



## LEGÍTIMA DEFESA E PROPORCIONALIDADE: aspectos controvertidos no projeto de Lei n. 882/2019

*SELF-DEFENSE AND PROPORTIONALITY: controversial aspects  
of Bill 882/2019*

Juliana Gomes Miranda  
Nicole Albuquerque Dino de Castro e Costa

### RESUMO

Analisa as propostas de reforma nos artigos 23 e 25 do Código Penal, relacionadas ao excesso em causas discriminantes por escusável medo, surpresa ou violenta emoção e à alteração dos contornos legais da legítima defesa para agentes de segurança pública, à luz do princípio da proporcionalidade. Tais propostas constam do projeto de lei encaminhado pelo Executivo ao Congresso Nacional em fevereiro de 2019, amplamente conhecido como projeto de lei anticrime.

### PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal; princípio da proporcionalidade; legítima defesa; segurança pública; projeto de lei anticrime.

### ABSTRACT

*This paper assesses proposals for reforming articles 23 and 25 of the Brazilian Criminal Code, related to excess in cases of decriminalization due to excusable fear, surprise or violent emotion and to the alteration of the legal outlines of self-defense applicable to public security agents, considering the proportionality principle. Such proposals are contained in a bill forwarded by the Executive to the National Congress in February 2019, widely known as the anti-crime bill.*

### KEYWORDS

*Criminal Law, Proportionality principle, self-defense; public security; anti-crime bill.*

## 1 INTRODUÇÃO

Observa-se, no Brasil, uma demanda crescente por uma atuação mais incisiva do Estado na garantia da segurança pública e no combate à criminalidade. Sob a justificativa de construir um aparato legal mais adequado para o combate ao crime, o Governo Federal, em fevereiro de 2019, encaminhou projetos de lei ao Congresso Nacional, que ficaram conhecidos como “projetos de lei anticrime”.

As propostas foram organizadas em três projetos de lei – um projeto de lei complementar, PLP 38/2019, e dois projetos de lei ordinária, PL 881/2019 e PL 882/2019. Ao todo, constam propostas referentes a quatorze diplomas legais. O PLP 38/2019 dispõe sobre regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral, o PL 881/2019 trata da criminalização do caixa dois e, por fim, o PL 882/2019 propõe medidas diversas, entre as quais alterações nos arts. 23 e 25 do Código Penal, possibilitando a não aplicação ou a relativização da pena em caso de excessos em condutas abarcadas por excludentes de ilicitude e alterando os contornos legais da legítima defesa para agentes de segurança pública.

Entre as medidas propostas, essa última desperta forte controvérsia. Um dos argumentos levantados é que as alterações, nos moldes do projeto original enviado pelo Executivo, estabeleceriam uma espécie de “licença para matar” para policiais, autorizando e incentivando o uso desmedido da força letal por agentes de polícia. Por outro lado, defensores da medida argumentam ser ela necessária para proteger o agente policial durante conflito armado e garantir a efetividade da segurança pública.

Estabelecida a controvérsia, busca-se aqui compreender se as alterações mencionadas de fato ofendem direitos protegidos pela Constituição Federal de 1988 e por tratados internacionais de direitos humanos, no que diz respeito ao uso da força por agentes de segurança pública, por meio de uma análise à luz do princípio da

proporcionalidade. Para tanto, o presente artigo está estruturado da seguinte forma: delimitação dos contornos do princípio da proporcionalidade, de acordo com a teoria de Robert Alexy; descrição dos dispositivos vigentes e das propostas de reforma nos arts. 23 e 25 do Código Penal; e análise das referidas propostas legislativas, a fim de identificar se as alterações em tela, aplicadas a agentes de segurança pública, violam a proporcionalidade.

Trata-se de tema de significativa relevância social e política, dado que as propostas estão em tramitação no Congresso Nacional, que ainda necessita se posicionar pela sua necessidade e constitucionalidade. Dessa forma, pretende-se colaborar para o debate público acerca do assunto, oferecendo uma análise jurídica quanto à proporcionalidade das propostas de reforma nos arts. 23 e 25 do Código Penal.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Inicialmente, são necessárias breves considerações acerca do princípio da proporcionalidade e de sua correlação com os direitos fundamentais.

Direitos fundamentais consistem em direitos estabelecidos por determinada ordem jurídica, veiculados em normas princípios, e que fundamentam a existência do Estado. Por sua natureza principiológica, os direitos fundamentais enunciam direitos protegidos *prima facie*, caracterizando-se, segundo ensinamento de Robert Alexy (1993), como mandamentos de otimização, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Não há que se falar em direitos fundamentais absolutos, visto que encontram limitação nos demais direitos e valores de ordem constitucional também previstos no ordenamento jurídico (MENDES; BRANCO, 2015). Admite-se, por conseguinte, a possibilidade de determinadas restrições a direitos com vistas à garantia de outros, o que leva à discussão sobre o grau de restrição admitido, seu

conteúdo e sua extensão.

Incidem aqui os chamados “*limites dos limites*”, que balizam a ação do legislador quando da restrição a direitos fundamentais. Tais limites referem-se tanto à *necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas* (MENDES; BRANCO, 2015, p. 211). Entende-se, então, que os direitos fundamentais podem ser restringidos de forma a não atingir seu núcleo essencial, formado por um conjunto de posições jurídicas simples definitivamente protegidas por ele, além da necessidade de observância da proporcionalidade nas limitações impostas.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade surge como um instrumento de *afirmação da idoneidade, necessidade e equilíbrio da intervenção estatal em determinado direito fundamental* (RAMOS, 2017, p. 119), visando combater os excessos das restrições a direitos, impostos por leis ou atos administrativos (RAMOS, 2017, p. 119). Consiste em um mandamento de proibição do excesso (*Übermassverbot*), correspondente à dimensão negativa da proporcionalidade.

Há ainda uma segunda faceta do princípio da proporcionalidade, que visa à proibição da proteção insuficiente de determinado direito pelo Estado (*Untermassverbot*). Essa outra face do princípio da proporcionalidade consiste na sua dimensão positiva e decorre do reconhecimento dos deveres de proteção do Estado. Assim, haverá violação do princípio da proporcionalidade não apenas quando houver excessos, mas também quando o Estado falhar na proteção de um bem jurídico constitucionalmente protegido. Nesse sentido, o ministro Gilmar Mendes destacou, em decisão no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2010): [...] *os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote)*. Haveria,

*assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot).* (STA 419/RN, DJ 22 abr. 2010)

Ressalta-se, por fim, a constante utilização da proporcionalidade como instrumento para solucionar aparente situação de colisão entre direitos fundamentais. No Supremo Tribunal Federal (STF), a proporcionalidade tem sido utilizada como “lei de ponderação”, de modo a impedir intervenções em direitos que resultem em ônus desproporcional a outros direitos incidentes no mesmo caso concreto (MENDES; BRANCO, 2015).

### 2.1 ELEMENTOS DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é composto por três subprincípios, a saber: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 1993). Assim, para aferir a proporcionalidade de uma norma, requer-se uma análise em três etapas. Trata-se de uma análise sucessiva, e, caso a norma falhe em uma das etapas, sequer é necessária a análise do elemento seguinte, concluindo-se pela violação da proporcionalidade e, conseqüentemente, pela inconstitucionalidade da norma.

A análise de adequação consiste em verificar se a norma em tela fomenta algum direito fundamental, ou seja, se, em abstrato, poderia resultar na realização do objetivo perseguido. Em seguida, passa-se à verificação do elemento necessidade, também denominado elemento da intervenção mínima. Essa segunda etapa destina-se a analisar se há alguma outra forma de se fomentar em igual ou maior grau o direito, restringindo menos outros direitos incidentes no caso concreto. Por fim, a verificação da proporcionalidade em sentido estrito consiste em uma espécie de análise da relação custo-benefício, se a concretização desse direito se justifica em face da restrição imposta aos demais.

### 3 OS ARTS. 23 E 25 DO CÓDIGO PENAL

Antes de avançar no tema, é importante resgatar o que anunciam os vigentes arts. 23 e 25 do Código Penal, que versam, respectivamente, sobre as excludentes de ilicitude e o excesso punível e sobre os contornos legais da legítima defesa.

#### 3.1 DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

A ilicitude, ou antijuricidade, consiste no segundo substrato do conceito analítico de crime e corresponde à contradição de determinada conduta típica com o ordenamento jurídico. A comprovação da presença da antijuricidade em determinada conduta se dá pela constatação de que a conduta típica não se encontra permitida por nenhuma causa de justificação constante na ordem jurídica (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008).

Assim, as causas excludentes da ilicitude figuram como verdadeiros preceitos permissivos, causas discriminantes, ou justificantes da conduta típica, que, quando verificadas no caso concreto, indicam a inexistência do crime.

No Direito Brasileiro, as causas excludentes da ilicitude estão elencadas principalmente no art. 23, incisos I a III, do Código Penal, que noticia: *I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito* (BRASIL, 2018). Destaca-se, no entanto, que

o excesso, a ser estudado no subitem seguinte, em qualquer das três hipóteses mencionadas, permanece ilícito, por força do parágrafo único do art. 23: *O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo* (BRASIL, 2018).

#### 3.2 EXCESSO NAS CAUSAS JUSTIFICANTES

Como já adiantado, o art. 23, parágrafo único, do Código Penal preocupa-se em delinear os limites da ação nas causas justificantes, trazendo previsão de punição para o agente que, por dolo (consciência e vontade) ou culpa (imprudência ou negligência), agir com excesso em qualquer das três hipóteses apresentadas no item anterior.

Ensina Paulo Queiroz (2010) que *há excesso quando o agente, embora inicialmente amparado por uma causa de justificação e mesmo depois de fazer cessar a agressão que contra ele começara, prossegue lesionando seu agressor, desnecessariamente.*

Do conceito apresentado, retira-se como pressuposto do excesso o reconhecimento inicial da excludente de ilicitude, presentes todos seus requisitos, ou seja, uma situação inicial de legalidade da conduta do agente.

Assim, entende-se que o excesso não pode ser admitido de forma a descaracterizar a própria discriminante, como seria, por exemplo, no caso de uma defesa inicialmente desnecessária ou desproporcional. Isso porque, nesse caso, o agente não poderia sequer invocar a legítima defesa, quanto mais, portanto, agir com excesso na discriminante.

#### 3.3 DA LEGÍTIMA DEFESA

Os contornos legais da legítima defesa, por sua vez, estão previstos no art. 25 do Código Penal. Segundo preceitua o dispositivo, *quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem* (BRASIL, 2018) tem a sua conduta justificada pela legítima defesa.

Extraem-se do conceito legal de legítima defesa alguns requisitos próprios da discriminante: i) agressão injusta; ii) atual ou iminente; iii) uso moderado dos meios necessários; iv) proteção a direito próprio ou de outrem; e v) conhecimento da situação de fato justificante (CUNHA, 2016).

Algumas considerações são necessárias acerca dos três primeiros requisitos apontados.

Inicialmente, por força do requisito da *“agressão injusta”* (ou antijurídica), pressupõe-se que, para configuração da legítima defesa, é necessária uma conduta humana (ação ou omissão) que desencadeie a necessidade de uma defesa. Conforme salientam Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 500), *não há agressão quando não há conduta*, ao passo que também *não pode ser antijurídico o que não é conduta*. A agressão deve ser, ainda, direcionada, ou seja, ter destinatário certo, pois, caso contrário, configuraria perigo atual, o que, conforme as circunstâncias do caso concreto, faria incidir a discriminante do estado de necessidade e não da legítima defesa (CUNHA, 2016).

Em relação ao caráter *“atual ou iminente”* da agressão injusta, caracteriza-se como *atual* aquela agressão que já foi iniciada, que está em curso, e como *iminente* a que, apesar de

ainda não ter sido iniciada, está prestes a ocorrer. Assim, entende-se pela impossibilidade da alegação de legítima defesa contra agressão passada, ou contra agressão futura, o que configuraria mera suposição (CUNHA, 2016).

Por fim, com a exigência do “*uso moderado dos meios necessários*”, pretende-se assegurar a proporcionalidade entre a agressão realizada e o ato de defesa da vítima. Assim, entende-se por “*meio necessário*” o meio menos lesivo capaz de afastar o ataque sofrido. Ainda, preceitua-se o uso moderado de tal meio, de modo que este deva ser utilizado sem excessos, de maneira suficiente a fazer cessar o ataque iminente ou em curso (CUNHA, 2016). Nesse sentido advertem Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 503), *não pode haver uma desproporção muito grande entre a conduta defensiva e a do agressor, de maneira que a primeira cause um mal imensamente superior ao que teria produzido a agressão.*

Feitas essas considerações, passa-se, então, ao estudo das propostas de reforma constantes no PL 882/2019.

#### 4 AS PROPOSTAS DE REFORMA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O PL 882/2019 propõe, entre outros temas, alterações relacionadas ao excesso nas excludentes de ilicitude e aos contornos legais da legítima defesa, modificando a redação dos arts. 23 e 25 do Código Penal – objeto do presente estudo.

Este capítulo dedica-se à análise das propostas de reforma nos dois dispositivos mencionados, aplicadas a agentes de segurança pública, e à verificação da sua (in)compatibilidade com o princípio da proporcionalidade.

Para tanto, dividir-se-á o presente capítulo em dois subitens, sendo o primeiro (4.1) dedicado ao exame das modificações ligadas ao excesso nas causas discriminantes; e o segundo (4.2), às modificações no instituto da legítima defesa.

##### 4.1 O EXCESSO DECORRENTE DE ESCUSÁVEL MEDO, SURPRESA OU VIOLENTA EMOÇÃO

As alterações propostas para o art. 23 do CP recaem sobre a pena aplicada aos excessos em condutas abrangidas pelas causas discriminantes. Como visto, tais condutas estão elencadas nos incisos I a III do art. 23 do CP e em outros disposi-

tivos esparsos no ordenamento jurídico.

A proposta consta do art. 2º da redação original do PL 882/2019, que dispõe:

*Art. 2º O Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações: Art. 23. § 1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. § 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção. (BRASIL, 2019a)*

O § 1º do art. 23 conserva a redação do atual parágrafo único. Em relação a esse dispositivo, a alteração incide apenas na sua numeração, por questões de técnica legislativa. Assim, a efetiva modificação repousa no § 2º, que possibilita ao juiz não aplicar a pena ou aplicá-la apenas em parte, em caso de excessos decorrentes de “*escusável medo, surpresa ou violenta emoção*”.

No Direito Brasileiro, há uma previsão semelhante – embora mais restrita – no Código Penal Militar, art. 45, parágrafo único, e art. 46 (BRASIL, 2017b).

*[...] as causas excludentes da ilicitude figuram como verdadeiros preceitos permissivos, causas discriminantes, ou justificantes da conduta típica, que, quando verificadas no caso concreto, indicam a inexistência do crime.*

No Direito Comparado, tal previsão encontra paralelo nas legislações penais portuguesa e alemã. No Código Penal Português, admite-se a não punição do excesso resultante de “*perturbação, medo ou susto, não censuráveis*” (PORTUGAL, 2018). Enquanto no Direito alemão determina-se a não punição do excesso em autodefesa por motivos de “*confusão, medo ou pânico*” (ALEMANHA, 2019). Há, no entanto, diferenças. Ambas as legislações, portuguesa e alemã, trazem hipóteses somente de reações astênicas, ligadas à fraqueza do indivíduo, em que não se enquadra a “*violenta emoção*”.

Ressalta-se, por fim, que a redação proposta para o art. 23 apresenta margem para dúvidas quanto ao termo “*escusável*”, posicionado logo antes de “*medo, surpresa ou violenta emoção*”, que pode sugerir a tese de que apenas o “*medo*” deve ser escusável. Dessa forma,

sugere-se, para evitar dubiedades, que sejam invertidos os termos do dispositivo para que constem da seguinte forma: *Art. 23 [...] § 2º: O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de medo, surpresa ou violenta emoção, escusáveis*, seguindo o modelo redacional do Código Penal Português.

##### 4.1.1 DA ANÁLISE À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

À luz do princípio da proporcionalidade, é necessário identificar, inicialmente, o objetivo a que se destina a norma em abstrato. Nesse sentido, entende-se que a norma objetiva proteger juridicamente quem, em situação de legítima defesa, própria ou de terceiros, ou ainda amparado por outra discriminante, exceda-se por medo, surpresa ou violenta emoção escusáveis, provocados pela própria circunstância. Ressalte-se que excesso aqui não se confunde com desproporcionalidade dos meios inicialmente aplicados para a defesa, mas sim, conforme explicado no subitem 3.2, no

prosseguimento da defesa mesmo após cessada a agressão.

Dessa forma, não há dúvidas de que a possibilidade de ter a pena diminuída ou de ter concedido o perdão judicial é um meio apto para atingir a finalidade perseguida, não havendo, ainda, outra forma de promover em igual ou maior grau tal proteção jurídica de quem se encontra em excepcional fragilidade. Nesse contexto, entende-se pela adequação e necessidade da medida, de uma forma geral.

Destaque-se, no entanto, que, apesar de se entender possível a diminuição da culpabilidade e das exigências de prevenção jurídica para particulares que se excedam em sua defesa ou na defesa de terceiros por escusável medo, surpresa ou violenta emoção, a mesma interpretação não parece ser cabível quando aplicada a agentes de segurança pública, em especial quando em defesa de terceiros.

Os agentes de segurança pública

possuem maior responsabilidade que particulares no momento de repelir uma agressão contra si ou contra terceiros, que engloba o núcleo de seus deveres funcionais. Por essa razão, sua formação envolve treinamento constante quanto à preparação para atuar em situações extremas e de perigo. Soma-se a isso o fato de terem à sua disposição equipamentos de segurança, como coletes, rádios comunicadores, além de possível cobertura de outros agentes.

A atuação dos agentes de segurança dentro das balizas legais objetiva, assim, a garantia de diferentes direitos fundamentais, entre eles o direito à vida, à integridade física e moral de vítimas ou agressores, para além do cumprimento do mandamento de proporcionalidade da ação estatal. Portanto, exige-se desses agentes que realizem uma análise valorativa mais precisa quanto aos meios necessários e suficientes para repelir uma agressão e, em especial, a identificação do momento em que deve ser cessada a defesa, por já ter atendido a seu propósito.

***Assim, entende-se que o excesso não pode ser admitido de forma a descaracterizar a própria discriminante, como seria, por exemplo, no caso de uma defesa inicialmente desnecessária ou desproporcional.***

Outrossim, argumenta-se que, aplicada a agentes de segurança pública, a norma em tela dá margem a ações exorbitantes por parte de policiais por conta da previsão de conceitos abertos e mais amplos do que já previsto no Código Penal Militar, como a “violenta emoção”. Conforme assevera Luís Greco (2019, n.p), “na nova regra, até aquele que mata por raiva ou ódio pode, em princípio, ver-se isento de pena”. Há uma ampla gama de sentimentos que podem ser incluídos sob o “guarda-chuva” da “violenta emoção”, entre eles a ira, o ódio, a raiva ou até mesmo a revanche. Assim, a hipótese da “violenta emoção” pode vir a permitir a não culpabilidade de agentes de segurança que se excedam na defesa de terceiros, por exemplo, movidos por ódio, o que descaracterizaria a própria razão de ser da atividade policial e do sistema de justiça.

Sob essa perspectiva, a norma proposta estabelece tratamento incompatível ao conceder as mesmas salvaguardas dadas a particulares aos agentes de segurança pública, eximindo-os da responsabilidade pelos eventuais excessos em legítima defesa. Diferente dos particulares, os agentes de segurança pública devem ser treinados para tais situações, fazendo parte do seu ofício reagir dentro dos limites necessários para fazer cessar a agressão. Assim, escusá-los de tal dever põe em risco direitos fundamentais, como o direito à vida e à justiça, que devem ser protegidos pelo Estado em maior grau possível, não sendo justificável a restrição a esses direitos em face de uma proteção jurídica ao agente de segurança que age em excesso por inaceitável despreparo e em desacordo com seu próprio dever funcional. Em verdade, tais situações poderiam caracterizar inclusive negligência ou imperícia.

#### 4.2 A AMPLIAÇÃO DOS CONTORNOS LEGAIS DA LEGÍTIMA DEFESA

Em relação às alterações propostas no instituto da legítima

defesa, o PL n. 882/2019 propõe acrescer ao atual art. 25 do Código Penal um parágrafo único, com dois incisos, preservando a vigente redação do *caput*. Assim dispõe o projeto de lei:

*Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações: [...] Art. 25[...] Parágrafo único. Observados os requisitos 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. (BRASIL, 2019a)*

Há aqui diferentes interpretações possíveis e antagônicas entre si para o sentido dos novos dispositivos propostos.

A primeira delas indica uma redundância nos dispositivos acrescidos, tendo em vista a exigência, pelo parágrafo único, da observância dos requisitos do *caput* para configuração da legítima defesa. Conforme essa interpretação, os casos descritos nos incisos I e II seriam meros exemplos de situações em que poderia se configurar a legítima defesa, pois, para ambas as situações descritas, presentes os requisitos do *caput*, sempre existiu o direito à legítima defesa.

No entanto, caso fosse essa a interpretação, que, de fato, parece a mais correta tecnicamente, qual seria, então, o objetivo de proceder à presente alteração legislativa? Para tanto, socorremo-nos dos argumentos apresentados na justificativa da proposta, que apresenta uma segunda possível interpretação quanto aos objetivos desses dispositivos. As justificativas, apesar de não possuírem força normativa, servem como um norte para entender a vontade do legislador ou proponente e, considerando ser este um projeto de lei ainda em debate, elas podem ser utilizadas ao longo da tramitação do projeto para orientar ajustes técnicos na redação dos novos dispositivos, com o intuito de adequá-los à interpretação que se pretende obter, isto é, ao que realmente se pretende modificar no ordenamento jurídico.

Em relação às propostas para o art. 25, a justificativa do PL n. 882/2019 diz que os dispositivos visam a corrigir situação atual que exige que o agente de segurança pública aguarde *ameaça concreta ou o início da execução do crime para, só depois, reagir*. (BRASIL, 2019a). Assim, com a nova redação, ele poderia *agir preventivamente, ou seja, quando houver risco iminente a direito seu ou de outrem* (BRASIL, 2019a).

Após a leitura da justificativa do PL n. 882/2019, fica claro que se pretende, de fato, modificar uma situação atual, e não apenas explicitar algo já existente, como sugerido pela primeira interpretação. Assim, alguns detalhes da redação dos novos dispositivos ganham realce. O primeiro, e principal, é a opção pelo uso do termo “previne” no lugar do adotado pelo *caput*, “repele”, para descrever a ação de defesa. À primeira vista, os termos podem parecer sinônimos. No entanto, quando lidos em conjunto com os argumentos da justificativa, percebe-se que a opção pela nova terminologia foi intencional.

Como visto no item 3.3, a legítima defesa, nos moldes atuais, visa repelir uma agressão atual ou iminente. Não se desconsidera, nesse requisito, o caráter preventivo da legítima defesa, mas indica-se uma fronteira temporal para a incidência da discriminante. Isso porque, apesar de ser preventiva, e não repressiva, a legítima

defesa deve ser usada para opor resistência a uma agressão, o que exige, por certo, a existência inicial tanto de uma agressão quanto de um agressor.

O novo inciso I, ao reconhecer ao agente policial a condição de achar-se em legítima defesa sempre que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, agir para prevenir injusta e iminente agressão, parece querer autorizar uma ação antecipada do agente de polícia, sem um claro limite inicial. Assim, a redação do dispositivo admitiria a interpretação de que o agente policial estaria autorizado, no contexto indicado, a matar para evitar uma agressão que ainda não existe, ou seja, matar alguém que pode vir a ser (ou não) um agressor.

Essa segunda interpretação apresenta um grave problema técnico, pois é absolutamente incompatível com os requisitos da legítima defesa, constantes do *caput* do art. 25, que o parágrafo único manda observar. Seria, assim, impossível adotar essa segunda interpretação sem ignorar o disposto no *caput*. No entanto, este parece ser apenas um erro de ordem técnica na redação das propostas, pois todo o contexto aponta para a interpretação indicada no parágrafo anterior.

Entende-se, portanto, (e excluindo a primeira interpretação aventada) que apesar de haver uma falha técnica na redação do projeto de lei em relação à exigência constante no parágrafo único, as alterações propostas destinam-se à ampliação dos contornos legais da legítima defesa para que a discriminante passe a abarcar momentos anteriores aos admitidos atualmente, sob o argumento de fortalecimento do combate à criminalidade e à promoção do direito à segurança pública ou, conforme indicado na justificativa do projeto, *dar equilíbrio às relações entre o combate à criminalidade e à cidadania* (BRASIL, 2019a).

Acrescentam-se, por fim, considerações acerca do elemento contextual indicado no inciso I para a incidência da legítima defesa nos moldes propostos. Trata-se da opção pela utilização do termo “conflito armado”. O conceito de “conflito armado” é oriundo do Direito Internacional Humanitário e sua conceituação relaciona-se à incidência do art. 8º do Estatuto de Roma, que trata dos cri-

mes de guerra. Conforme assevera Luís Greco (2019), na linguagem técnica, para o direito de guerra, em contexto de “conflito armado” tanto é permitida a morte de combatentes com dolo direto independentemente de agressão atual, os chamados “abates”, quanto é admitida a morte de civis como “danos colaterais” de ações contra combatentes. Muito embora se entenda não ser essa a conotação intentada no projeto, alerta-se aqui para os riscos da escolha da terminologia. Isso porque a possibilidade dessa interpretação encerra situações de extrema gravidade, como a possibilidade de civis serem “legitimamente” mortos como “dano colateral”, durante incursões policiais.

#### 4.2.1 DA ANÁLISE À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

Inicia-se a análise da proporcionalidade das alterações propostas nos contornos legais da legítima defesa com a verificação da sua adequação ao fim pretendido. Questiona-se, assim, se a decisão normativa tomada pode resultar no fortalecimento do combate à criminalidade e na promoção do direito à segurança pública.

***[...] a norma proposta estabelece tratamento incompatível ao conceder as mesmas salvaguardas dadas a particulares aos agentes de segurança pública, eximindo-os da responsabilidade pelos eventuais excessos em legítima defesa.***

Dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018) permitem a realização de uma correlação entre uma atuação mais ostensiva da polícia e a diminuição de crimes. Entre os anos de 2015 e 2017, as mortes decorrentes de intervenções policiais apresentaram crescimento de 54,9%, saltando de 3.330 ocorrências para 5.159. No mesmo período, as mortes violentas intencionais, descontadas aqui as decorrentes de intervenções policiais, apresentaram crescimento de apenas 6,5%. Ainda, quando analisado o número de policiais vítimas de homicídio, em serviço e fora de serviço, percebe-se que o número permaneceu praticamente estável, variando de 368, em 2015, para 367, em 2017.

Os dados coletados demonstram que – muito embora o aumento de 54,9% da mortalidade por policiais desde 2013, e, se analisado desde 2013, de 133% – não foi suficiente para reduzir a taxa de mortes violentas intencionais nos últimos anos, nem mesmo teve efeito sob o número de policiais vítimas de homicídio, que, como demonstrado, teve variação pouco significativa.

No mesmo sentido, análise realizada pela Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas (DAPP-FGV) (2018) dedicada a compreender a relação entre vitimização policial (morte de policiais) e letalidade policial (morte provocada por policiais) nos últimos anos, aproximou-se das hipóteses de que ambos os fenômenos fazem parte da mesma dinâmica de violência e de que os resultados alcançados são pouco efetivos na queda dos indicadores criminais.

Acrescenta-se a tais argumentos o fato de que a legítima defesa é um instituto pensado para o contexto de conflitos entre particulares, insuficiente, portanto, para pautar a atuação de agentes de segurança no combate à criminalidade. Nesse sentido, Luís Greco (2019) ressalta que, em países como a Alemanha, os

fundamentos e limites para a atuação dos agentes de segurança pública na prevenção de crimes são regulados pelo Direito de Polícia, ramo do Direito Administrativo, que contém dispositivos especificamente destinados a esses agentes, não dotados de tamanha generalidade e imprecisão como a legítima defesa.

Dessa forma, entende-se que a adoção de normas que permitam uma atuação policial mais ostensiva – permitindo uma reação antecipada dos agentes de polícia ante uma eventual agressão – tem grande potencial para aumentar, ainda mais, a taxa, já alta, de mortes decorrentes de ações policiais. Ainda, como demonstrado, tal aumento não tem relação direta com a diminuição das taxas de criminalidade, pelo contrário, como demonstrado pela DAPP-FGV, acaba sendo

mais uma manifestação da mesma dinâmica de violência, pouco efetiva para a queda dos indicadores criminais.

Pelos argumentos expostos, conclui-se pela inadequação da norma e, conseqüentemente, pela sua incompatibilidade como princípio da proporcionalidade, sem a necessidade, portanto, da análise quanto aos dois elementos subsequentes.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz de todas as considerações, apresentam-se as seguintes conclusões, em síntese:

O princípio da proporcionalidade atua como vetor de proteção de direitos fundamentais em suas duas dimensões: a negativa, como um mandamento de proibição do excesso (*Übermassverbot*), e a positiva, visando à proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

As propostas de alteração nos arts. 23 e 25 do Código Penal, aplicadas a agentes policiais, são incompatíveis com o princípio da proporcionalidade, falhando, respectivamente, em relação ao elemento da proporcionalidade estrita e ao elemento da adequação.

No tocante ao art. 23, o projeto de lei possibilita a concessão do perdão judicial ou a aplicação parcial da pena em caso de excessos nas causas discriminantes decorrentes de “*escusável medo, surpresa ou violenta emoção*”, visando proteger juridicamente aquele que se excede por fragilidade decorrente da própria circunstância excepcional.

Embora se considere cabível a aplicação do dispositivo para particulares, dirigida a agentes de segurança pública, a alteração no art. 23 apresenta grande potencial lesivo a direitos fundamentais, em especial à vida e à justiça. A indefinição e a abertura dos conceitos empregados, de forma ainda mais ampla do que já consta na legislação penal militar, dão margem para ações exorbitantes por parte dos agentes de polícia. Ainda, argumenta-se que se deve exigir desses agentes uma análise valorativa mais precisa quanto aos meios suficientes para repelir uma agressão e quanto ao momento em que deve ser cessada a defesa, dado seu treinamento específico para atuar em situações de perigo. Assim, a redução da culpabilidade e das exigências de prevenção jurídica por parte dos agentes de polícia deve atender a critérios mais rigorosos que os aplicados a particulares, sob pena de acarretar proteção insuficiente a direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Ainda sobre o art. 23, além de previsão no sentido da inaplicabilidade do dispositivo a agentes de segurança pública, sugere-se o reposicionamento do termo “*escusável*”, com vistas a evitar dubiedades. Nesse sentido, propõe-se a seguinte redação para o dispositivo: “O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de medo, surpresa ou violenta emoção, *escusáveis*”.

Em relação ao art. 25, embora constatada falha técnica na redação dos dispositivos que pode levar ao entendimento pela redundância das alterações, adota-se a interpretação que indica o alargamento dos limites temporais da legítima defesa de agentes policiais em conflito armado e a desnecessidade da iminência da agressão para o reconhecimento da legitimidade da defesa.

Primeiramente, alerta-se para o potencial risco da escolha do termo “*conflito armado*” no inciso I do art. 25, por tratar-se de termo oriundo do Direito Internacional Humanitário e refe-

rir-se a situações em que incide o direito de guerra. Assim, ainda que se considere não ser essa a conotação intentada no projeto, chama-se atenção para as graves conseqüências de uma futura (e possível) interpretação da norma à luz do direito de guerra.

Considera-se, ainda, o instituto da legítima defesa inadequado para regular as balizas da atuação dos agentes de segurança pública no combate à criminalidade. Nesse sentido, apontam-se dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública que indicam que o aumento da mortandade por policiais não apresenta relação direta com a diminuição de índices de criminalidade, nem mesmo tem efeito significativo na redução do número de policiais vítimas de homicídio. Conclui-se, assim, pela inadequação da norma proposta no art. 25 para fins de promoção da segurança pública e combate ao crime.

Destaca-se, por fim, que na data do fechamento do presente artigo, o PL 882/2019 tramita apensado ao PL 10372/2018, na Câmara dos Deputados, onde é debatido por grupo de trabalho designado para esse fim. O trâmite legislativo do projeto envolverá, ainda, a análise pelas Comissões Parlamentares da Câmara e pelo Plenário da Casa e, caso prospere, o texto seguirá para a apreciação pelo Senado Federal (BRASIL, 2019b).

#### NOTAS

- 1 Dispõe o Código Penal Militar: *Art. 45: O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa. Parágrafo único: Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação. Art. 46: O juiz pode atenuar a pena ainda quando punível o fato por excesso doloso.* (BRASIL, 2017b).
- 2 Dispõe o Código Penal Português: *Art. 33.º 1 – Se houver excesso dos meios empregados em legítima defesa, o facto é ilícito mas a pena pode ser especialmente atenuada. 2 – O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis* (PORTUGAL, 2018).
- 3 Tradução livre de disposição do Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuche*): “*Vierter Titel, § 33 Überschreitung der Notwehr: Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft*” (ALEMANHA, 2019).
- 4 Para mais informações, ver item 3.3.
- 5 Correspondente à soma das vítimas de homicídio doloso, latrocínio e lesão corporal seguida de morte.

#### REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. *Strafgesetzbuche*. Berlin: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, [2019]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>. Acesso em: 2 abr. 2019.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Ano 12, 2018. ISSN 1983-7364 versão *online*. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguranca-Publica-2018.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2019.
- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Ano 11, 2017. ISSN 1983-7364 versão *online*. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/01/ANUARIO\\_11\\_2017.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/01/ANUARIO_11_2017.pdf). Acesso em: 5 abr. 2019.
- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Ano 10, 2016. ISSN 1983-7364 versão *online*. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/storage/10\\_anuario\\_site\\_18-11-2016-retificado.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf). Acesso em: 5 abr. 2019.
- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Ano 9, 2015. ISSN 1983-7364 versão *online*. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/storage/9\\_anuario\\_2015.retificado\\_.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015.retificado_.pdf). Acesso em 5 abr. 2019.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Ano 8, 2014. ISSN 1983-7364 versão *online*. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/storage/8\\_anuario\\_2014\\_20150309.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/8_anuario_2014_20150309.pdf). Acesso em 5 abr. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [882], de 2019*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/2Pusd1r>. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 882, de 2019*. Informações de tramitação. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 2 maio 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: <https://bit.ly/1dFirRw>. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. *Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República, [2017b]. Disponível em: <https://bit.ly/2UvNKLQ>. Acesso em: 5 abr. 2019.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <https://bit.ly/1kR39ir>. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm). Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 419/RN – Rio Grande do Norte*. Decisão: Min. Gilmar Ferreira Mendes, 6 de abril de 2010. Diário da Justiça Eletrônico, n. 70, 22 abr. 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Diretoria de Análise de Políticas Públicas. *Análise aponta relação entre números de letalidade e de vitimização policial no país*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/analise-aponta-relacao-entre-numeros-de-letalidade-e-de-vitimizacao-policial-no-pais/>. Acesso em: 5 abr. 2019.

GRECO, Luís. Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no 'Projeto de Lei Anticrime'. *JOTA*. São Paulo, 7 fev. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2BIH1JB>. Acesso em: 3 abr. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série IDP).

PORTUGAL. *Código penal*. Lisboa: Ministério Público, [2018]. Disponível em: <http://www.ministeriopublico.pt/iframe/codigo-penal>. Acesso em: 2 abr. 2019.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 6. ed., rev. e ampl., de acordo com a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

RAMOS, André Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. rev. e atual. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

Artigo recebido em 12/5/2019.

Artigo aprovado em 12/6/2019.

---

**Juliana Gomes Miranda** é professora da graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público e Gestora de Projetos na Fundação Getúlio Vargas.

**Nicole Albuquerque Dino de Castro e Costa** é estudante e pesquisadora vinculada ao grupo de pesquisa Observatório do Processo Legislativo.