.

SZNICK, Valdir. **Manual de direito penal**. São Paulo: Leud, 2002.

STATISTA RESEARCH DEPARTMENT. **Crime and violence in Brazil – statistics & facts**. 2020. Disponível em: <https://www.statista.com/topics/7017/crime-and-violence-in-brazil/>. Acesso em: 05 set. 2021.

STATISTA RESEARCH DEPARTMENT. **Police violence in Brazil – statistics & facts**. 2021. Disponível em: <https://www.statista.com/topics/7861/police-violence-in-brazil/>. Acesso em: 20 set. 2021

SANTANA, Alexsandro; OLIVEIRA, Ilzver. **A teoria da indiciabilidade ou teoria da ratio cognoscendi**: o ônus probatório da defesa nas causas excludentes de ilicitude à luz do princípio da presunção da inocência (art. 5º lvii, crfb/88). Ideias & Inovação; Aracaju; V. 01, N.02. Maio. 2012.

SANTOS, Arthur L. **Whistleblowing e o Projeto Anticrime**. UPM. 2019. Disponível em: <http://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/20110/ARTHUR%20LACERDA%20DO%20SANTOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 de set. 2021.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1994.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Reforma Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.

TRINDADE, Pedro G. S. **A atividade policial e a legítima defesa**. Revista Boletim Jurídico. 2019. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/4629/a-atividade-policial-legitima-defesa>. Acesso em: 01 set. 2021.

VERGEZ, André; HUISMAN, Denis. **A história dos filósofos ilustrada pelos textos**. Tradução de Lélia de Almeida Gonzalez. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

VIVAS, Fernanda. **Pacote anticrime entra em vigor nesta quinta**. Janeiro; 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/23/pacote-anticrime-entra-em-vigor-nesta-quinta-veja-ponto-a-ponto-o-que-passa-a-valer.ghtml/>. Acesso em: 04 set. 2021.

VILELA, Lara Vitória. R. **Lei anticrime**: análise da ampliação da atuação policial na legítima defesa. Faculdade Evangélica de Rubiataba. Rubiataba-GO. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal, parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio R; PIERANGELI, José. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução De José Cerezo Mir. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2004.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. 4.ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker, Buenos Aires, Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.