

## A política do abate e a legítima defesa presumida: uma pena de morte inconstitucional

Autor: **Tiago Lins e Silva**,  
advogado criminal e mestre em ciências penais.

Tema presente em todas as rodas, a violência é uma realidade e precisa ser enfrentada, não há dúvida.

No entanto, ao invés de se buscar compreender as causas da violência, para se criar políticas públicas voltadas à inclusão social, que solucionem a origem principal do problema (rememore-se a primorosa síntese de Evaristo de Moraes Filho: “*o crime é o juro da dívida social*”<sup>1</sup>), são observados, com frequência, discursos e projetos de lei que visam endurecer penas e criar novos tipos penais, medidas desnecessárias na maioria das vezes e que não resultam na diminuição dos índices criminais. Por outro lado, falta investimento no desenvolvimento da inteligência policial e há clara opção política por operações policiais de confronto, que, como a experiência demonstra, geram grande repercussão e vítimas de todos os lados (policiais, suspeitos e outros cidadãos “achados” por balas “perdidas”), mas não resolvem o problema.

Nesse contexto, emergem partidários da eliminação do “inimigo”, como se fosse aceitável a execução de alguém que esteja portando uma arma ou que seja suspeito do cometimento de crimes, independente da real necessidade dessa medida extrema. É preciso repudiar essa fala, principalmente quando parte de governantes, que devem, sempre, respeitar e exigir respeito às leis e aos direitos fundamentais.

Exemplo notório se tem no atual governador do Estado do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, que, apesar de sua formação jurídica, defende, abertamente, que “*O correto é matar o bandido que está de fuzil. A polícia vai fazer o correto: vai mirar na cabecinha e... fogo! Para não ter erro*”<sup>2</sup>. Note-se que a mensagem não tem o cuidado sequer de ressaltar que essa medida – a execução de um suspeito pela polícia - somente poderia ser admissível em episódios singulares, quando efetivamente configurada a hipótese de legítima defesa, ou seja, quando não houvesse outro meio, mais moderado, para repelir uma injusta agressão, atual ou iminente, a direito do próprio policial ou de outrem.

Definitivamente, quando se discursa que a mira deve ser na *cabecinha*, *para não ter erro*, ou que “*quem usa fuzil e não usa uniforme é inimigo, é terrorista e será*

---

<sup>1</sup> “A lei e a morte”, in Antonio Evaristo de Moraes Filho: 80 anos – saudade: artigos, discursos e palestras com notas introdutórias e atualizações / coordenação Eduardo de Moraes, Renato de Moraes, Antonio Evaristo de Moraes Neto, 1ª ed., Rio de Janeiro: Topbooks, 2013, p. 383

<sup>2</sup> Entrevista concedida por Wilson Witzel ao jornal o Estado de São Paulo: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,a-policia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogo-diz-novo-governador-do-rio,70002578109>

*abatido*”<sup>3</sup> está se orientando e legitimando o policial a optar por matar, quando este poderia, mesmo numa situação em que tivesse que intervir rapidamente e atirando, por exemplo, dar um tiro de advertência ou mesmo mirar em outra região do corpo do suspeito, de forma a repelir moderadamente sua agressão, mas sem matá-lo. No caso específico do governo do Rio de Janeiro, a fala de Wilson Witzel tem um peso e gravidade ainda maior, pois sequer há mais secretaria de segurança pública, colocando-se o governador como orientador da atuação policial, e que, lamentavelmente, recomenda seja abatido aquele que considera inimigo, desprezando todo o arcabouço legal em vigor, transformando o policial em juiz e executor de uma pena de morte, o que não se pode admitir.

Trata-se a vida de direito primordial e inviolável, garantia fundamental de todos, nos termos do *caput* do art. 5º de Constituição Federal, não podendo ninguém, e nem o Estado, matar quem quer que seja.

A pena de morte, que até hoje há quem defenda volte a existir, tem proibição categórica, por cláusula pétrea constitucional (art. 5º, XLVII, CF/88)<sup>4</sup>, somente excepcionando-se o caso de guerra declarada: “*XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;*”

Desnecessário frisar a falácia de alegações no sentido de que o Brasil estaria a enfrentar uma situação de *guerra* contra a criminalidade ou o narcotráfico, visto que a Constituição Federal explicita o conceito de guerra declarada, em seu art. 84, inciso XIX, atribuição do Presidente da República e que pressupõe agressão estrangeira e autorização do Congresso Nacional.

Admitir e recomendar a execução de criminosos pela polícia, ainda mais como política pública, é atentar contra o Estado Democrático de Direito, contra as leis vigentes e as garantias previstas na Constituição Federal de 1988.

Ademais, para argumentar, ainda que o Brasil adotasse a pena de morte, esta somente poderia ser imposta após o devido processo legal, perante juiz competente, garantida a ampla defesa e com condenação transitada em julgado.

É evidente a possibilidade de o policial agir em legítima defesa, sua ou de outrem, o que excluiria a antijuridicidade da morte causada. Como se sabe, o Código Penal prevê causas de justificação, que, nas palavras de Delmanto “*excluem a própria ilicitude ou antijuridicidade*”<sup>5</sup>. Conforme a lição de Heleno Fragoso, “*Como o ordenamento*

---

<sup>3</sup> Wilson Witzel em discurso durante a posse do secretário da Polícia Militar, no dia 03/01/2019: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/witzel-quem-usa-fuzil-nao-usa-uniforme-inimigo-terrorista-sera-abatido-23342659.html>

<sup>4</sup> Acrescente-se que o restabelecimento da pena de morte também é vedada pela Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), nos termos de seu artigo 4.3 (“Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.”), à qual o Brasil aderiu, pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992.

<sup>5</sup> Delmanto, Celso... (et al), Código penal comentado, 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 44

*jurídico não contém apenas proibições, mas, por igual, normas que permitem ou autorizam certas condutas, em regra proibidas sob ameaça de pena, não basta a realização da conduta típica para determinar a sua antijuridicidade: é necessário examinar se a ação ou a omissão não estão cobertas por uma norma permissiva, que exclui a antijuridicidade. Assim a ação de matar alguém só será antijurídica se não houver causa de justificação, como, por exemplo, a legítima defesa.”<sup>6</sup>*

A legítima defesa, contudo, somente se caracteriza se verificados seus requisitos, previstos no art. 25 do Código Penal: o emprego moderado dos meios necessários à defesa, para repelir uma injusta agressão atual ou iminente a direito próprio ou de terceiro.

Desse modo, se o policial mata um suspeito pelo fato deste portar um fuzil, mas sem que estivesse atirando contra alguém ou na iminência de fazê-lo, não há falar em legítima defesa, por inexistir agressão atual ou iminente, muito menos o emprego moderado dos meios necessários.

Lembre-se que ao crime de porte ilegal de arma, mesmo de uso restrito, é cominada pena de reclusão, nos termos da Lei nº 10.826/2003, cabendo ao policial efetuar a prisão em flagrante de quem está com um fuzil na mão, e não abatê-lo, como recomenda o atual Governador do Estado do Rio de Janeiro. Aliás, qualquer tipo de ordem nesse sentido deve ser considerado manifestamente ilegal, não havendo que se cogitar da excludente de antijuridicidade do “estrito cumprimento do dever legal”. Não são raros os casos em que o criminoso que porta arma, ao se ver cercado por policiais, se rende e se submete à prisão e ao processo que irá apurar sua culpabilidade, cumprindo a pena prevista em lei para o seu delito. O Estado, através de suas polícias, não pode agir de forma ilegal.

Também inadmissível a execução de criminosos em fuga. Relembre-se, nesse aspecto, a doutrina de Nelson Hungria, em seus festejados “Comentários ao Código Penal”: *“A reação é, em qualquer hipótese, preventiva: preventiva do começo de ofensa ou preventiva de maior ofensa. Não é, assim, admissível legítima defesa contra uma agressão que já cessou (...). Assim, não se pode reconhecer legítima defesa no caso de quem, já ferido, consegue ferir, por sua vez, o agressor fugitivo”*<sup>7</sup>.

Obviamente, há muitos casos em que atuação policial se dá em legítima defesa, seja própria ou de terceiro. Presentes os requisitos da excludente de antijuridicidade, poderá ser arquivado o inquérito que apurou a morte de um suspeito por um policial ou ser este absolvido ao final de uma ação penal, mas é indispensável a investigação e a comprovação da legítima defesa em cada caso concreto.

---

<sup>6</sup> Fragoso, Heleno Claudio, Lições de direito penal: parte geral, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 186.

<sup>7</sup> Hungria, Nelson, Comentários ao Código Penal, Vol. I, Tomo 2º, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 286/287

Tal observação se faz importante porque não são poucos os que sustentam que a legítima defesa de policiais em operação deveria ser presumida ou flexibilizada, garantindo-se a essa categoria uma espécie de imunidade, o que, inevitavelmente, aumentará o já gravíssimo quadro de matança pelas polícias, em especial quando atuam nas periferias das grandes cidades. No Estado do Rio de Janeiro, de acordo com os dados do Instituto de Segurança Pública<sup>8</sup>, o número de mortes “por intervenção de Agente do Estado” no ano de 2018 foi de 1.534 pessoas, mais de 35% acima do número de mortes sob essa mesma classificação no ano de 2017 (1.127).

Casos recentes mostram a gravidade desses discursos legitimadores da execução sumária por parte de agentes do Estado, como o recente episódio, de tristeza emblemática, ocorrido em 07.04.2019 na Av. Brasil, no Rio de Janeiro, quando militares dispararam 257 tiros contra o carro conduzido por um músico, matando-o, embora ele estivesse simplesmente se dirigindo com sua família para um batizado (ao que consta, os militares teriam confundido o veículo com outro, envolvido num roubo, o que, de todo modo, jamais poderia justificar a execução de um suspeito).

No campo legislativo, já houve Projeto de Lei do Senado acrescentando parágrafo único ao art. 25 do Código Penal, criando, sem rodeios, a figura da legítima defesa *presumida*, nos seguintes termos: “A legítima defesa se presume quando o agente de segurança pública mata ou lesiona quem porta, ilegal e ostensivamente, arma de fogo de uso restrito.”. Tal Projeto (PLS nº 352/2017) foi arquivado em 21/12/2018<sup>9</sup>, mas em razão do final da legislatura, nada impedindo que seja retomado esse tema e nesse tom, o que muito preocupa, pois, na prática, desconsidera a pena prevista para o crime de porte ilegal de arma de fogo, validando que o agente de segurança mate ou lesione o suspeito.

No mesmo sentido, são observados outros projetos de lei, ainda em tramitação, como o PLS nº 112/2018<sup>10</sup>, que objetiva que, no caso de violação de domicílio, seja presumida a legítima defesa do morador ou proprietário que age contra o invasor. Ou seja, tal projeto não exige sequer que a defesa seja realmente necessária e muito menos que seja exercida de forma moderada. Basta que alguém entre no terreno de casa alheia (para buscar uma bola, por exemplo) e sua morte pelo proprietário ou morador estaria justificada por essa presunção legal, que desrespeita, gritantemente, o conceito da legítima defesa.

Preocupa o fato de que o próprio Presidente da República, Jair Bolsonaro, manifestou-se recentemente pela aplicação da excludente de ilicitude quando alguém

---

<sup>8</sup> <http://www.ispdados.rj.gov.br/Arquivos/SeriesHistoricasLetalidadeViolenta.pdf>

<sup>9</sup> <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130958>

<sup>10</sup> PLS 112/2018: O CONGRESSO NACIONAL decreta: Art. 1º O art. 25 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único: “Art. 25. .... Parágrafo único. No caso de violação de domicílio, presume-se que o morador ou proprietário age em legítima defesa contra o invasor.” (<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132576>)

atirar e matar no caso de invasão de domicílio<sup>11</sup>, sendo ainda mais enfático no que se refere ao proprietário rural<sup>12</sup>.

Essa linha de pensamento desvirtua o conceito de legítima defesa, que, como acima consignado, só se verifica se presentes seus requisitos, que são, afinal, os fundamentos, a razão lógica da existência dessa excludente de antijuridicidade. Legítima defesa não se pode presumir, mas exige constatação de sua ocorrência. As propostas acima indicadas, se viessem a ser aprovadas nesses termos, representariam, na prática, a autorização da pena de morte, ainda que em outras palavras.

Propostas de presunção e flexibilização do conceito de legítima defesa têm merecido maior análise da doutrina diante do Projeto de Lei nº 882/2019 (“pacote anticrime”), apresentado pelo Ministro da Justiça e ex-Juiz Federal Sergio Moro, em trâmite na Câmara dos Deputados.

Embora não haja alteração no *caput* do art. 25 do Código Penal, que define a legítima defesa, o referido projeto propõe a inclusão de parágrafo único naquele dispositivo, nos seguintes termos: “*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.*”

De plano, cabe dizer que se “*Observados os requisitos do caput*”, desnecessário seria qualquer outra circunstância para se considerar que o agente policial ou de segurança pública agiu em legítima defesa. Assim, na realidade, é precisamente para situações em que os requisitos da legítima defesa (previstos no art. 25 do Código Penal) não estão configurados, que tal Projeto de Lei busca conferir um tratamento diferenciado ao policial, deformando o conceito do instituto.

Na precisa a lição do Professor Juarez Cirino dos Santos<sup>13</sup>, as inovações “*que introduzem privilégios funcionais, modificam a base objetiva da situação justificante e criam casuísmos incompatíveis com a justificação, com o objetivo político-criminal de instituir dois conceitos diferentes de antijuridicidade, já rejeitados pela literatura e jurisprudência internacionais: uma antijuridicidade mais rigorosa para o cidadão comum, outra antijuridicidade mais flexível para agentes policiais ou de segurança pública*”. Como principais problemas dogmáticos, destaca Cirino que a fórmula apresentada como substituta da situação justificante, primeiramente, é vaga e indeterminável na hipótese de vítima mantida refém durante a prática de crimes e quanto aos conceitos de conflito armado ou de risco iminente de conflito armado (a depender “*das representações intelectuais e das reações emocionais do agente policial*”).

<sup>11</sup> <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/em-entrevista-a-radio-bolsonaro-defende-excludente-de-ilicitude-para-cidadao-comum-em-vias-publicas,7bc715657f5a504285be726b0faeea89t4yrlfk1.html>

<sup>12</sup> <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/04/29/bolsonaro-quer-isentar-de-punicao-proprietario-rural-que-atirar-em-invasor.ghtml>

<sup>13</sup> In Boletim da SACERJ, nº 2, abril/maio 2019, pág. 10.

*ou de segurança pública”, inclusive sobre situação hipotética, se presente ou não risco iminente de conflito armado e em qual nível). Prossegue o renomado Professor, criticando o projeto, que “substitui o verbo repelir (art. 25, do Código Penal) pelo verbo prevenir (art. 25, I, do Projeto Moro), com mudança radical do significado semântico para o conceito de legítima defesa, com os seguintes problemas: a) o verbo repelir da lei penal pressupõe situação justificante existente no passado, tem por objeto agressão injusta de natureza atual (agressão em processo de realização) ou iminente (agressão na fase final da preparação), segundo pacífica teoria dominante; b) o verbo prevenir do Projeto Moro (i) pressupõe situações justificantes existentes no futuro, na forma de simples projeção psíquica do agente policial ou de segurança pública, (ii) tem por objeto hipóteses de agressão injusta e iminente (inciso I, parágrafo único), ou de agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes (inciso II, parágrafo único) - situações imaginárias que podem se assemelhar a hipóteses de legítima defesa putativa, mas que se situam fora dos limites legais de justificação ou de exculpação.”*

Não resta dúvida de que esse projeto “anticrime”, a partir de conceitos vagos, que não se prestam a configurar hipótese de defesa efetivamente legítima, objetiva criar uma espécie de imunidade às arbitrariedades cometidas pelos policiais, o que resultará num incentivo ao abate de suspeitos.

No entanto, o que mais choca, é a leitura da exposição de motivos do Ministro Sergio Moro, ao consignar que: “A realidade brasileira atual, principalmente em zonas conflagradas, mostra-se totalmente diversa da existente quando da promulgação do Código Penal, em 1940. O agente policial está permanentemente sob risco, inclusive porque, não raramente, atua em comunidades sem urbanização, com vias estreitas e residências contíguas. É comum, também, que não tenha possibilidade de distinguir pessoas de bem dos meliantes. Por tais motivos, é preciso dar-lhe proteção legal, a fim de que não tenhamos uma legião de intimidados pelo receio e dificuldades de submeter-se a julgamento em Juízo ou no Tribunal do Júri, que acabem se tornando descrentes e indiferentes, meros burocratas da segurança pública. As alterações propostas, portanto, visam dar equilíbrio às relações entre o combate à criminalidade e à cidadania. (...) Na mesma linha, a nova redação do art. 25, que reconhece ao agente público a condição de achar-se em legítima defesa em conflito armado ou risco desta situação, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem, inclusive vítima mantida refém. Este dispositivo corrige situação atual de absoluta insegurança do policial, pois impõe-lhe aguardar a ameaça concreta ou o início da execução do crime para, só depois, reagir. Com a nova redação, ele pode agir preventivamente, ou seja, quando houver risco iminente a direito seu ou de outrem.”<sup>14</sup>

Inaceitável essa argumentação, que defende, na verdade, que diante da mera possibilidade de conflitos armados (bastando ao policial achar que há o risco de

---

<sup>14</sup>[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=Tramitacao-PL+882/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=Tramitacao-PL+882/2019)

conflito), “em comunidades sem urbanização”, onde não se consegue “distinguir pessoas de bens dos meliantes”, se garanta proteção aos policiais através de uma legítima defesa presumida ou abrandada. Ou seja, há expressa categorização, na exposição de motivos, quanto a localidades onde “pessoas de bem” são difíceis de distinguir de “meliantes”, como se a atuação policial pudesse ser diferenciada, a partir dessa premissa lamentável, carregada de preconceito.

Como bem observou a notável Desembargadora Federal Simone Schreiber, em debate promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, a justificativa do Ministro da Justiça consegue ser pior do que a do presidente: *“Bolsonaro diz que ‘apenas’ bandidos devem ser atingidos por policiais. Já Moro está legitimando a atuação indiscriminada do policial porque ele não consegue diferenciar bandidos de pessoas ‘de bem’. É inacreditável.”*<sup>15</sup>

O resultado prático da imunidade que se pretende conferir a policias e agentes de segurança será trágico, agravando o que já se observa: mais vítimas de operações policiais, sempre entre os mais vulneráveis (pobres, negros, moradores de comunidades carentes), mantendo-se a histórica perversidade do sistema penal.

O discurso da defesa da sociedade não pode abrigar a legitimação de crimes de homicídio, fora das hipóteses das causas de justificação, como a legítima defesa. A Constituição Federal não permite, tratando-se de um atentado aos direitos fundamentais.

Sempre oportuno lembrar das palavras do muito saudoso mestre Evandro Lins e Silva, que, em magistral conferência sobre a pena de morte, ressaltou que: *“São inúmeros os motivos que justificam a abolição da pena de morte. Se alguém a defende as suas razões são puramente instintivas e não racionais; em geral esses defensores obedecem a interesses políticos procurando criar e desenvolver, no público, uma sensação de insegurança, uma atmosfera de pânico, explorando o aumento da criminalidade violenta e organizada e exibindo suas formas espetaculares para sensibilizar a opinião pública. Nenhum desses pregoeiros da repressão mais brutal jamais se alistou entre os que estão pensando na prevenção dos delitos, no atendimento aos menores abandonados, na criação de condições sócio-econômicas que impeçam a geração de novos delinquentes.”*<sup>16</sup>

O populismo penal, que pretende angariar o apoio da sociedade com a promessa do aniquilamento de “inimigos”, deve ser rejeitado. Não é de hoje que surgem projetos sedutores, reverberando a sensação de insegurança que propicia a oração de “salvadores da pátria” e que prometem acabar com o medo sofrido pela população, seja pela criação de novos tipos penais, aumento de penas, diminuição de garantias para acusados, o abate de criminosos, etc.

---

<sup>15</sup> [https://www.conjur.com.br/2019-mai-16/desembargadora-moro-legitima-mortes-causadas-policiais?fbclid=IwAR3326Z-WuvWMgWCy2WJic6zFXjihxPVjnLXc\\_gkSwOg\\_npctLQChbtptB4](https://www.conjur.com.br/2019-mai-16/desembargadora-moro-legitima-mortes-causadas-policiais?fbclid=IwAR3326Z-WuvWMgWCy2WJic6zFXjihxPVjnLXc_gkSwOg_npctLQChbtptB4)

<sup>16</sup> A morte não vale a pena - Conferência realizada em Curitiba, no dia 20/08/1991, no “Ciclo de Conferências Sobral Pinto, a pena de morte no Brasil”, publicado pelo Governo do Estado do Paraná, p. 10

Além da necessidade de se evitar projetos sem embasamento científico, carentes de estudo e debate prévio, é fundamental o respeito ao Estado Democrático de Direito e aos preceitos constitucionais, especialmente por parte do Estado, que não pode tergiversar na exigência de que seus agentes ajam conforme as leis em vigor, cumprindo repudiar discursos irresponsáveis, que legitimam execuções policiais e aplaudem a institucionalização de uma pena de morte inconstitucional.