

Porciúncula: Abater indivíduo armado não pode ser legítima defesa

De acordo com um vetusto apotegma de Cícero, “as leis se calam entre as armas” (*silent enim leges inter arma*)[1]. Tal advertência deve ser levada na mais alta consideração por todo aquele que pretenda responder seriamente à seguinte *vexata quaestio*: acaso poderiam agentes do Estado (mais exatamente: franco-atiradores) eliminar indivíduos que circulam em público portando arma de fogo de uso restrito? Estar-se-ia diante de um caso de legítima defesa? Nas linhas seguintes, pretendo analisar dogmaticamente (portanto, *sine ira et studio*) a mencionada questão, para concluir que uma eventual resposta afirmativa faria “silenciar”, por assim dizer, não somente o artigo 25 do Código Penal, como também o artigo 5º, XLVII, alínea a, da Constituição Federal. É o que se passa a demonstrar.

Legítima defesa?

Para evitar interpretações equivocadas, descrevo aqui, com maior riqueza de detalhes, o caso sob exame. Imagine-se que um franco-atirador (*sniper*), estrategicamente posicionado, aviste, com o auxílio de uma portentosa luneta acoplada ao seu rifle de longo alcance, um indivíduo que circula com arma de fogo de uso restrito (por exemplo, um fuzil). Indaga-se: estaria o *sniper* autorizado a matá-lo? Estaria agindo em legítima defesa?

De acordo com o artigo 25 do Código Penal, “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (grifo nosso). Em primeiro lugar, é preciso observar, ainda que se trate de uma trivialidade, que, em relação ao franco-atirador, não se vislumbra qualquer risco para a sua vida ou integridade física, razão pela qual estaria afastada, de plano, a hipótese de legítima defesa pessoal. Restaria saber, entretanto, se existiria uma injusta agressão, atual ou iminente, em relação a terceiros.

Costuma-se dizer que atual é a agressão que está em realização ou em continuação, e iminente aquela que é imediata, é dizer, que está prestes a ocorrer[2]. A noção de atualidade não apresenta maiores dificuldades, ao contrário do que ocorre com a noção de iminência[3]. Na Alemanha, por exemplo, a doutrina mais moderna traça um paralelo entre a iminência[4] da agressão e as fases do *iter criminis*. Aqui as opiniões se dividem:

- (A) Günther Jakobs, por exemplo, entende que o critério adequado para a determinação da iminência da agressão seria o começo da tentativa[5]. Esse critério, entretanto, apresenta dificuldades: de fato, como a tentativa deve situar-se o mais próximo possível da consumação (por razões próprias do Estado de Direito), corre-se o risco de que a legítima defesa se torne inviável[6].
- (B) No extremo oposto, encontra-se a posição de Eberhard Schmidhäuser[7], para quem uma agressão poderia ser considerada iminente já em sua fase preparatória, contanto que o agressor a planeje de tal modo que não seja possível uma defesa posterior. Assim, já poderia ser considerada iminente (a depender do caso) uma agressão anunciada para o dia seguinte (!), cabendo aí legítima defesa. Ora, esse critério é bastante problemático, pois, evidentemente, uma agressão planejada ou preparada ainda não configura propriamente uma agressão imediata[8]. Tal critério permite ao sujeito antecipar de tal forma as suas possibilidades de agir, que acaba por legitimar estratégias de pura “precaução” (do tipo “o ataque é a melhor defesa”), o que, em última análise, desnatura a própria essência da legítima defesa enquanto “ato de contenção”.

(C) Parece-me que o critério mais equilibrado, por se situar entre os extremos acima mencionados, é aquele proposto por Claus Roxin. De acordo com o Catedrático emérito da Universidade de Munique, já haveria uma agressão iminente “na estreita fase final dos atos preparatórios, que é imediatamente prévia à fase da tentativa”[9]. Portanto, assinala Roxin, já se estaria diante de uma agressão iminente quando, por exemplo, um “sujeito se aproxima de um terceiro, com ânimo de lesioná-lo, brandindo uma arma contundente de forma ameaçadora”. E arremata Roxin: nessa hipótese, já seria possível a legítima defesa, “ainda que somente haja uma tentativa de lesões no momento em que a vítima esteja ao alcance do agressor e este erga a mão para golpeá-la”[10].

Pois bem. Retomemos o caso sub examine para analisá-lo de acordo com os critérios acima mencionados. Por óbvio, para além do crime tipificado no artigo 16 da Lei 10.826/03 (na sequência, voltaremos a esse ponto), portar arma de fogo de uso restrito pode consistir num ato preparatório de outro delito (por exemplo, homicídio ou lesão corporal). Evidentemente, não se estaria diante da estreita fase final dos atos preparatórios, imediatamente prévia à tentativa, a não ser que o sujeito armado se aproximasse perigosamente de um terceiro com ânimo de matá-lo ou lesioná-lo. Portanto, de acordo com os critérios (A) e (C), ainda não haveria, no caso em questão, uma agressão iminente, razão pela qual a possibilidade de legítima defesa (de terceiro) estaria excluída. Aparentemente, as coisas se tornam mais nebulosas ao se aplicar à questão o critério (B), pois, recorde-se, de acordo com o mesmo uma agressão poderia ser considerada iminente já em sua fase preparatória, como é o caso. Entretanto, como já assinalamos acima, admitir que uma agressão possa ser iminente já em sua fase preparatória seria legitimar, absurdamente, ataques meramente “preventivos” ou “acautelatórios”, que, a bem da verdade, distanciam-se sobremaneira da essência da legítima defesa enquanto “ato de proteção”. Com a devida vênia, admitir que franco-atiradores possam eliminar indivíduos que portam armas de fogo de uso restrito seria legitimar, sob a cortina de fumaça de um pretense ato de defesa, a pena de morte.

Os problemas não param por aí. Vamos admitir, apenas para argumentar, e na linha do critério (B), que o fato do sujeito andar em público portando arma de fogo de uso restrito já pudesse representar uma agressão iminente para terceiros. Pois bem. Logo surge a indagação: quem seriam esses terceiros? Ora, no caso sob exame, é impossível determinar qual ou quais pessoas estariam em risco iminente de sofrer uma agressão (nota bene: por um ato preparatório!). A quem se está defendendo exatamente? A impossibilidade de tal constatação somente confirma que a eliminação do indivíduo que porta a arma de uso restrito não seria, em sua essência, um ato de defesa (de quem?!), mas sim de puro castigo. Em suma: estar-se-ia diante da aplicação de uma pena sem o devido processo legal (*nulla culpa, nulla poena sine iudicio*)[11]. E mais: da aplicação de uma pena de morte, expressamente vedada pelo artigo 5º, XLVII, alínea a, da Constituição Federal. Isto faz recordar, vivamente, uma célebre tese formulada por Günther Jakobs, segundo a qual através do Direito Penal do inimigo[12] o que o Estado anseia é a “neutralização de uma fonte de perigo, como se daria em relação a um animal selvagem (...)”[13].

Poder-se-ia pretender contornar as objeções acima expostas por meio do seguinte raciocínio: portar arma de fogo de uso restrito configura o crime tipificado no artigo 16 da Lei 10.826/03; o bem jurídico protegido pelo tipo penal em questão é a “incolumidade pública”; trata-se de crime permanente, de forma que, enquanto o indivíduo estiver portando arma de fogo de uso restrito, existirá uma agressão atual para a “incolumidade pública”[14]; logo, poderia o franco-atirador matar o sujeito em legítima defesa da “incolumidade pública”. Pois bem. Não entrarei aqui na controvérsia em torno da possibilidade ou não de legítima defesa em relação a bens jurídicos coletivos. Vamos admitir que isso

seja possível. O cerne do problema é que seria bastante paradoxal querer proteger a “incolumidade pública” colocando-a em risco por meio de uma verdadeira tática de guerra!

Um *fast-thinker* [15], espécie de grande abundância em nossos dias, ainda poderia pretender legitimar a atuação do *sniper* utilizando-se do seguinte raciocínio: portar arma de fogo de uso restrito configura o crime tipificado no artigo 16 da Lei 10.826/03; o artigo 144 da Constituição Federal estabelece que os agentes policiais estão incumbidos da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas; logo, o franco-atirador poderia eliminar o indivíduo, pois estaria agindo no estrito cumprimento do dever legal. Ora, este argumento é insustentável, por várias razões. Em primeiro lugar, não se pode derivar *tout court* da obrigação que os policiais possuem de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas (artigo 144 da CF) um dever de matar. Aliás, parece inconcebível a existência de um dever de matar em um Estado que consagra a dignidade da pessoa humana como um dos seus pilares (artigo 1º, III da CF). Coisa distinta, por óbvio, é que o Estado faculte ao sujeito matar para defender legitimamente direito próprio ou alheio. Para além disso, caso se pudesse falar de um dever de matar, o que se admite apenas para argumentar, ter-se-ia que reconhecer (absurdamente!) que o franco-atirador que não executa o tiro letal incorreria em algum tipo de responsabilidade por danos não evitados, por exemplo, pela morte de pessoas, o que traria resultados axiologicamente insuportáveis[16]. Por fim, é preciso notar que o dever de preservação da ordem pública não pode ser desvirtuado a ponto de violar a sua própria finalidade, que a proteção dos cidadãos[17]. Os motivos pelos quais intervenções policiais desse tipo gerariam riscos incalculáveis para toda a população deveriam ser mais do que evidentes.

Conclusão

A eliminação seletiva de indivíduos armados não guarda qualquer relação com o instituto da legítima defesa (artigo 25 do CP). A sua natureza é a de um jogo astuto e furtivo, que em tudo se assemelha a uma caçada (silenciosa e camuflada!) a um animal selvagem. Por isso mesmo, um Estado que eventualmente abraçasse tal prática, já não mais poderia se apresentar como um Estado de Direito, a não ser por meio de um indisfarçável cinismo. A qualquer proposta desse tipo, façamos ecoar, como uma espécie de *cantus firmus*, o imperativo de Cícero: “curvem-se as armas à toga!” (*cedant arma togae*).

1 Cícero, Pro T. Annio Milone Oratio in Orationes, vol. II, 2ª ed., New York, 1918, pág. 5.

2 Cfr., por exemplo, Cirino dos Santos, Direito Penal – PG, 3ª ed., Curitiba, 2008, pág. 237.

3 Cfr. Roxin, Strafrecht. AT, Tomo I, 4ª ed., München, 2006, § 15/22. Sobre tal dificuldade também no âmbito do common law, cfr. LaFave, Principles of Criminal Law, St. Paul, 2003, pág. 409: “As a general matter, the requirement that the attack reasonably appear to be imminent is a sensible one (...)”.

4 É importante observar, aqui, que o CP alemão, ao contrário do CP brasileiro, fala somente em atualidade da agressão, não fazendo menção expressa à sua iminência. De qualquer sorte, a própria doutrina considera que a noção de atualidade abrange a noção de iminência. Assim, diz Roxin, Strafrecht. AT I, § 15/21: “Segundo uma fórmula muito utilizada, uma agressão é atual quando é

imediatamente iminente, quando está ocorrendo ou ainda quando prossegue”.

5 Jakobs, *Strafrecht. AT*, 2ª ed., Berlin/New York, 1993, § 12/23. Também nesse sentido cfr. Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994, págs. 284 e ss.

6 Cfr. Roxin, *Strafrecht. AT I*, § 15/22.

7 Schmidhäuser, *Strafrecht. AT – Studienbuch*, 2ª ed., Tübingen, 1984, § 6/61.

8 Roxin, *Strafrecht. AT I*, § 15/23; Figueiredo Dias, *Direito Penal – PG*, Tomo I, Coimbra, 2004, pág. 389.

9 Roxin, *Strafrecht. AT I*, § 15/24.

10 Roxin, *Strafrecht. AT I*, § 15/24.

11 Sobre o princípio *nulla culpa, nulla poena sine iudicio* cfr., por todos, Ferrajoli, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, 9ª ed., Bari, 2008, em especial, pág. 9 e págs. 546 e ss.

12 Sobre a noção de Direito Penal do inimigo cfr. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung in ZStW 97*, 1985, págs. 753 e ss. (em sentido crítico). Posteriormente, numa linha descritiva, Jakobs, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)* in Eser/Hassemer/Burkhardt (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, 2000, pág. 52; o mesmo, *Personalität und Exklusion im Strafrecht in Spinellis-FS*, Athen, 2001, págs. 447 e ss.; o mesmo, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo in Jakobs/Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, págs. 19 e ss.; o mesmo, *Terroristen als Personen im Recht?* in *ZStW 117*, 2005, págs. 838 e ss.; o mesmo, *Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit in HRRS 2006*, págs. 289 e ss.; o mesmo, *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, Navarra, 2006, págs. 167 e ss. Da (já) extensa bibliografia sobre o tema cfr. as seguintes coletâneas de artigos: Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (eds.), *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*, vols. I e II, Buenos Aires, 2006; Vormbaum (ed.), *Kritik des Feindstrafrechts*, Berlin, 2009. Cfr., ademais, os trabalhos de Pérez del Valle, *Zur rechtsphilosophischen Begründung des Feindstrafrechts in Jakobs-FS*, págs. 515 e ss.; Polaino Navarrete, *Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht in Jakobs-FS*, págs. 529 e ss.; Demetrio Crespo, *Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo» in Serta: In memoriam Alexandri Baratta*, págs. 1.027 e ss.; Pawlik, *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, München, 2008; Aponte, *Krieg und Feindstrafrecht*, Baden-Baden, 2002; o mesmo, *Krieg und Politik – Das Politische Feindstrafrecht im Alltag in HRRS 2006*, págs. 297 e ss.; Greco, *Feindstrafrecht*, Zürich, 2010; Bung, *Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person*

in HRRS 2006, págs. 63 e ss.; o mesmo, Zurechnen-Können, Erwarten-Dürfen und Vorsorgen-Müssen. Eine Erwiderung auf Günther Jakobs in HRRS 2006, pp. 317 y ss.

[13](#) Jakobs, La Pena Estatal, págs. 168-169.

[14](#) Nesse sentido cfr. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. AT, 5ª ed., Berlin, 1996, pág. 342: “Nos delitos permanentes (...), a agressão continua sendo atual enquanto se prolongue a situação antijurídica”. No mesmo sentido, Fiandaca/Musco, Diritto Penale. PG, 6ª ed., Bologna, 2009, pág. 284; Mantovani, Diritto Penale. PG, 6ª ed., Padova, 2009, pág. 253.

[15](#) Por óbvio, utilizo aqui tal expressão num sentido “negativo”. Cfr. Bourdieu, On Television, New York, 1998, pág. 35: “The people I call ‘fast-thinkers’, specialists in throw-away thinking (...)”.

[16](#) Nesse exato sentido, Coca Vila, Tirar a matar en cumplimiento de un deber in RECPC 19, 2017, pág. 34.

[17](#) Cfr. Tavares, Fundamentos de Teoria do Delito, Rio de Janeiro, 2018, pág. 345.

Date Created

21/11/2018