



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CONTROVÉRSIAS E LIMITES NO USO DE ATIRADORES DE
ELITE PELO ESTADO E O INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA

Pedro Henrique Chujo Burlá

Rio de Janeiro
2020

PEDRO HENRIQUE CHUJO BURLÁ

CONTROVÉRSIAS E LIMITES NO USO DE ATIRADORES DE
ELITE PELO ESTADO E O INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA

Artigo científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

CONTROVÉRSIAS E LIMITES NO USO DE ATIRADORES DE ELITE PELO ESTADO E O INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA

Pedro Henrique Chujo Burlá

Graduado pela Universidade
Federal Rural do Rio de Janeiro.
Advogado.

Resumo – nos últimos anos, tem-se percebido um crescimento da vontade da sociedade brasileira no recrudescimento do direito penal, com a intenção de pôr fim à impunidade. Diante desse cenário, o sentimento de justiça dos indivíduos acaba refletindo no direcionamento de políticas públicas. Uma delas é o uso de atiradores de elite (*snipers*) no combate à criminalidade. Neste trabalho, analisar-se-á as controvérsias e limites para sua atuação, relacionando-as com o instituto da legítima defesa.

Palavras-chave – Atiradores de Elite (*Snipers*). Direito Penal. Legítima Defesa.

Sumário – Introdução. 1. A segurança pública pode figurar como bem jurídico idôneo a permitir o abate de criminosos com fundamento na legítima defesa? 2. Os requisitos da legítima defesa são compatíveis com os crimes de porte de arma de fogo? 3. Nos casos de vítima mantida refém, conforme disposto na redação do parágrafo único do art. 25 do Código Penal, qualquer situação seria considerada legítima defesa? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico trabalha a aplicação do instituto jurídico da legítima defesa dentro de um contexto de operação policial, acarretando ao que se denomina de autos de resistência. Procura-se demonstrar que não é qualquer situação fática de infração legal aparente ou de conflito armado entre policiais e criminosos a autorizar a morte dos infratores da lei, como se tem verificado nas vozes populares ou até mesmo por operadores do direito.

Percebe-se que a sociedade clama por um endurecimento na elaboração e aplicação das leis penais, sendo exigido por alguns, a morte de indivíduos que portem ostensivamente armas de fogo nas comunidades por atiradores de elite do Estado, o que se demonstrará, juridicamente, não ser possível em qualquer e irrestrita hipótese.

Esclarece-se a discussão sobre os limites da legítima defesa nesses casos, por meio da interpretação de seus requisitos, com o intuito de entender em quais hipóteses fáticas o instituto poderia ser aplicado, à luz da proporcionalidade e razoabilidade, ao invés de servir como carta branca a verdadeiras sentenças de morte.

Se por um lado o ordenamento jurídico assegura a dignidade da pessoa humana,

o direito à vida, ao devido processo legal, vedando a pena de morte, por outro, o Estado deve garantir a segurança pública, utilizando-se da força policial na repressão e prevenção de crimes.

Embora a redação legal seja de 1984, ideologias políticas defendidas no sentido da licitude do abate dos infratores trazem uma nova interpretação da sistemática penal, sobretudo se considerada a atualidade da ocorrência do sequestro de um ônibus ocorrido na ponte Rio-Niterói, no estado do Rio de Janeiro, no ano de 2019, terminando com o uso de um atirador de elite para causar a morte do criminoso.

De fato, o tema acaba influenciando no comportamento dos brasileiros, na medida que afeta diretamente a credibilidade da instituição policial e, por conseguinte, no sentimento de justiça estatal de toda a sociedade brasileira, já muito desgastados. A depender da interpretação da lei, pode-se determinar a morte ou a vida de uma pessoa.

Com o fim de elucidar o tema, analisa-se os requisitos legais do instituto, exigidos pelo artigo 25 do Código Penal, bem como se reflete acerca da nova redação de seu parágrafo único trazida pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime).

A abertura da discussão do tema se inicia, no primeiro capítulo do trabalho, com a análise da possibilidade da segurança pública poder figurar como bem jurídico legítimo a justificar a legítima defesa a permitir o abate de criminosos ostensivamente armados.

No segundo capítulo aborda-se a relação entre os crimes de porte de arma de fogo e os requisitos da legítima defesa, sobretudo quanto à moderação dos meios necessários e a agressão, atual ou iminente.

Por fim, realiza-se uma análise da nova redação do parágrafo único do artigo 25 do Código Penal no último capítulo, verificando se com a inovação legislativa haveria a caracterização da legítima defesa em toda e qualquer situação em que o agente de segurança pública repele agressão a vítima mantida refém.

Considerando que no decorrer da pesquisa procura-se desenvolver as controvérsias geradas através de teses jurídicas, formando hipóteses, e, a partir disso, argumentar para a defesa de uma tese em detrimento de outra, o método utilizado foi o hipotético-dedutivo.

Sendo assim, a abordagem do objeto passa por uma análise qualitativa do tema, recorrendo-se o pesquisador da bibliografia (legislação, doutrina e jurisprudência) para basear sua argumentação, tendo a finalidade de explicá-la.

1. A SEGURANÇA PÚBLICA PODE FIGURAR COMO BEM JURÍDICO IDÔNEO A PERMITIR O ABATE DE CRIMINOSOS COM FUNDAMENTO NA LEGÍTIMA DEFESA?

É de conhecimento dos brasileiros a presença de organizações criminosas que controlam comunidades por meio do uso de armamentos, em via pública, para a defesa do território ocupado.

Diante desse cenário, muito se tem discutido políticas relacionadas à segurança pública, com a finalidade combater a criminalidade pelo uso da força do Estado ou assegurar meios para a defesa particular de cada indivíduo.

Acompanhando o sentimento de impunidade da sociedade, e sua vontade no recrudescimento penal, a tendência do Poder Legislativo caminha nesse sentido.

Renato Brasileiro de Lima¹ esclarece que houve um endurecimento das penalidades referentes aos crimes de posse e porte de armas de fogo. Exemplifica o autor que a revogada Lei de Armas (Lei nº 9.437/97²), em seu art. 10, §2º, previa uma cominação de pena de reclusão de dois a quatro anos, e multa, ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Com a vigência do atual Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826/03³, o art. 16 passou a prever uma pena de reclusão de três a seis anos, e multa, para o mesmo crime.

Assim, entre a defesa de políticas públicas sobre flexibilização das normas para posse e porte de armas, e a possibilidade de morte em casos de invasão a domicílio, esta última consoante Projeto de Lei nº 7.104/14⁴, uma delas é o abate de criminosos efetuado por policiais, ou seja, a morte de indivíduos que portem armamentos ostensivamente.

Explica-se. Para os defensores dessa possibilidade, o simples porte ostensivo de armas nas comunidades, sem que haja efetivo conflito armado entre infratores e os policiais, constitui motivo suficiente para que atiradores de elite do Estado possam efetuar um disparo de arma de fogo, a fim de retirar-lhes a vida.

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 409.

² BRASIL. *Lei nº 9.437*, de 20 de fevereiro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9437.htm>. Acesso em: 25 set. 2020.

³ BRASIL. *Lei nº 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.826.htm>. Acesso em: 25 set. 2020.

⁴ BRASIL. *Projeto de Lei nº 7.104*, de 11 de fevereiro de 2014. Ementa: “Acresce inciso ao art. 23, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que instituiu o Código Penal, para não caracterizar como crime atos de defesa no interior do domicílio”. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606009>>. Acesso em: 29 set. 2020.

Bruno Gilaberte e Francisco Sannini⁵ esclarecem a ideia:

Imaginemos, ainda, que, para garantir a segurança de policiais que iniciarão uma operação, mas antes da efetiva incursão, que sequer se avizinha, um "sniper" se posicione de modo a executar todos os criminosos que estejam portando ostensivamente armas de fogo em uma comunidade, alvejando-os à distância. Com isso, ele evitará que os policiais sejam confrontados num futuro próximo.

Nesse sentido é o posicionamento quanto às políticas públicas defendidas pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro, eleito em 2018, o qual levou esclarecimentos à revista eletrônica Consultor Jurídico (Conjur)⁶ à época:

Uma das principais propostas da campanha do governador eleito do Rio de Janeiro, o ex-juiz federal Wilson Witzel (PSC), foi a de autorizar policiais a "abaterem" pessoas que portem fuzis, sem responder por homicídio. Para ele, nesse cenário, o agente de segurança estaria agindo em legítima defesa. (...) Witzel entende que, ao disparar contra um sujeito portando um fuzil, o policial estaria agindo em legítima defesa. "A autorização está no artigo 25 do Código Penal: o policial estaria agindo em legítima defesa de si próprio e da sociedade para repelir uma agressão iminente. Não é sair atirando para matar. Acontece que quem está portando uma arma de guerra certamente não está disposto a conversar ou negociar com as forças policiais e está na iminência de matar pessoas inocentes. Como professor e conferencista de Direito Penal há muitos anos, esta é a minha posição. Como governador, vou orientar que os policiais ajam desta forma, exatamente nos termos da lei.

Essa é a razão para a tramitação no Senado Federal do Projeto de Lei nº 352/2017⁷, para o qual se pretende estabelecer uma presunção de legítima de defesa para os casos em que um agente de segurança pública mata ou lesiona criminosos que portem ostensivamente arma de fogo.

O atirador é conhecido na linguagem popular como *sniper*, isto é, um agente utilizando armas de alta precisão em longas distâncias. Conforme os ensinamentos de Marcelo Lessa⁸, faz-se necessário que o disparo seja certo no sistema nervoso central

⁵ GILABERTE, Bruno; SANNINI NETO, Francisco. *O "abate" de criminosos armados por atiradores de elite (snipers)*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/643981113/o-abate-de-criminosos-armados-por-atiradores-de-elite-snipers>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

⁶ RODAS, Sérgio. *Autorização para matar*. Ideia de Witzel de "abater" quem estiver com fuzil é ilegal e não protege policiais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-30/proposta-witzel-abater-portador-fuzil-inocua-ilegal>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁷ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 352*, de 26 de setembro de 2017. Ementa: Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para presumir a legítima defesa quando o agente de segurança pública mata ou lesiona quem porta ilegal e ostensivamente arma de fogo de uso restrito. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130958>>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁸ LESSA, Marcelo de Lima. O tiro defensivo e o tiro de advertência no contexto do uso progressivo da força e da preservação da vida. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5907, 3 set. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62640>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

de um indivíduo, “que objetiva a incapacitação imediata” e, em razão disso, impedir qualquer tipo de reflexo apto a causar danos a terceiros, ocasionando a sua neutralização.

Na verdade, quem defende a política de abate de criminosos mencionada, pretende aplicar o que se utiliza somente nas situações fáticas envolvendo reféns, para reprimir os crimes de porte de arma de fogo que ofendem a segurança pública, com base na legítima defesa de terceiros.

Renato Brasileiro de Lima⁹ expõe que os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento possuem como bem jurídico tutelado a segurança e a paz públicas. Nesse sentido é o posicionamento do STJ¹⁰.

O autor diferencia os dois conceitos, afirmando que há proteção à Segurança Pública considerando que com a vigência desse Estatuto, existe um maior rigor nos requisitos do registro das armas e emissão de portes, acarretando em um menor número de circulação de armas pelas ruas. Esclarece que se não houvesse um maior controle do Estado para o uso de armamento, não somente criminosos o utilizariam, mas também o “pacato indivíduo que, pela facilidade de ter e usar uma arma de fogo, pode ser levado a resolver conflitos fúteis com agressão a tiros, gerando homicídios e lesões corporais de toda espécie cometidos de forma leviana e inconsequente”. Ou seja, trata-se de uma política de controle federal de armas de fogo.

Por outro lado, a paz pública, segundo ele, possui um sentido objetivo e subjetivo. No sentido objetivo, o conceito significa ordem social, isto é, a organização da vida em sociedade por meio do ordenamento jurídico. O que o Estatuto do Desarmamento visa tutelar é a paz pública no sentido subjetivo, ou seja, “o sentimento coletivo de confiança na ordem jurídica”.

Portanto, o que resta saber é: os bens jurídicos segurança pública e a paz pública possibilitam a morte do agressor com base na legítima defesa?

Francisco Sannini¹¹ defende que o bem jurídico segurança pública sofre injusta agressão em razão da prática dos crimes de porte de arma de fogo, ou seja, existe ofensa a “comunidade local e aos próprios policiais, que se encontram na iminência de sofrer um ataque (legítima defesa própria ou de terceiro), justificando a neutralização do agente”.

⁹ LIMA, op. cit., p. 409 e 416-417.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp nº 1.646.265/MG*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=1.646.265&b=DTXT&p=true>>. Acesso em: 12 out. 2020.

¹¹ GILABERTE; SANNINI NETO, op. cit.

Em sentido oposto, Bruno Gilaberte¹² entende que a segurança pública não pode ser reconhecida como bem jurídico penalmente tutelável em razão de se tratar de um conceito vago, violando o princípio da taxatividade que norteia o direito penal. Assim, argumenta o autor:

a segurança pública é de tamanha abstração que autorizaria a legítima defesa em quaisquer situação que causassem, ainda que remotamente, uma sensação de insegurança na população, ou seja, não existiram mais limites ao reconhecimento da causa de justificação.

É fato que sendo praticados os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, com base no art. 301 do Código de Processo Penal¹³, os policiais possuem o dever de agir. No entanto, os bens jurídicos mais concretos e importantes, tais como vida e integridade física, seja dos indivíduos da comunidade ou dos próprios policiais, somente correm risco remoto, indireto.

A posição mais razoável parece ser esta última, sobretudo quando se leva em consideração os ensinamentos Renato Brasileiro de Lima¹⁴, quem esclarece que o bem jurídico mais importante de todos é a vida, o qual, embora não seja absoluto, é dotado de concretude e protegido pelo tipo penal de homicídio, crime material. Por outro lado, o crime de porte de arma de fogo é crime de perigo abstrato, tendo como bem jurídico tutelado a segurança e a paz públicas, conceitos que, no mínimo, possuem alto grau de abstração.

Ressalte-se ainda que, embora atualmente possa ser considerada a natureza hedionda do delito, os crimes de porte de arma de fogo de uso proibido são de perigo abstrato, ou seja, há uma presunção absoluta de que a prática daquela conduta configure um risco ao bem jurídico. Fato este que reforça o argumento de que somente há um risco longínquo para os bens jurídicos concretos da vida e integridade física.

Por tal razão, boa parte da doutrina, como Rogério Greco¹⁵, Cezar Roberto Bitencourt¹⁶, Damásio de Jesus¹⁷, entre outros, se manifestaram pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato com fundamento no princípio da

¹² Ibid.

¹³ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

¹⁴ LIMA, op. cit., p. 409.

¹⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 8. ed. V. II. Niterói: Impetus, 2014, p. 303.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 26. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [e-book].

¹⁷ JESUS, Damásio. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

lesividade ou ofensividade, visto que somente pode se incriminar uma conduta se efetivamente produzir lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico.

Sendo assim, observando que constitui requisito para a configuração da legítima defesa o uso moderado dos meios necessários, ou seja, uma proporcionalidade entre reação defensiva e a lesão ao bem jurídico, no conflito entre os bens jurídicos vida, dos criminosos, *versus* segurança e paz públicas, não é possível o sacrifício do primeiro para que os últimos possam prevalecer.

Isso porque, na ponderação feita no conflito entre os bens jurídicos analisados, percebe-se que segurança e paz públicas perdem importância, por se mostrarem conceitos jurídicos bastante abstratos.

Nessa colisão de interesses, se por um lado há valores de alta abstração, por outro existem o bem jurídico mais importantes de todos, a vida. Não por outra razão, a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁸, no *caput* de um de seus dispositivos mais importantes, o art. 5º, vedou, inclusive, a pena de morte, no inciso XLVII, alínea a.

2. OS REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA SÃO COMPATÍVEIS COM OS CRIMES DE PORTE DE ARMA DE FOGO?

Feito o estudo quanto à idoneidade dos bens jurídicos tutelados pelos crimes de porte de arma de fogo, faz-se necessário saber se estes crimes permanentes atendem os pressupostos da legítima defesa, sobretudo quanto ao momento da ação defensiva. Para tanto, será necessário, inicialmente, a análise de seus requisitos estabelecidos no art. 25, *caput*, do Código Penal¹⁹.

O primeiro, uso moderado dos meios necessários, refere-se, primeiramente, à proporcionalidade na reação de defesa do bem jurídico, tendo em vista a exigência de moderação.

Diversamente do direito vigente, Nélson Hungria²⁰ observou a existência de tese sustentada pela doutrina alemã na qual se possibilita a morte do agressor na defesa de

¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

¹⁹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

²⁰ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. V. I., tomo II: arts. 11 ao 27. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 303.

qualquer bem jurídico, se não há outro meio para salvá-la. Sendo assim, percebe-se que na teoria alemã, o princípio da proporcionalidade possui menos importância se comparada à legislação brasileira, já que a própria redação da norma permissiva do dispositivo legal se refere expressamente à moderação dos meios necessários.

O próprio autor faz ponderações referentes à tese, afirmando que a proporcionalidade “deve ser condicionada, não apenas à gravidade da agressão, mas também à relevância do bem ou interesse que se defende.”

Portanto, na lei brasileira, admite-se a legítima defesa para proteger qualquer bem jurídico, desde que haja proporcionalidade da ação. No entanto, a morte de um indivíduo, por ser o tipo de ação mais drástica existente, em razão do requisito da moderação, acaba sendo vedada nas situações de proteção de bens de menor relevância, tal como a honra. Nesse sentido, esclarece Fernando Capez²¹:

Em princípio, todos os direitos são suscetíveis de legítima defesa, tais como a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio, a honra etc., bastando que esteja tutelado pela ordem jurídica. Dessa forma, o que se discute não é a possibilidade da legítima defesa da honra e sim a proporcionalidade entre a ofensa e a intensidade da repulsa. Nessa medida, não poderá, por exemplo, o ofendido, em defesa da honra, matar o agressor, ante a manifesta ausência de moderação. No caso de adultério, nada justifica a supressão da vida do cônjuge adúltero, não apenas pela falta de moderação, mas também devido ao fato de que a honra é um atributo de ordem personalíssima, não podendo ser considerada ultrajada por um ato imputável a terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido do adúltero.

Complementando o requisito da moderação, o uso dos meios necessários é a ação que seja somente suficiente para impedir a progressão da ofensa ao bem jurídico. Fernando Galvão²² afirma que a reação defensiva é considerada necessária quando se realiza uma ponderação da gravidade do ataque ao bem jurídico e a disponibilidade dos meios de defesa. Deste modo, possuindo o defensor vários meios à sua disposição, deve escolher aquele menos lesivo e, ao mesmo tempo, suficiente para fazer cessar a agressão.

Assim, é possível que uma pessoa que atue em legítima defesa cause até mesmo a morte do agressor, desde que seja proporcional à agressão recebida e o único entre os meios disponíveis, ou seja, trata-se de um resultado que somente pode ser tentado como último recurso, justamente por ser o tipo de ação mais drástica possível.

²¹ CAPEZ, Fernando. *Execução Penal - simplificado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 309-310.

²² GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 11. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 449-450.

Havendo desproporcionalidade entre a agressão e a defesa, aquele que pretende agir em defesa de um bem jurídico incorre em excesso, tornando a defesa ilegítima, não mais amparada pelo ordenamento jurídico, e conseqüentemente punível.

O próximo é a agressão injusta. Agressão é qualquer ameaça ou lesão a bens ou interesses protegidos pelo direito. Injusta por ser contrária ao ordenamento jurídico.

O terceiro requisito é a defesa de direito próprio ou de terceiro. Ou seja, o ordenamento jurídico admite uma ação defensiva para proteger bem jurídico alheio.

O quarto é a atualidade ou iminência da agressão. Estes se referem ao momento da atuação da ação em legítima defesa. Agressão atual é aquela que já se iniciou e ainda está ocorrendo no momento em que o agente começa a se defender. Iminente é aquela que não se iniciou, mas está prestes a ocorrer.

Estes últimos requisitos possuem maior relevância para o estudo proposto. Juarez Cirino dos Santos²³ esclarece a matéria se baseando nos estudos da doutrina alemã, traçando um paralelo entre a iminência da agressão e as fases do *iter criminis*, com base em três correntes:

A primeira delas, tese de Günther Jakobs²⁴, é a de que a iminência da agressão seria o início da tentativa. Cirino critica o posicionamento, tendo em vista que tal interpretação poderia tornar a legítima defesa inviável, já que haveria necessidade de o defensor aguardar o início da tentativa do agressor para que pudesse reagir. Por exemplo, seria necessário esperar um indivíduo atirar, para que tão somente alguém pudesse agir em legítima defesa.

A segunda teoria é o posicionamento de Eberhard Schmidhäuser²⁵, quem entendia que a iminência da agressão já acontecia na fase dos atos preparatórios. Cirino afirma que planejamento ou preparação não constituem uma agressão iminente. O exemplo dado é de que, havendo uma ameaça anunciando uma agressão para o dia seguinte, já se poderia caracterizar a legítima defesa para esta corrente, o que se mostra contrário à nossa legislação, visto que o Código Penal²⁶ exige agressão atual ou iminente.

O último entendimento é de Claus Roxin²⁷, propondo que o início da execução ocorre na “fase final dos atos preparatórios, que é imediatamente prévia à fase da

²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 228.

²⁴ JAKOBS apud *ibidem*.

²⁵ SCHMIDHÄUSER apud *ibidem*.

²⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 19.

²⁷ ROXIN apud SANTOS, *op. cit.*, p. 228.

tentativa”. Trata-se de uma posição intermediária entre as duas anteriores. O autor brasileiro supracitado exemplifica uma hipótese de um indivíduo que se aproxima de outro com a intenção de lesioná-lo, empunhando uma arma de forma ameaçadora, hipótese que já estaria autorizada a defesa legítima.

Considerando que, em regra, os atos preparatórios são atípicos, como por exemplo, a compra de uma arma para a prática de um homicídio, o estudo do local onde se quer praticar um roubo, a teoria de Schmidhäuser se mostra incompatível com o ordenamento jurídico. Somente em hipóteses excepcionais que os atos preparatórios são puníveis, quando possuírem tipificação penal específica e autônoma.

Sendo assim, caso se adotasse esta teoria, a legítima defesa tendo como resultado a morte seria possível nos casos de porte ostensivo de armas, já que tais situações podem ser consideradas, sem dúvidas, atos preparatórios para os crimes de homicídio ou lesão corporal, cujos bens jurídicos são dotados de concretude, seja com a finalidade de cometer estes crimes contra policiais ou outros indivíduos que atentem contra o controle da organização criminosa.

Por outro lado, a tese que melhor se adequa ao direito brasileiro é a de Roxin, já que a fase final dos atos preparatórios se configura uma agressão iminente, prestes à acontecer.

Nesse sentido, em somente havendo o crime de porte de arma de fogo em via pública, sem que se visualize uma ação claramente destinada a colocar em prática a conduta descrita nos tipos penais que protegem bens jurídicos concretos (vida e integridade física), não há que se falar em iminência da agressão.

Isso porque, a segurança pública, ainda que seja considerada um bem jurídico idôneo a ser tutelado pelo ordenamento, por se tratar de um conceito de tamanha abstração, não permite que seja levada em consideração uma agressão, atual ou iminente, a ser protegida pela legítima defesa. Afinal, qual crime não ofende a segurança e a paz pública? Nesse sentido, Gilaberte²⁸ esclarece:

ainda que reconhecida como bem jurídico legítimo, a segurança pública é de tamanha abstração que autorizaria a legítima defesa em quaisquer situações que causassem, ainda que remotamente, uma sensação de insegurança na população, ou seja, não existiriam mais limites ao reconhecimento da causa de justificação.

²⁸ GILABERTE; SANNINI NETO, op. cit.

Portanto, seguindo este raciocínio, o simples porte ostensivo de armas em via pública não seria suficiente para tirar a vida do infrator da lei, já que se trata de um risco remoto, de modo a não atender nem mesmo o requisito de iminência da agressão da legítima defesa. Segundo o autor, para que haja a aplicação da causa de justificação, é necessária a “ação policial se desenvolvendo, com criminosos prontos para o confronto”, isto é, a iminência concreta da agressão.

O início da execução do tipo penal somente ocorre quando, por exemplo, um criminoso aponta uma arma em direção à excursão policial ou até mesmo se posiciona em local estratégico para o confronto. Nessas ocasiões, está autorizado o uso de *snipers* pelas forças do Estado.

Tendo em vista que Sannini²⁹ considera a segurança pública como bem jurídico idôneo, inclusive a ser protegido pela legítima defesa, entende ele que, ocorrendo crimes de porte de arma de fogo ostensivamente em via pública para defesa de território, haveria uma agressão iminente, prestes a acontecer, à população local. Esclarecendo seu posicionamento, finaliza que “não se pode exigir que os policiais aguardem o primeiro disparo para então reagir. Se assim fosse, o instituto da legítima defesa só abrangeria a agressão atual e não a iminente”.

À luz da argumentação de José Carlos Porciúncula³⁰, fora dos casos legais exemplificados acima, a morte do criminoso seria “a aplicação de uma pena sem o devido processo legal (*nulla culpa, nulla poena sine iudicio*). E mais: da aplicação de uma pena de morte, expressamente vedada pelo artigo 5º, XLVII, alínea a, da CRFB/88³¹.”

3. NOS CASOS DE VÍTIMA MANTIDA REFÉM, CONFORME DISPOSTO NA REDAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 25 DO CÓDIGO PENAL, QUALQUER SITUAÇÃO PODERIA SER CONSIDERADA LEGÍTIMA DEFESA?

A Lei nº 13.964/19³² criou o parágrafo único do art. 25 do Código Penal³³, conferindo-lhe a seguinte redação, “Observados os requisitos previstos no *caput* deste

²⁹ Ibid.

³⁰ PORCIÚNCULA, José Carlos. *Abate de indivíduo armado não guarda relação com a legítima defesa*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-21/porciuncula-abater-individuo-armado-nao-legitima-defesa#sdfootnote5anc>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 18.

³² BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

³³ BRASIL, op. cit., nota 19.

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.”

A própria redação legal estabelece expressamente que devem ser observados os requisitos previstos no *caput*, ou seja: a) uso moderado dos meios necessários; b) agressão injusta; c) atualidade ou iminência da agressão; d) defesa de direito próprio ou de terceiro. Razão pela qual Luiz Flávio Gomes³⁴ explicou que tal expressão torna o acréscimo legislativo desnecessário, “Se a nova norma diz observados os requisitos do *caput*, o acréscimo nada mais é que uma explicitação supérflua do que já está no art. 25”.

Portanto, antes mesmo da inovação legislativa, nos casos em que um sequestrador fazia vítimas como reféns e era morto por policiais, tal situação já era amparada pela excludente de ilicitude.

Sendo assim, verifica-se já de plano que existem diferenças entre os contextos fáticos já analisados neste trabalho. Se de um lado existe a ausência de efetivo conflito armado entre criminosos e policiais, havendo somente o porte ostensivo de armamentos, o que, ressalte-se, não deixa de ser um fato grave de violação às leis penais, por outro lado, há uma situação grave e iminente de risco de agressão aos reféns em poder do criminoso.

No caso da existência de reféns, o bem jurídico protegido é a vida e a integridade física, de forma direta e imediata, das pessoas que estão em poder do sequestrador, submetidas ao constrangimento de a qualquer momento terem suas vidas retiradas. Há um risco real e concreto para esses bens, e não meramente indireto e longínquo, tal como ocorre com a segurança pública.

Nessa hipótese específica, não há dúvidas de que o uso de atiradores de elite é imprescindível. Basta verificar os casos já ocorridos no país. Entre vários, os fatos mais marcantes foram: o caso do sequestro do ônibus 174 ocorrido no ano 2000, em que houve a morte trágica de uma refém, e, por tal razão, foi considerado pela sociedade uma falha do Estado, e, mais recentemente, o sequestro ocorrido na ponte Rio-Niterói no ano de 2019, havendo 39 reféns, terminando somente com a vítima fatal do criminoso.

De fato, tais casos estão amparados pelo ordenamento jurídico. Isso porque como as vítimas correm risco de morte em razão das ameaças do sequestrador, os atiradores atuam em legítima defesa de terceiros, já que, no mínimo, existe o conflito

³⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Prerrogativa de autonomia*. Projeto “anticrime” do governo: legítima defesa ou lei do abate?. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-12/opiniao-projeto-anticrime-legiti-ma-defesa-ou-lei-abate>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

entre os bens jurídicos vida da vítima contra vida do sequestrador e, portanto, é possível uma ação capaz de repelir o risco de agressão, ainda que para tanto seja necessário causar a morte do agressor. Não há dúvidas de que se trata de um risco iminente, pois a qualquer momento se pode retirar a vida das vítimas.

Um ponto muito bem analisado por Fernando Galvão³⁵, é a de que existe uma tênue diferença entre o parágrafo único e o *caput*, afirmando que, no primeiro, a redação legal menciona a expressão “risco de agressão”, diferentemente do *caput*, em que há a menção de “agressão iminente”, não se podendo confundir os dois termos. O autor chama atenção para o disposto no art. 11, inciso II, alínea “b”, da Lei Complementar nº 95/98³⁶, a qual dispõe de normas sobre técnica legislativa na elaboração das leis, para afirmar que o legislador não pode querer expressar uma mesma ideia por meio de palavras diferentes.

Segundo ele, a interpretação que se faz é a de que há uma diferença temporal no sentido das expressões. Agressão iminente, conforme já dito, é a que está prestes a ocorrer, a proximidade temporal com a agressão é bastante curta. Já o risco de agressão seria um lapso temporal mais distante da agressão. Razão pela qual, “no risco de agressão, a agressão é possível, mas, não se pode ter certeza sobre a sua ocorrência futura”. Portanto, pode-se dizer que o legislador conferiu um alargamento temporal para a atuação em legítima defesa na existência de vítimas reféns. É possível a reação em momento anterior à iminência da agressão, ou seja, no momento do risco.

No entanto, ainda que haja vítimas feitas de refém, podem haver situações em que a utilização de um atirador de elite não seja necessária. Anteriormente a situação fática era de um sequestrador que fazia vítimas reféns para exigir das autoridades públicas alguma vantagem, tal como no recente caso do sequestro de um ônibus ocorrido na ponte Rio-Niterói em 2019. Se a vantagem pretendida é econômica, o crime praticado é a extorsão mediante sequestro, art. 159 do Código Penal³⁷, em que o agente exige uma condição ou preço do resgate à terceiros. Não exigida alguma condição ou valor, o crime praticado será o de sequestro e cárcere privado do art. 148 do mesmo diploma legal. O que se verifica na prática é que aqui, em regra, há uma situação de grave e iminente risco de morte dos reféns, não sendo raro os casos de vítimas fatais.

³⁵ GALVÃO, Fernando. *Legítima defesa por agente de segurança pública*. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/03/09/Legitima-defesa-por-agente-de-seguranca-publica>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

³⁶ BRASIL. *Lei Complementar nº 95*, de 26 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 21 nov. 2020.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 19.

Situação diversa ocorre nos conhecidos sequestros relâmpagos do §3º do art. 158 do Código Penal³⁸, em que a própria restrição da liberdade é condição necessária para obtenção da vantagem econômica, como por exemplo, nos casos em que o agente sequestra a vítima, obrigando-a a acompanhá-lo a um caixa de uma agência bancária para retirada de valores. Ou até mesmo nos casos de roubo com restrição da liberdade, art. 157, §2º, inciso V, do Código Penal³⁹, em que a restrição da liberdade se dá para possibilitar a subtração, quando, por exemplo, um ladrão amarra alguém para subtrair os bens de uma casa ou, para assegurar a impunidade do crime, como nos casos de roubos a caminhões, em que o motorista é deixado em local distante do cometimento do crime para evitar que a vítima chame os policiais.

Nesses casos, de um modo geral, não há grave e iminente risco à vida das pessoas. Embora haja a restrição à liberdade, o que se verifica na prática é o baixo número mortes, fazendo com que o tiro de comprometimento, a princípio, não seja necessário.

Portanto, não é toda ou qualquer situação de vítimas feitas reféns que será necessária a presença de um *sniper*, de forma fria e indiscriminada como algumas vezes possam defender.

Nesse sentido, esclarece Fernando Galvão⁴⁰:

o risco de agressão não pode se caracterizar diante de uma possibilidade distante de agressão. Deve fundamentar-se minimamente em elementos fáticos que possam lastrear a possibilidade da ocorrência da agressão. A possibilidade da ocorrência da agressão e de sua intensidade devem ser consideradas juntamente com as possíveis mudanças nas circunstâncias de fato, inclusive as mudanças produzidas pela própria intervenção dos agentes de segurança pública. Também devem ser consideradas as possíveis consequências, incluindo a morte da vítima. O exame do contexto fático exige preparo e experiência. A leitura equivocada do cenário pode precipitar ou postergar a intervenção dos agentes de segurança, com desdobramentos lesivos ilícitos.

Não basta que no contexto fático se tenha a existência de reféns, como pode parecer por uma leitura equivocada da lei. Ora, se no próprio parágrafo único do dispositivo legal existe a imposição da observância dos requisitos previstos no *caput*, a atuação do agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém deve ser feita usando moderadamente os meios necessários.

Assim, não se trata de uma operação matemática em que poderá ser aplicado em todos os casos, irrestritamente. Tudo dependerá da análise razoável da situação fática

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ GALVÃO, op. cit.

realizada pela autoridade policial. Certo é que, verificando risco iminente de morte, com negociações prévias sendo infrutíferas, é possível a morte do criminoso para salvar a vida das vítimas, agindo os policiais em legítima defesa de terceiros.

CONCLUSÃO

Embora a vontade da sociedade no combate à criminalidade possa influenciar no direcionamento das políticas de segurança pública, o abate de criminosos que portem armamentos em via pública não possui amparo no ordenamento jurídico vigente.

Os bens jurídicos segurança e paz públicas são reconhecidos pela jurisprudência e em quase unanimidade pela doutrina. No entanto, considerando que a proporcionalidade entre reação defensiva e a lesão ao bem jurídico é um requisito da legítima defesa, tendo em vista que a lei exige o uso moderado dos meios necessários, havendo a morte do agressor na hipótese de simples cometimento de crime de porte de arma de fogo, não há o atendimento de tal requisito.

Também não há que se falar em atualidade ou iminência de agressão. Isso porque, para que haja legítima defesa, deve-se levar em conta que a agressão seja direcionada à bens jurídicos dotados de concretude, como a vida e a integridade física. Nos crimes de porte de arma de fogo, tais bens jurídicos são atingidos de forma mediata e distante, já que a ofensa é direcionada diretamente à segurança e paz públicas.

Diante da nova redação legal, a utilização de atiradores de elite é, e sempre foi, lícita nos casos de vítimas mantidas reféns, considerando que nesse caso a vida e a integridade física das pessoas sofre risco concreto e direto de agressão.

Não obstante a norma permita o reconhecimento da excludente de ilicitude para proteger vítimas reféns de agressão ou risco de agressão, a redação legal é expressa em exigir a observância dos requisitos previstos no *caput* do artigo, principalmente quanto ao uso moderado dos meios necessários. Assim, não é toda e qualquer situação fática de reféns que se estará autorizado o uso legal dos *snipers*, de forma irrestrita. Havendo excessos por parte dos agentes de segurança pública, estes deverão ser responsabilizados criminalmente.

Portanto, a interpretação técnica do ordenamento jurídico feita pelos operadores do direito não pode ser influenciada pelo sentimento de justiça da sociedade brasileira. Ainda que o combate à criminalidade pareça não ter fim e os índices de violência não diminuam, a Constituição Federal vigente não permite a pena de morte.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 26. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. *Lei Complementar nº 95*, de 26 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 21 nov. 2020.

_____. *Lei nº 9.437*, de 20 de fevereiro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9437.htm>. Acesso em: 25 set. 2020

_____. *Lei nº 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm>. Acesso em: 25 set. 2020.

_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 15 set. 2020

_____. *Projeto de Lei do Senado nº 352*, de 26 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130958>>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. *Projeto de Lei nº 7.104*, de 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606009>>. Acesso em: 29 set. 2020.

CAPEZ, Fernando. *Execução Penal - simplificado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 11. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

_____. *Legítima defesa por agente de segurança pública*. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/03/09/Legitima-defesa-por-agente-de-seguranca-publica>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

GILABERTE, Bruno; SANNINI NETO, Francisco. *O "abate" de criminosos armados por atiradores de elite (snipers)*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jus>>

brasil.com.br/artigos/643981113/o-abate-de-criminosos-armados-por-atiradores-de-elite-snipers>. Acesso em: 18 jun. 2020.

GOMES, Luís Flávio. *Prerrogativa de autonomia*. Projeto “anticrime” do governo: legítima defesa ou lei do abate?. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-12/opiniaoprojeto-anticrime-legitima-defesa-ou-lei-abate>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 8. ed. V. II. Niterói: Impetus, 2014.

HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. V. I., tomo II: arts. 11 ao 27. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JESUS, Damásio. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LESSA, Marcelo de Lima. O tiro defensivo e o tiro de advertência no contexto do uso progressivo da força e da preservação da vida. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5907, 3 set. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62640>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

PORCIÚNCULA, José Carlos. *Abate de indivíduo armado não guarda relação com a legítima defesa*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-21/porciuncula-abater-individuo-armado-nao-legitima-defesa#sdfootnote5anc>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

RODAS, Sérgio. *Autorização para matar*. Ideia de Witzel de “abater” quem estiver com fuzil é ilegal e não protege policiais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-30/proposta-witzel-abater-portador-fuzil-inocua-ilegal>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.