



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

FLAVIO RUDSON MOURA VASCONCELOS

**A INTERVENÇÃO POLICIAL FATAL EM UMA CRISE COM REFÊNS: A
(IN)JUSTIÇA DO ERRO NA EXECUÇÃO NA APLICAÇÃO DA PENA À LUZ DE
UMA VISÃO UTILITARISTA**

FORTALEZA

2022

FLAVIO RUDSON MOURA VASCONCELOS

A INTERVENÇÃO POLICIAL FATAL EM UMA CRISE COM REFÊNS: A (IN)JUSTIÇA
DO ERRO NA EXECUÇÃO NA APLICAÇÃO DA PENA À LUZ DE UMA VISÃO
UTILITARISTA

Monografia submetida ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Me. Lino Edmar de Menezes.

FORTALEZA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- V45i Vasconcelos, Flavio Rudson Moura.
A intervenção policial em uma crise com reféns : a (in)justiça do erro na execução na aplicação da pena à luz de uma visão utilitarista / Flavio Rudson Moura Vasconcelos. – 2022.
60 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2022.
Orientação: Prof. Me. Lino Edmar de Menezes.
1. Erro na Execução. 2. Utilitarismo. 3. Gerenciamento de Crise. 4. Tiro de Comprometimento. I. Título.
CDD 340
-

FLAVIO RUDSON MOURA VASCONCELOS

A INTERVENÇÃO POLICIAL FATAL EM UMA CRISE COM REFÊNS: A (IN)JUSTIÇA
DO ERRO NA EXECUÇÃO NA APLICAÇÃO DA PENA À LUZ DE UMA VISÃO
UTILITARISTA

Monografia submetida ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito. Área de concentração: Direito
Penal.

Aprovada em: 27/04/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Lino Edmar de Menezes (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dra. Nelida Astezia Castro Cervantes
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Matheus Casimiro Gomes Serafim
Universidade Federal do Ceará (UFC)

À minha mãe, ao meu pai e à minha noiva, por
confiarem em minha jornada e sempre me
apoiarem.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Suzelene, por sempre acreditar em mim e me considerar a pessoa mais inteligente do mundo, nunca tendo me obrigado a fazer os deveres de casa que eu odiava porque sabia que eu não precisava disso para passar de ano na escola

À minha noiva e meu amor, Milena, por sempre estar ao meu lado em altos e baixos, nunca me deixando desistir e me incentivando a continuar.

Ao meu pai, Flavio, por me ensinar a ser uma pessoa íntegra e honesta e me dar dicas e conselhos de vida pessoal e profissional.

Ao Professor Raul Nepomuceno, pelas excelentes aulas de Direito Penal e Criminologia, estas que me influenciaram a realizar o presente trabalho.

Ao Professor Lino, por prontamente aceitar me orientar e em nenhum momento se mostrar indisponível para me ajudar nesta monografia e também pelas ótimas observações acerca do trabalho.

À Professora Nelida, tanto por compor a banca avaliadora, apontando diversos quesitos para melhorar esta monografia, além de ter me dado um precioso apoio antes do começo do último semestre, me ajudando para que eu concluísse o curso.

Ao Professor Casimiro, por compor a banca avaliadora com muita vontade e apresentar relevantes questões acerca do trabalho.

A todos os meus amigos que acompanharam minha jornada acadêmica e, em especial, ao Dhean, que tanto me ajudou em diversas cadeiras e sem ele eu não chegaria aonde cheguei.

“A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à justiça em todo lugar. Estamos presos em uma rede inescapável de mutualidade, amarrados em uma única roupa de destino. Qualquer coisa que afeta um diretamente, afeta todos indiretamente.”

(Martin Luther King, 1963).

RESUMO

O presente trabalho objetiva concluir se há proporcionalidade das punições em diferentes resultados possíveis e entender se são congruentes entre si, à luz de uma visão utilitarista, na aplicação do instituto do erro na execução quando, em uma crise com reféns, o policial realiza um disparo fatal. Para tanto, pretende-se analisar o instituto do erro na execução e compreender as teorias que o abarcam, assim como entender em que casos é aplicado e que resultados jurídicos decorrem de tal aplicação. Em seguida, busca-se analisar a teoria utilitarista através do estudo de três pensadores dessa filosofia, quais sejam, Jeremy Bentham, John Stuart Mill e John Rawls, para que se compreenda como tais ideias são abordadas e que implicações práticas têm quando são aplicadas, além de se compreender a teoria utilitarista da pena. Em sequência, visa-se definir e entender os conceitos de crise policial e gerenciamento de crise, expondo-se as táticas para a resolução do problema, bem como as possíveis situações resultantes da aplicação do tiro de comprometimento além de seus reflexos jurídicos e a análise da justiça destes à luz do utilitarismo. Por fim, com fundamento no que será exposto, pretende-se entender se as penas impostas ao policial que realiza o tiro de comprometimento são congruentes entre si quando ocorre o erro na execução. A metodologia consiste em uma pesquisa bibliográfica e documental, através da leitura de livros, legislações, artigos científicos, dissertações de mestrado e notícias. Como referencial teórico, serão utilizadas as proposições desenvolvidas pela doutrina penal brasileira, a teoria utilitarista e a doutrina de gerenciamento de crises. A partir de todo o exposto, conclui-se que de fato a aplicação das penas ao policial que erra na execução do tiro de comprometimento é incongruente, sugerindo-se que sua responsabilidade penal seja excluída por meio da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.

Palavras-chave: erro na execução; utilitarismo; gerenciamento de crise; tiro de comprometimento.

ABSTRACT

The present work aims to conclude if there is proportionality of punishments in different possible results and to understand if they are congruent with each other, in the light of a utilitarian view, in the application of the institute of error in execution when, in a crisis with hostages, the policeman makes a fatal shot. Therefore, we intend to analyze the institute of error in execution and understand the theories that encompass it, as well as understand in which cases it is applied and what legal results occur from such application. Then, we seek to analyze the utilitarian theory through the study of three thinkers of this philosophy, namely, Jeremy Bentham, John Stuart Mill and John Rawls, in order to understand how such ideas are approached and what practical implications they have when they are applied, in addition to understanding the utilitarian theory of punishment. In sequence, it aims to define and understand the concepts of police crisis and crisis management, exposing the tactics for solving the problem, as well as the possible situations resulting from the application of the commitment shot as well as its legal consequences and the analysis of their justice in the light of utilitarianism. Finally, based on what will be exposed, it is intended to understand whether the penalties imposed on the police officer who performs the commitment shot are congruent with each other when the error occurs in the execution. The methodology consists of a bibliographical and documentary research, through the reading of books, legislation, scientific articles, master's dissertations and news. As a theoretical reference, the propositions developed by the Brazilian penal doctrine, the utilitarian theory and the crisis management doctrine will be used. From all of the above, it is concluded that, in fact, the application of penalties to the police officer who errs in the execution of the commitment shot is incongruous, suggesting that his criminal liability be excluded through the exclusion of culpability of the unenforceability of diverse conduct.

Keywords: error in execution; utilitarianism; crisis management; commitment shot.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88	Constituição Federal de 1988
CORE	Coordenadoria de Recursos Especiais
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
DAS	Delegacia Antissequestro
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
FBI	<i>Federal Bureau of Investigation</i>
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	O PENSAMENTO UTILITARISTA	15
2.1	Segundo Jeremy Bentham	15
2.2	Segundo John Stuart Mill	17
2.3	Segundo John Rawls	23
2.4	A teoria utilitarista da pena	27
3	O INSTITUTO DO ERRO NA EXECUÇÃO	29
3.1	Erro sobre a pessoa	30
3.2	Resultado diverso do pretendido	31
3.3	Erro na execução com unidade simples	31
3.4	Erro na execução com unidade complexa	32
3.5	Teoria da equivalência	33
3.6	Teoria da concretização	34
3.7	Erro na execução e legítima defesa	37
3.7.1	<i>A inexigibilidade de conduta diversa</i>	38
4	A CRISE POLICIAL COM REFÉNS	40
4.1	Gerenciamento da crise	42
4.1.1	<i>Teatro de operações</i>	42
4.1.2	<i>Gerente da crise</i>	43
4.1.3	<i>Alternativas táticas</i>	44
4.2	As possíveis situações fatais resultantes de uma crise policial com reféns e suas implicações legais	47
4.2.1	<i>O policial que mata apenas o agressor</i>	48
4.2.2	<i>O policial que mata apenas o refém</i>	49
4.2.3	<i>O policial que mata o agressor e o refém</i>	50
4.2.3.1	<i>A responsabilização policial conforme o utilitarismo</i>	51
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
	REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

Casos de sequestros de ônibus ou assaltos e demais situações nas quais são mantidos reféns normalmente têm um grande apelo midiático e rapidamente estão no conhecimento de grande parte da população, seja por meio de jornais ou redes sociais.

Alguns casos famosos são comentados até hoje, anos após o fato, à exemplo do sequestro do ônibus 174, no Rio de Janeiro, no ano de 2000, no qual o sequestrador armado tomou conta do transporte. O fim da situação se deu quando o agressor desceu do ônibus com uma refém e um policial tentando atingi-lo, errou e acertou a vítima. O criminoso reagiu e acertou mais três vezes, este que quando preso, foi morto por asfixia durante seu transporte à delegacia.

Há também o caso Eloá, em São Paulo, no ano de 2008, quando seu ex-namorado, não aceitando o fim do relacionamento, arrombou seu apartamento e a fez de refém em conjunto com amigos que lá estavam. Após cinco dias de negociação, a polícia invadiu o recinto com a justificativa de ter ouvido um tiro, ocasionando que o sequestrador disparasse duas vezes em Eloá, a matando.

Recentemente, o caso mais emblemático foi o sequestro do ônibus na ponte Rio-Niterói, também no Rio de Janeiro, em 2019. Na ocasião, um homem sequestrou um ônibus fazendo 37 passageiros reféns. Após quatro horas do início e sem possibilidades de negociação, a polícia efetuou o disparo fatal, liberando os reféns.

Conforme a doutrina policial, nesses casos, a primeira alternativa é a negociação, de modo a manter a vítima e o agressor incólumes para se haja a libertação do refém e a devida responsabilização do criminoso. Todavia, nem sempre se há um clima de cooperação entre as partes, pelo que se entende ser a melhor alternativa a eliminação da ameaça por um policial, através de um disparo fatal.

Tal ação comumente é realizada por um atirador de precisão preparado para esse tipo de situação, logo após ser autorizado pelo comandante do gerenciamento da crise. Desta ação – o tiro de neutralização – diversos são os resultados possíveis: apenas o agressor pode morrer, ou ser ferido; o dano pode recair apenas sobre o refém; o disparo pode atingir os dois ou não atingir ninguém.

Na situação de atingir pessoa diferente do agressor, por motivo de erro na pontaria, por exemplo, ou caso o alvo se mova na hora do disparo, estaria caracterizado o erro na execução.

O presente trabalho tem como objetivo concluir se há justiça – a saber, proporcionalidade das punições em diferentes resultados possíveis e entender se são congruentes entre si –, à luz de uma visão utilitarista, da aplicação do instituto do erro na execução quando, em uma crise com reféns, o policial realiza um disparo fatal.

Entende-se a justificativa desta monografia haja vista, como já informado, a grande relevância social de tais casos. Ademais, percebe-se um interesse recente do legislador pela matéria, visto que após promulgação do Pacote Anticrime, o Código Penal foi alterado para incluir o seguinte parágrafo único no art. 25: “Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.”

Ora, tal questão já estaria abarcada pelo caput do artigo: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” A especificidade esclarece ainda mais a preocupação por tais casos.

Portanto, a partir do que será exposto, pretender-se-á responder: a punição para o policial que mata o refém e o sequestrador é proporcional à pena do policial que mata apenas o refém, ambos os casos ocorrendo por erro na execução? Nesse esteio, a hipótese de que se parte é que não há proporcionalidade entre as penas dos dois casos.

A metodologia do presente trabalho consistirá em uma pesquisa bibliográfica e documental, através da leitura de livros, legislações, artigos científicos, dissertações de mestrado e notícias. Como referencial teórico, serão utilizadas as proposições desenvolvidas pela doutrina penal brasileira, a teoria utilitarista e a doutrina de gerenciamento de crises brasileira.

Nesse interim, o segundo capítulo irá discorrer sobre a filosofia utilitarista, através do pensamento de três grandes autores da área, quais sejam, Jeremy Bentham, John Stuart Mill e John Rawls. Também, irá se apresentar a ideia de utilitarismo da pena. Tal parte do trabalho servirá de base à conclusão do último capítulo.

Ato contínuo, o terceiro capítulo analisará o instituto do erro na execução, com base na lei e doutrina, visando entender como funciona a sua aplicação e as suas consequências práticas na aplicação da pena.

Em sequência, o quarto capítulo definirá o conceito crise policial e de gerenciamento de crises e apresentará as possíveis táticas para solucionar a crise com reféns, bem como alguns possíveis resultados da aplicação do tiro de comprometimento, buscando compreender as responsabilizações penais impostas ao policial em cada um deles.

Por fim, na conclusão, espera-se responder à pergunta apresentada em relação à congruência ou não da pena imposta ao policial quando da aplicação do erro na execução, pretende-se também verificar se a hipótese apresentada é confirmada ou rejeitada.

2 O PENSAMENTO UTILITARISTA

É possível resumir que o pensamento utilitarista visa aumentar a felicidade total da sociedade, buscando o prazer e evitando a dor. Nesse esteio, aquela conduta que agravar o bem-estar social, como um delito, deverá ser combatida. Isso devido à dor resultante na sociedade. Portanto, contra tais condutas, o Direito se mostra como um escudo em prol da felicidade da sociedade.

O utilitarismo dispõe que, em um contexto real, as melhores ações possíveis deverão ser realizadas. A título de exemplo, em determinadas situações, independente da ação a ser tomada, será causada dor em uma pessoa. Todavia, dependendo da ação, tal dor poderá ser maior ou menor. Nesse sentido, a escolha que causar maior felicidade, ou menos dor, será a escolha utilitária.

Com efeito, visando conceituar o pensamento utilitarista, neste capítulo discorrer-se-á sobre as ideias dos pensadores mais celebrados dessa corrente. Adianta-se, não obstante, que todos esses concordam em uma questão: os seres humanos perseguem, pelo menos, a própria felicidade, sendo este o fim proporcionado pela vida. Ademais, é consenso que não são todas as medidas que podem ser adotadas para alcançar a felicidade, pois ou não seriam justificáveis moralmente; ou criariam um descontentamento a longo prazo, contrário ao intuito de aumentar o bem-estar; ou desafiariam princípios pré-estabelecidos.

2.1 Segundo Jeremy Bentham

Considerado o criador do utilitarismo como filosofia política, Jeremy Bentham teve esse como sua principal contribuição. Em sua proposta, o objetivo moral é a prevalência do prazer sobre a dor, em vista de uma felicidade máxima. Com isso, seria utilitária a ação que dê à sociedade mais prazer do que dor.

Entendendo que sua teoria deveria ser aplicada no mundo real e não apenas no mundo das ideias, a aplicação empírica era defendida, para quantificar a utilidade de certa conduta. Tal princípio utilitário foi definido por Bentham (1907, p. 14) da seguinte forma:

o princípio que aprova ou desaprova toda ação que seja, de acordo com a tendência que parece ter em aumentar ou diminuir a felicidade do grupo o qual tem interesse na questão: ou, que é a mesma coisa em outras palavras, em promover ou se opor à felicidade. Eu digo isso de toda e qualquer ação, e, portanto, não apenas de qualquer ação de um indivíduo particular, mas de qualquer maneira de governo. (tradução nossa)

Um dos objetivos de Bentham era solucionar uma problemática relevante à sua época e ainda atualmente, a mendicância, problema que atinge diretamente parte da população, os mendigos, e indiretamente outra parte, o resto da população que tem que conviver com eles.

Baseando-se em sua lógica utilitarista, a solução apresentada não apenas confere a maior felicidade imediata possível, mas preocupa-se com a questão econômica também, já que não é impossível que medidas diminuam o poder econômico em demasia e mesmo assim aumentem o bem-estar em curto prazo, todavia, gerando uma crise no longo prazo.

Nesse esteio, o problema principal da mendicância resulta em duas questões: a dor causada aos mendigos e a dor causada aos que convivem com eles. É que somente por ver uma pessoa em tal estado, pode-se causar dor aos indivíduos mais sensíveis e repugnância aos insensíveis (BOWRING, 1843).

Considerando como solução o recolhimento dos mendigos, há de ser feito um cálculo utilitário para se descobrir se a medida é correta. Ora, de todos os mendigos removidos das ruas, alguns se sentirão mais felizes, mas outros se sentiriam mais felizes mendigando. Contudo, evidente que a sociedade se sentiria mais feliz sem a presença dos pedintes, de modo que, ao somar-se a felicidade das pessoas em geral com a felicidade de alguns mendigos, evidenciar-se-á que a melhor medida a ser tomada é a do recolhimento (BOWRING, 1843).

Imperioso se faz destacar que tal prática teria relevância econômica, visto que os cuidados com os sem-teto por parte do Estado implicariam em um maior custo ao erário e, por consequência, em longo prazo, diminuiria a felicidade da sociedade. De tal modo, a solução proposta seria que os mendigos tivessem uma dívida na qual o próprio Estado fosse o credor, devendo trabalhar para pagá-la.

Por certo que tal problemática na realidade é deveras mais complexa do que o apresentado, no entanto, percebe-se a intenção do pensador em aumentar o bem-estar geral, refletindo coerentemente o pensamento utilitarista.

Outra questão relevante do pensamento utilitário refere-se à finalidade das ações utilitárias. Bentham defende que o ser humano almeja a felicidade como objetivo final.

Embora a questão da felicidade já tenha sido discorrida à exaustão ao longo da história, Jeremy (1907, p. 13) afirma que além de apenas uma busca pessoal, o utilitarista busca também a felicidade da sociedade. Vejamos:

A natureza pôs a humanidade sob o governo de dois mestres soberanos, a dor e o prazer. São eles sozinhos que apontam o que nós devemos fazer, bem como determinam o que devemos fazer. Por um lado, o padrão de certo e errado, por outro, a cadeia de causas e efeitos, estão presos ao seu trono. Eles nos governam em tudo que fazer, em tudo que dizemos, em tudo que pensamos. (tradução nossa)

Portanto, dever-se-á antes agir, levar em consideração se a ação resultará em mais dor ou prazer, de maneira que mesmo podendo uma pessoa agir em benefício próprio, essa ação não deverá ser realizada caso isso cause sofrimento a outras pessoas.

Nesse diapasão, as pessoas devem se relacionar balizadas por esse princípio, levando em conta o interesse geral, para assim agir de forma justa e adequada. Além disso, pessoas de maior importância no âmbito estatal devem seguir ainda mais rigorosamente o utilitarismo, já que suas ações impactam mais o bem-estar social do que uma pessoa comum (BENTHAM, 1907).

2.2 Segundo John Stuart Mill

John Stuart Mill, por seu turno, chega à conclusão de que Bentham não testou devidamente os pontos da teoria utilitária, resultando em algo que seria de difícil demonstração prática. Assim, seu pensamento estaria enfraquecido, em virtude da complexidade do teste empírico do utilitarismo.

Outrossim, Mill aponta a ausência de abordagem à questão dos direitos individuais e da dignidade humana, que são esquecidas em sua teoria, de modo que ao adotar a referida teoria, levou tais questões em consideração no cálculo utilitário, visando uma face mais humanizada do utilitarismo.

Em uma de suas mais importantes obras, *On Liberty* (1859), é defendida a liberdade individual com fervor. Em sua visão, nem pessoa nem governo poderia mitigar a liberdade de outrem, de modo que é possível todos os nossos atos, até aqueles que nos causam danos. Todavia, isso não se aplica àquelas ações que fogem da esfera individual e influenciam na sociedade, seja de forma direta ou indireta. Assim, Mill (2001a, p. 13) expõe: “Na parte que concerne meramente a si próprio, a sua independência é, por certo, absoluta. Sobre ele próprio, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano.” (tradução nossa)

Segundo Michael Sandel (2013), contudo, essa reflexão carece de utilitarismo. Exemplifica-se por meio da liberdade religiosa de um pequeno grupo hipotético. O resto da sociedade além de não crer, se incomoda profundamente apenas pelo fato de a religião existir. Proibir a crença ou mesmo exterminar os fiéis daria felicidade para boa parte da sociedade, embora causasse desprazer ao pequeno culto. Tal entendimento seria razoável na balança utilitária, mas isso seria errado para Mill (2001a, p. 8), visto que:

O “povo” que exerce o poder nem sempre é o mesmo povo sob quem o poder é exercido; e o “autogoverno” de que se fala não é o governo de cada um por si mesmo, mas o de cada um por todo o resto. A vontade do povo, ademais,

praticamente significa a vontade da mais numerosa ou da mais ativa parte do povo; a maioria, ou aqueles que sucederam em se fazerem aceitos como a maioria; o povo, conseqüentemente pode desejar oprimir uma parte de seu número; e precauções são tão necessárias contra isso como contra qualquer outro abuso de poder. (tradução nossa)

Continuando sobre a suposta falta de bases no utilitarismo para a sua tese, Mill (2001a, p. 14) defende-se de tal forma:

É apropriado afirmar que eu renuncio qualquer vantagem que poderia se derivar do meu argumento da ideia do direito abstrato, como uma coisa independente de utilidade. Eu considero a utilidade como o principal apelo em todas as questões éticas; mas deve ser a utilidade no seu sentido mais amplo, fundamentada nos interesses permanentes de um homem como um ser progressivo. (tradução nossa)

Nesse sentido, o argumento de Mill relaciona-se a uma felicidade de longo prazo, mediata. Embora a felicidade imediata seja importante, caso uma ação que cause tal felicidade resulte em uma diminuição desta ao decorrer do tempo, não há que se tomar tal ação.

Portanto, não é cabível uma ditadura da maioria, pois ainda que naquele momento haja um cálculo positivo de felicidade, em longo prazo teríamos uma sociedade instável, já que seria possível que qualquer pessoa tivesse sua liberdade cerceada em favor de todos, gerando uma grande insegurança social e desconfiança.

Há de se destacar a importância de ideias divergentes, sendo certa ou errada, ou que haja apenas uma pessoa discordando da crença de todas as outras. Somente justificar-se-ia cercear a liberdade de expressão do sujeito se, com certeza, este estivesse errado. Contudo, Mill (2001a, p. 50) pontua:

Mas quando eles estão certos (alguns pensadores podem dizer), não é consciência, mas covardice evitar agir com base nas suas opiniões e permitir doutrinas que honestamente se consideram perigosas ao bem-estar da humanidade, nesta vida ou em outra, sejam espalhadas afora porque outras pessoas, em tempos menos esclarecidos, perseguiram opiniões que hoje se acreditam ser verdade. (tradução nossa)

Assim, está assumido que o homem é falho e suas verdades, às vezes, estão limitadas a certos tempos, lugares e crenças. Contudo, não se pode a humanidade deixar de acreditar naquilo que se pressupõe a veracidade e abster-se de agir apenas por conta desse relativismo. Por isso, “Nós podemos, e devemos, assumir nossa opinião como certa para guiar nossa própria conduta.” (MILL, 2001a, p. 21) (tradução nossa) Por certo, embora se presuma que a opinião é verdadeira, não se pode impedir que ela seja refutada, devendo-se dar a chance que ela seja contestada.

É certo que a liberdade de expressão deve ser defendida, até para que um pensamento errôneo seja desacreditado, por um meio lógico e racional. É impensável a proibição da expressão apenas por proibir, isso afrontaria a liberdade individual de manifestação. Como já abordado, só atos que prejudicam outrem devem ser impedidos, atos que têm potencial de causar danos apenas ao manifestante devem ser permitidos.

Mill (2001a, p. 55) defende que a liberdade individual tem como finalidade máxima o desenvolvimento completo e livre da pessoa humana, como observa-se:

As faculdades humanas da percepção, julgamento, sentimento discriminativo, atividade mental e até mesmo preferência moral, são exercidas apenas na tomada de escolhas. Aquele que faz qualquer coisa porque é costume não faz escolha. Ele não ganha nenhuma prática seja em discernir ou desejar o que é melhor. A mente e a moral, assim como a força muscular, são melhorados apenas quando usados. (...) Aquele que deixa o mundo, ou sua própria parcela dele, escolher seu plano de vida por ele, não tem necessidade de qualquer outra faculdade além da faculdade primata da imitação. Aquele que escolhe seu plano de vida por si mesmo, emprega todas as suas faculdades. (tradução nossa)

Essa posição de Mill revela que as pessoas conseguirão desenvolver sua individualidade livremente apenas baseadas na liberdade, sendo um dos principais fundamentos do bem-estar. Ressalta-se, contudo, que não se nega a importância das tradições e dos costumes, visto serem o testemunho da experiência do povo, um resumo do que aprenderam em sua história. Apenas é destacado que o indivíduo deve tomar suas próprias decisões.

Tais decisões individuais, servem em prol de todos, dentro de um contexto social. É que aquela sociedade pode não ter chegado à conclusão correta por meio de sua experiência, ou o indivíduo em questão não se adequa aos costumes dessa sociedade, ou mesmo que os costumes sejam benéficos a ele, a mera conformação aos costumes por conveniência não o desenvolve qualquer qualidade para ser uma pessoa diferenciada. (MILL, 2001a, p. 54-55)

Outrossim, em relação aos limites autoritários da sociedade sobre o indivíduo, Mill (2001a, p. 69) ressalta:

Embora a sociedade não seja embasada em um contrato, e embora nenhum bom propósito seja atendido em inventar um contrato para deduzir obrigações sociais dele, cada um que recebe a proteção da sociedade, deve um retorno pelo benefício, e o fato de viver em sociedade faz indispensável que cada um deva observar uma certa linha de conduta em relação aos outros. Essa conduta consiste, primeiramente, em não injuriar os interesses uns dos outros; ou melhor, certos interesses que, seja por expressa previsão legal ou por acordo tácito, foram considerados como direitos; e secundamente, em cada pessoa arcar com sua parte (a ser fixada em algum princípio equitativo) dos trabalhos e sacrifícios incorridos por defender a sociedade ou seus membros da injúria e molestação. (tradução nossa)

Com efeito, apenas se justificaria o cerceamento da liberdade pessoal nos casos de evidente dano a outrem ou à sociedade. Exemplifica-se no caso de um pai que gasta todo o seu dinheiro para manter um vício em bebidas. Embora suas ações possam ser legalmente socialmente sancionadas, o problema não se encontra em seus gastos, já que faz parte de sua liberdade, mas sim na administração falha de seus provimentos, podendo resultar em uma falta de cuidados básicos para os filhos que dele dependem. Portanto, casos desse tipo devem ser movidos do âmbito da liberdade para o âmbito da lei e da moral. (MILL, 2001a, p. 75)

Portanto, em respeito à liberdade individual, qualquer ato que não transborde da esfera do indivíduo deve ser tolerado. Isso porque a sociedade já tem uma grande ingerência em relação à criação de seus cidadãos. Afinal, grande parte da infância e adolescência a pessoa está à mercê da doutrinação e dos ensinamentos de como agir e pensar. Então, se mesmo após essa regulação constante na fase inicial da vida, indivíduo agir de maneira não ideal para a sociedade (considerando que não cause danos a outrem), não dever-se-á puni-lo, para respeitar a liberdade, restando a possibilidade de educar a geração futura mais eficientemente.

Comumente associa-se uma crítica ao utilitarismo: a possibilidade de restrição de atos não danosos a terceiros que a sociedade considera como errados, já que tal proibição geraria felicidade a um maior número de pessoas, compensando a dor da minoria prejudicada. Um exemplo seria o de sociedades religiosas que proíbem o consumo de certo tipo de carne, ou sociedades excessivamente conservadoras que proíbem mulheres de andarem desacompanhadas na rua. Sobre o tema, Mill (2001a, p. 77) diz:

Em questões de moralidade social, de dever dos outros, a opinião do público, isto é, de uma maioria prevalente, embora errada, provavelmente será considerada correta; porque em tais questões eles são requeridos a julgar seus próprios interesses; de maneira que se algum modo de conduta, se permitido a prática, afetaria eles mesmos. Mas a opinião da maioria similar, imposta como uma lei à minoria, em questões de conduta autorreferente, é tão provável de ser errada quanto certa. (tradução nossa)

Questionar acerca de uma polícia moral que invade as liberdades individuais mais legítimas e inquestionáveis faz-se uma grande preocupação. Embora seja pacífico o dever do governo de agir para prevenir crimes, investigá-los e puni-los, deve-se ponderar tais medidas, Mill ressalta. É que entende ser bem mais provável o abuso dessa função preventiva de modo a prejudicar a liberdade, já que qualquer ação humana pode ser usada como um meio para aumentar alguma forma de delinquência.

O exemplo que se traz à baila é sobre o veneno, que embora não tenha nenhum uso benéfico para a saúde humana, pode ser utilizado como pesticida para evitar pragas. Contudo, pode ser usado para lesionar ou matar outra pessoa. Portanto, é uma substância que além de um uso positivo, dependendo das intenções da pessoa que o usa, pode ter efeitos negativos.

Nessa ocasião, é discutível a liberdade de comprar e vender tal produto na sociedade. É possível que o senso comum entenda que por ser uma substância perigosa, o comércio deva ser proibido. Ocorre, porém, que há apenas um perigo em potencial, e não um perigo real, de modo que restaria insensato e ofensivo à liberdade vetar o uso e o comércio de tal substância. Para tais casos, deve-se utilizar o que se chama de “*preappointed evidence*”:

Essa disposição é familiar a todos no caso de contratos. É usual e correto que a lei, quando se firma um contrato, requira como condição de sua execução, que sejam observadas certas formalidades, tais como assinaturas, atestados de testemunhas, entre outros, para que, caso ocorra uma disputa subsequente, se possa ter evidência para provar que o contrato realmente foi firmado, e que não havia nada nas circunstâncias para torná-lo legalmente inválido; o efeito seria lançar grandes obstáculos contra contratos fictícios, ou contratos feitos em circunstâncias que, se conhecidas, destruiriam sua validade. (MILL, 2001a, p. 89) (tradução nossa)

É visado, por meio de tais regulamentações, que não se tenha um grande impedimento para a obtenção do veneno, por exemplo, mas um impedimento suficiente para a utilização danosa e imprópria da substância.

Encerrando sua obra sobre a liberdade, Mill (2001a, p. 106) destaca:

O valor de um Estado, no longo prazo, é o valor dos indivíduos que o compõe; e um Estado que adia os interesses da expansão mental deles e a elevação para um pouco mais de habilidade administrativa, ou daquele semblante que a prática dá, nos detalhes de negócios; um Estado que apequena seus homens, para que eles possam ser mais dóceis instrumentos em suas mãos, mesmo para fins benéficos – descobrirá que com homens pequenos, nenhuma grande coisa pode ser realmente conquistada. (tradução nossa)

Em sua outra grande obra, *Utilitarianism*, Mill tem como ponto central a crítica à simplicidade matemática do utilitarismo, onde reduz-se a complexidade de todas as ações em apenas dor e prazer. É argumentado que existem prazeres menores e maiores, distinção que deve auxiliar a escolha das ações visando aumentar a felicidade social.

Aponta-se que em relação à legislação e à moral, não é raro que para definir o que é certo e errado, se busque respostas por meio de ações. Todavia, deve-se antes disso delinear-se princípios básicos em vista de criar uma ciência moral. Independentemente da existência ou não desses princípios, Mill (2001b, p. 7) relata que por conta de um padrão desconhecido, as crenças morais atingiram um certo tipo de coerência ou uniformidade. Assim diz:

Embora a não existência de um primeiro princípio reconhecido tenha feito a ética não ser um grande guia como uma consagração dos atuais sentimentos dos homens, ainda, como sentimentos dos homens, tanto o favor quanto a aversão são grandemente influenciados pelo que eles supõem serem efeitos de coisas sobre sua felicidade. O princípio da utilidade, o como Bentham mais tarde o chamou, o princípio da maior felicidade, teve uma grande participação na formação das doutrinas morais mesmo daquelas que mais desdenhosamente rejeitaram sua autoridade. (tradução nossa)

Defende-se, por conseguinte, que a teoria utilitarista é boa por si mesma, já que busca ações que trazem felicidade e que coisas boas dispensam a prova de o serem, assim como a medicina, que traz saúde, sendo que não há necessidade de provar que a saúde em si é boa. Em relação ao utilitarismo, haver-se-ia um cálculo amplo abarcando todas as coisas boas em si mesmas.

Uma das principais críticas feitas ao utilitarismo é a de que se trata de uma mera busca do prazer, Mill (2001b, p. 57) busca explicar em seu livro que não se resume apenas a

isso e, ademais, não se trata de prazer em seu significado vulgar, mas um prazer amplo que uma pessoa pode sentir, veja-se:

Por felicidade entende-se o prazer, e a ausência da dor; por infelicidade, dor, e a privação do prazer. Para dar uma visão clara do padrão moral estabelecido pela teoria, muito mais precisa ser dito; em particular, que coisas estão incluídas nas ideias de dor e prazer; e até que ponto essa questão fica em aberto. Mas essas explicações suplementares não afetam a teoria da vida a qual essa teoria da moralidade é baseada – a saber, que prazer, e a ausência de dor, são as únicas coisas desejadas com fins; e que todas as coisas desejadas (que são tão numerosas no utilitarista quanto em qualquer outro esquema) são desejadas seja por causa do prazer inerente nelas próprias, ou como meios para a promoção do prazer e a prevenção da dor. (tradução nossa)

Uma das principais distinções entre Bentham e Mill é em relação ao prazer: para o primeiro, não há diferença entre os prazeres, que são medidos apenas por durabilidade e intensidade, de modo que os atos utilitários levariam em conta os prazeres individuais, não diferenciando o prazer em si. Mill, por sua vez, substancia os atos utilitários avaliando o tipo do prazer.

Para exemplificar a diferença nos prazeres, há os casos de rinhas de galo ou rodeios, que sem dúvida trazem prazer para aqueles que assistem buscando entretenimento, mas são baseados no sofrimento de animais, sendo, portanto, prazeres condenáveis e que se diferenciam bastante de prazeres proporcionados por outros tipos de entretenimento, como eventos esportivos ou artísticos.

Com efeito, Mill (2001b, p. 11) defende que não basta a proteção contra o abuso de poder do Estado, mas é necessária também a proteção contra o abuso da opinião e sentimentos predominantes da sociedade. Nessa linha, é defendido que certos prazeres são mais importantes que outros. O seguinte teste é proposto para diferenciá-los:

De dois prazeres, se houver um ao qual todos ou quase todos os que têm experiência de ambos dão uma preferência decidida, independentemente de qualquer sentimento de obrigação moral de preferi-lo, esse é o prazer mais desejável. Se um dos dois é, por aqueles que os conhecem competentemente, colocado tão acima do outro que o preferem, mesmo sabendo que é atendido com maior quantidade de descontentamento, e não o renunciariam por qualquer quantidade do outro prazer de que sua natureza é capaz, justifica-se atribuir ao gozo preferido uma superioridade em qualidade, tão superior à quantidade que o torna, em comparação, de pouca importância. (tradução nossa)

Mill (2001b, p. 27) resume ainda que boa parte das críticas ao utilitarismo se baseia nas fraquezas humanas, na qual a teoria seria usada para quebrar uma norma e, ainda, embasar uma ação errada ou desleixada. O principal problema dessa crítica, ele continua, não se consubstancia no utilitarismo, é que os humanos têm uma natureza complexa, veja-se:

Não existe sistema moral sob o qual não surja casos inequívocos de conflitos obrigacionais. Essas são as reais dificuldades, os pontos com nós tanto na teoria da ética quanto na orientação consciente da conduta pessoal. Eles são superados na prática, com maior ou menor sucesso, de acordo com o intelecto e virtude do indivíduo; mas dificilmente se pode fingir que alguém seja menos qualificado para

lidar com eles, por possuir um padrão final ao qual direitos e deveres conflitantes podem ser referidos. (tradução nossa)

Portanto, embora haja uma certa dificuldade em se identificar e delimitar os prazeres mais elevados, a fraqueza humana não pode ser base para derrubar a teoria. Ora, é fácil encontrar uma pessoa preguiça e que se sinta extremamente feliz vivendo de tal forma, mas isso não é motivo para admitir que esta é a melhor maneira de se viver.

Ao fim da obra referida, Mill (2001b, p. 59-60) reflete sobre a justiça e sua imparcialidade, defendendo o tratamento igualitário aos indivíduos baseado em suas contribuições à sociedade, observe-se:

Se é um dever fazer a cada um segundo seus merecimentos, retribuindo o bem com o bem assim como reprimindo o mal com o mal, segue-se necessariamente que nós devemos tratar todos igualmente bem (quando nenhum dever maior proíbe) aquele que merece igualmente o bem de nós, e a sociedade deve tratar todos igualmente bem quem igualmente bem merece ser tratado. Esse é o mais alto padrão abstrato de justiça social e distributivo; para o qual todas as instituições, e os esforços de todos os cidadãos virtuosos, devem ser feitos o mais possível para convergir. (tradução nossa)

2.3 Segundo John Rawls

John Rawls admite que há mais de um modo de utilitarismo, no qual novas adaptações e ideias são apresentadas ao longo do tempo. Em seu principal livro, *A Theory of Justice*, que aqui será analisado, pretende-se o estudo e crítica da teoria, ao final visando substituí-lo com uma teoria de justiça apresentada, mas não sem reconhecer a importância utilitária. Sobre o pensamento até agora abordado, Rawls (1999, p. 43-44) discorre:

Existem muitas formas de utilitarismo, e o desenvolvimento da teoria continuou em anos recentes. Eu não examinarei essas formas aqui, nem levarei em conta os numerosos refinamentos encontrados em discussões contemporâneas. Meu objetivo é elaborar uma teoria de justiça que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista em geral e, portanto, a todas as diferentes versões dele. (...) Portanto, irei comparar justiça como equidade com variantes familiares de intuicionismo, perfeccionismo e utilitarismo, visando trazer à tona as diferenças subjacentes na mais simples maneira. (...) A ideia principal é que a sociedade é ordenada corretamente, e, portanto, justa, quando suas principais instituições estão arranjadas de modo a atingir o maior saldo líquido de satisfação somado sobre todos os indivíduos que a ela pertencem. (tradução nossa)

É reconhecido que em um certo modo de se observar a sociedade, o utilitarismo pode ser o meio mais racional da justiça. É que geralmente há um cálculo de pedras e ganhos quando uma pessoa analisa os seus próprios interesses, não sendo incomum que o homem almeje o máximo possível de seus objetivos não intencionando prejudicar ninguém. Segundo o autor:

Nós devemos impor sacrifícios em nós mesmos agora pelo bem de uma maior vantagem depois. Uma pessoa age propriamente, pelo menos quando outras não são afetadas, para atingir o seu bem maior, para evoluir seus fins racionais o tanto

quanto possível. Então, por que não deveria a sociedade agir precisamente no mesmo princípio aplicado ao grupo e, portanto, considerar o que é racional para um homem também certo para uma associação de homens? (RAWLS, 1999, p. 45) (tradução nossa)

É proposto, portanto, que baseando-se nos diversos prazeres experimentados ao longo da vida, é formada a concepção de bem-estar de alguém, assim, tal lógica deveria ser aplicada para formar o bem-estar de uma sociedade, baseando-se em uma satisfação sistemática social.

Quanto mais ordenada a sociedade for, mais natural seria a facilidade em se aplicar o princípio da utilidade, de modo que as instituições forneceria mais satisfação aos seus jurisdicionados. Afinal, da mesma forma que o indivíduo pode fazer o cálculo utilitário, sopesando seus interesses, assim também o pode a sociedade, com base nos diversos interesses individuais.

É evidente que as pessoas normalmente agem em suas vidas visando o prazer, ações que muitas das vezes tem uma origem racional, na qual se sopesa o custo-benefício, buscando o modo mais benéfico de agir. Não diferentemente é a sociedade, adotando-se várias teorias jurídicas e sociais ao longo das eras, ainda que as regras sejam definidas por grupos diferentes, de um certo ponto em diante, algumas ações benéficas passam a ser adotadas, como o direito à propriedade privada e a limitação do poder estatal. É inegável a racionalidade da prática utilitarista ao considerar tal ponto.

Uma das críticas a tal tese seria a possibilidade de usá-la para fundamentar decisões não utilitárias, a exemplo de imigrações em massa. Poder-se-ia pensar que o melhor a fazer seria barrar os imigrantes, de modo a evitar a oneração estatal com os gastos fruto da imigração, que poderia prejudicar os integrantes da sociedade. Com certeza tal ação seria errada do ponto de vista moral ou dos Direitos Humanos, mas cabe ressaltar o utilitarismo deve aplicar-se a todos os humanos envolvidos na situação, e não apenas parte deles.

Acerca do utilitarismo, Rawls (1999, p. 45) continua:

Assim como um indivíduo equilibra presentes e futuros ganhos com presentes e futuras perdas, assim também a sociedade pode equilibrar satisfações e insatisfações entre diferentes indivíduos. E assim, por meio dessas reflexões, chega-se ao princípio da utilidade de uma forma natural: a sociedade é propriamente arranjada quando suas instituições maximizam o saldo líquido de satisfação. O princípio da escolha para uma associação de homens é interpretado como a extensão do princípio da escolha para um homem. Justiça social é o princípio da prudência racional aplicada a uma concepção agregativa do bem-estar do grupo. (tradução nossa)

Afirma-se, por conseguinte, que o utilitarismo é alcançado naturalmente, de modo que uma sociedade bem-organizada fornecerá o máximo possível de prazer por meio de suas instituições, utilizando seus recursos de forma otimizada.

Rawls almeja usar sua visão de justiça para expor novas ideias em relação ao utilitarismo, contrabalanceando com fundamento em uma divisão igualitária, sopesando-se com o bem-estar geral. Assim, o pensador pretende solucionar as críticas levantadas acerca do utilitarismo por meio de sua teoria de justiça, de modo a fazer considerar as diferenças entre as pessoas e dissociando-as da sociedade para garantir suas liberdades individuais.

A teoria da justiça de Rawls indaga como seriam selecionados os princípios que regem uma sociedade em uma situação inicial de igualdade. Dever-se-ia encontrar um consenso para elaborar um contrato para ordenar essa sociedade, mas a legitimidade de tal consenso poria em risco a validade do contrato, pois na sociedade há pessoas norteadas por diversas diferenças econômicas, sociais, culturais, étnicas etc., e diferentes grupos sociais tem poder de influência maiores que outros.

A questão, assim, é como levar o debate em um grau equitativo. De fato, quando há uma discussão sobre uma lei que pouco afeta uma pessoa, seu posicionamento é completamente diferente do que seria caso a lei muito lhe afetasse.

Quanto a essa problemática, Rawls propõe o “véu da ignorância”, que visa fazer com o que aquele cidadão que esteja discutindo sobre determinada lei não o faça com base em si mesmo, em suas condições, classe social etc., mas como um membro da sociedade como um todo. O que se propõe, em suma, é que o indivíduo imagine que ele poderia nascer aleatoriamente em qualquer camada da sociedade. Não seria sensato, por exemplo, aumentar exacerbadamente os impostos para os mais pobres caso houvesse o risco de você nascer nessa classe.

É defendido que se deve criar um padrão moral aplicável à vida real e não apenas de forma hipotética e para que tais valores morais sejam reconhecidos e aceitos pela sociedade, faz-se necessário que o essencial para um ser humano se desenvolver seja garantido, como saúde, alimentação, segurança, educação, cultura etc.

Apenas com tais benesses, Rawls ressalta, a sociedade estaria apta à justiça. Tem-se a teoria do bem, portanto, que almeja proteger as classes mais baixas da sociedade. Seguindo tal visão, o Estado visaria a justiça social, garantindo aos seus indivíduos uma estrutura básica.

Com efeito, ao se assegurar o básico, novos anseios surgirão, haja vista que as pessoas não têm em suas necessidades fisiológicas o fim de suas ambições, fazendo-se necessários outros estímulos, liberdades e oportunidades para seguir o seu caminho individual.

Rawls (1999, p. 398) menciona um princípio aristotélico pelo qual os indivíduos se satisfazem mais realizando atividades mais complexas, visto que exerceriam mais suas capacidades, ele resume:

A ideia intuitiva aqui é que os seres humanos têm mais prazer em fazer algo à medida que eles se tornam mais proficientes nisso, e entre duas atividades que eles fazem igualmente bem, eles preferem aquele que demanda um repertório mais intrincado e sutil de discriminações. Por exemplo, xadrez é um jogo mais complicado e sutil que damas, e álgebra é mais intrincado que aritmética elementar. Portanto, o princípio diz que alguém que pode fazer os dois geralmente prefere jogar xadrez a damas, e que ele prefere estudar álgebra que aritmética. (tradução nossa)

É cediço que em uma sociedade bem ordenada e organizada, o senso de justiça tornar-se-ia uma bem para o povo, e as pessoas racionalmente chegariam ao consenso sobre o que é justiça e o que é o bem. Rawls (1999, p. 404) aponta:

Tendo definido o bem de uma pessoa como a execução bem-sucedida de um plano racional de vida, e seus bens menores como partes dele, nós estamos em uma posição de introduzir outras definições. Nesse sentido, o conceito de bondade é aplicado a outros assuntos que tem um importante lugar na filosofia moral. Mas antes de fazer isso, devemos notar a assunção que os bens primários podem ser explicados pela teoria tênue do bem. Isto é, eu suponho que é racional querer esses bens já que eles são em geral necessários para o enquadramento e execução de um plano racional de vida. As pessoas na posição original estão supostas a aceitar essa concepção de bem e, portanto, elas tomam por garantido que elas desejam maior liberdade e oportunidade, e mais extensos meios de alcançar seus objetivos. (tradução nossa)

Com tal definição em perspectiva, é possível verificar se um indivíduo é feliz ou não, o sendo quando o seu plano de vida racionalmente planejando, levando em consideração as condições positivas asseguradas pela sociedade, é viável. Essa perspectiva positiva confere bem-estar ao ser humano, que continuará enquanto seus planos continuarem bem-sucedidos.

Rawls critica o utilitarismo no ponto de que a teoria busca a maximização do bem criando um desejo racional, e que tal criação é vaga em vários pontos. Ele, por sua vez, afirma que sua teoria de justiça não altera o que é justo ou correto. Então, enquanto no utilitarismo seria imposto regras aos outros visando o bem-estar, a equidade de Rawls impediria isso por meio do direito, permitindo que o indivíduo escolha seu plano de vida, desde que respeite a equidade. Assim ele explana:

Em uma sociedade bem ordenada, cidadãos mantêm os mesmos princípios de certo e eles tentam alcançar o mesmo julgamento em casos particulares. Esses princípios são para estabelecer um ordenamento final entre as reivindicações conflitantes que pessoas fazem entre as outras e é essencial que essa ordenação seja identificável do ponto de vista de todos, embora seja difícil na prática que todas a aceitem. (RAWLS, 1999, p. 417) (tradução nossa)

Ainda criticando o utilitarismo, Rawls (1999, p. 419) exemplifica:

Por exemplo, assumo-se que a maior parte da sociedade tenha uma aversão a certas práticas religiosas ou sexuais, e as considere como abominações. Esse sentimento é tão intenso que não é suficiente que essas práticas sejam mantidas longe da visão pública; o próprio pensamento de que essas coisas estão acontecendo já é suficiente para despertar a raiva e ódio da maioria. Mesmo quando essas atitudes são insuportáveis por motivos morais, aparenta-se não haver maneira certa de excluí-las

como irracionais. Procurar a maior satisfação do desejo pode, então, justificar duras medidas repressivas contra ações que não causam injúria social. Para defender a liberdade individual nesse caso, o utilitário deve mostrar que dadas as circunstâncias, o verdadeiro equilíbrio de vantagens no longo prazo ainda permanece no lado da liberdade; e esse argumento pode ou não ser sucedido. (tradução nossa)

Ou seja, há a possibilidade, segundo Rawls, de que o utilitarismo seja usado para coibir a liberdade individual das pessoas, caso se entendesse que isso seria o mais favorável em longo prazo. Sua teoria de justiça resolveria a questão:

Para ter uma relação contra a conduta e crença de outros, nós devemos mostrar que suas ações nos injuriam, ou que as instituições que autorizam o que eles fazem nos tratam injustamente. E isso significa que nós devemos apelar para os princípios que reconheceríamos na posição original. Contra esses princípios, nem a intensidade do sentimento, nem ele ser compartilhado pela maioria contam para nada. Na visão contratual, então, os fundamentos da liberdade são completamente separados de preferências existentes. De fato, nós podemos pensar nos princípios da justiça como um acordo para não levar em conta certos sentimentos ao avaliar a conduta de outros. (RAWLS, 1999, p. 419) (tradução nossa)

Destarte, é possível afirmar que um dos pontos sobressalentes na teoria de Rawls é o entendimento de que a justiça como equidade leva os indivíduos a interpretar e racionalizarem melhor, fundamentando mais adequadamente suas decisões e posicionamentos.

2.4 A teoria utilitarista da pena

A ideia de que a pena é um meio, e não um fim, é defendida pela teoria aqui abordada, sendo traço comum em todas as teorias utilitaristas. No Direito Penal, é possível afirmar que o utilitarismo se revela na base das penas como instrumentos para tutelar os cidadãos. Ou seja, não se pune por causa do mal que aconteceu, mas visando um bem posterior. Assim, a pena serviria para que o criminoso se arrependesse e evitasse de retornar ao crime, ao passo que também estimularia outros possíveis delinquentes a não cometerem futuros delitos.

Luigi Ferrajoli traz à tona uma ambivalência do utilitarismo jurídico, estando de um lado o objetivo da máxima segurança, visando a maior utilidade possível aos não criminosos, do outro lado, o objetivo da mínima aflição, no qual a finalidade visa limitar o Direito Penal. Assim o autor aduz:

Com efeito, podemos logicamente distinguir-lhe duas versões, dependendo do tipo de finalidade utilitária atribuída à pena e ao direito penal: uma primeira versão é aquela que equipara a finalidade à máxima utilidade possível garantida à maioria formada pelos não deviantes; uma segunda é aquela que a equivale ao mínimo sofrimento necessário a ser impingido à minoria formada por deviantes. A primeira reporta a finalidade (apenas) aos interesses da segurança social, distintos dos daqueles que suportam a pena, e, portanto, torna impossível a avaliação entre custos e benefícios. A segunda, ao invés, reporta a finalidade (também) aos interesses dos destinatários da pena, que, sem esta, poderiam sofrer males extrapenais maiores,

tornando assim possível a comparação entre estes e os meios penais adotados. (FERRAJOLI, 2002, p. 211)

Visto que à primeira importa apenas a finalidade da segurança social, os interesses dos criminosos são deixados de lado, o que possibilitaria que estes sofressem penas exacerbadas, até mesmo sem razão para tal, visando apenas proteger os não desviantes.

A segunda tem como finalidade, também, o interesse dos condenados, que justifica a pena somente se as intervenções na liberdade e direito dos indivíduos ocorrerem da mínima forma necessária para que se garanta a segurança social.

Ora, caso as garantias dos presos não fossem levadas em questão, qualquer tipo de pena a eles estaria permitido, inclusive a de morte e tortura, prática que caso fosse possível violaria uma gama de direitos fundamentais, fazendo regredir a sociedade em séculos.

Nesse esteio, Ferrajoli (2002, p. 211) afirma:

Obviamente, o utilitarismo, se concebido neste sentido, não é garantia, de modo algum, diante do arbítrio potestativo, ao passo que se a finalidade é, também, aquela do mínimo sofrimento necessário na prevenção de males futuros, justificar-se-ão somente os meios mínimos, vale dizer, o mínimo das proibições, o mínimo das penas e um mínimo de verdade judiciária, tal como se garante, segundo um esquema epistemológico já traçado, através de rígidas regras processuais.

O utilitarismo penal indica quatro finalidades preventivas que visam justificar a pena, quais sejam, a correição do réu, a neutralização de sua ameaça, a dissuasão dos outros de imitá-lo e a reafirmação da proteção dos bens jurídicos lesados. Outrossim, as penas podem ser distinguidas segundo dois critérios: em relação ao destinatário, sendo ela geral ou especial; e em relação à natureza da prestação da pena, sendo positiva ou negativa.

Combinando os dois critérios, têm-se quatro tipos possíveis de pena que se caracterizam justamente pelas quatro finalidades preventivas mencionadas. A pena de prevenção especial positiva visa corrigir o réu; a pena de prevenção especial negativa visa neutralizar o réu para que não cometa novos delitos; a pena de prevenção geral positiva visa reforçar que os cidadãos sigam as leis e respeitem a ordem; e a pena de prevenção geral negativa visa desestimular os cidadãos de cometerem crimes por meio do exemplo ou da ameaça que a pena apresenta.

Nessa toada, conclui-se que as penas são preços necessários para que não se ocorram danos maiores, e não homenagens à ética ou à religião, ou mesmo ao sentimento de vingança (FERRAJOLI, 2002, p. 210). Assim, afirma-se que caso a pena não se justifique, de modo que sua aplicação não traga benefícios à sociedade por meio dos quatro fins preventivos apresentados, não há que se falar na aplicação da pena, visto que esta seria injusta.

3 O INSTITUTO DO ERRO NA EXECUÇÃO

O erro na execução ocorre quando, como está descrito no Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa. Nesse sentido, o agente responde como se tivesse atingido quem pretendia, e não quem de fato atingiu.

Assim explica Cleber Masson (2011, p. 309):

Erro na execução é a aberração no ataque, em relação à pessoa a ser atingida pela conduta criminoso. O agente não se engana quanto à pessoa que desejava atacar, mas age de modo desastrado, errando o seu alvo e acertando pessoa diversa. Queria praticar um crime determinado, e o fez. Errou quanto à pessoa: queria atingir uma, mas acaba ofendendo outra.

Ademais, Guilherme de Souza Nucci (2017) assevera:

É o desvio no ataque, quanto à “pessoa-objeto” do crime. Em vez de atingir a pessoa visada, alcança pessoa diversa, porque a agressão esquivou-se do alvo original. Não se altera, no entanto, o nomen juris do crime (ex.: se o agente atira em A para matar, atingindo fatalmente B, termina por cometer homicídio consumado), pois a alteração da vítima não abala a natureza do fato.

Na realidade, o que se efetiva nos casos de desvio no ataque é um aproveitamento do dolo, pois o objeto visado não se altera, incidindo a mesma tipicidade básica, apenas adaptada às circunstâncias específicas da vítima virtual.

Em outras palavras, o erro na execução envolve somente pessoas, motivo pelo qual, se o agente queria matar A e termina matando B, para a configuração do tipo básico de homicídio (matar alguém) é indiferente. Logo, resta fazer a adaptação das condições e circunstâncias pessoais da pessoa desejada, e não da efetivamente atingida, como se operássemos uma troca de identidade.

Portanto, tem-se que quando ocorre o erro na execução a pretensão punitiva do Estado recairá sobre o dolo do agente quando da execução de sua conduta para realizar o delito. Ou seja, por mais que se tenha atingido pessoa diversa da pretendida, dever-se-á puni-lo como se a pessoa atingida fosse a almejada.

É compreensível que tal instituto denota um caráter preventivo da pena e não retributivo, visto que não se pretende vingar a morte do atingido, mas punir o agente com base em sua periculosidade potencial. Por exemplo, imagine-se que um criminoso, visando atingir um policial, atinge seu comparsa que estava prestes a matar o referido policial, por conta de um erro de pontaria. Ora, tal agente deverá ser punido como se o policial tivesse matado. É que esta era sua intenção e o seu dolo denota um perigo a sociedade, embora o dano não tenha sido causado por mera sorte.

Caso assim não fosse, nesta situação hipotética o delinquente não seria punido por ter agido em legítima defesa de terceiro, sendo que, claramente, esta não era sua intenção.

Nessa toada, faz-se imprescindível diferenciar o instituto do erro na execução de outros similares, para que não haja confusão entre as definições.

3.1 Erro sobre a pessoa

Quando ocorre o erro na execução, o agente pretende atingir o alvo correto e não o faz por vício mecânico, já no erro sobre a pessoa, o vício é na representação do agente sobre o alvo que se pretende atingir, quando pensando ser uma pessoa, na verdade é outra. Outrossim, no primeiro, a vítima virtual corre perigo, já que está perto da ação criminosa, já no segundo em regra não há perigo à vítima virtual, visto que esta foi confundida com a vítima real.

Nada impediria, contudo, que a vítima virtual do erro na execução estivesse fora de perigo caso o crime se pretendesse realizar por meio de um artefato explosivo erroneamente armado em um veículo distinto. Não obsta também que a vítima virtual do erro sobre a pessoa esteja em perigo caso, na realização do crime, esta esteja próxima da vítima real.

Assim determina o Código Penal (BRASIL, 1940): “O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.”

Nas palavras de Masson (2011, p. 310), se esclarece:

No erro sobre a pessoa o agente confunde a pessoa que queria atingir com pessoa diversa. Exemplo: Queria matar seu pai, mas mata seu tio, irmão gêmeo, acreditando tratar-se do seu genitor. Além disso, a vítima virtual não sofre perigo, pois a conduta é direcionada à vítima real (na confusão entre pai e tio, o primeiro sequer estava no local dos fatos, ao alcance do homicida).

Por outro lado, no erro na execução o agente não confunde a pessoa que desejava atingir com outra, mas por aberração no ataque acaba por acertar pessoa diversa. No exemplo do ponto ônibus, “A” sabia que era seu desafeto que ali estava, e o mirou, mas matou pessoa diversa que se encontrava nas proximidades. E, ainda, a vítima virtual é exposta à situação de perigo: poderia ter sido alvejada, o que somente não ocorreu por falha na pontaria.

Destarte, enquanto no erro na execução a realização do crime ocorre de maneira falha, sendo a pessoa visada não atingida por imperícia do agente ou até mesmo sorte, no erro sobre a pessoa o agente executa corretamente a ação, mas falha ao reconhecer erroneamente o seu alvo, atingindo quem não deveria. Não obstante às diferenças, em ambos os casos, o agente responde como se o crime fosse cometido contra a vítima virtual, na primeira situação, aquela que foi visada e não atingida, e na segunda, aquela com a qual a vítima de fato se confundiu.

3.2 Resultado diverso do pretendido

O Código Penal (BRASIL, 1940) dispõe assim sobre o resultado diverso do pretendido: “Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposo; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.”

O *aberratio criminis*, como chamado pela doutrina, é considerado um tipo de erro na execução, visto que, por causa de uma aberração mecânica, o resultado que se pretendia atingir com a conduta não se alcança, sendo o dano causado em bem jurídico diverso do pretendido.

Cezar Roberto Bittencourt (2012) nos explica que a punibilidade do resultado não pretendido depende de previsão culposa daquela conduta. Caso ocorra também o resultado pretendido, é aplicado o concurso formal de crimes. Desse modo, se o agente, por exemplo, arremessa uma pedra para quebrar uma vitrine e fere também o balconista, responde pelo crime de dano e por lesão corporal culposa; todavia, se arremessa a pedra para ferir um pedestre e sem querer quebra também a vitrine, somente responde por lesão corporal dolosa, já que o crime de dano não tem figura culposa, restando apenas a obrigação de indenizar na esfera cível.

Masson (2011, p. 311) adiciona:

Ao contrário do erro na execução, no resultado diverso do pretendido a relação é crime x crime. Daí o nome: resultado (crime) diverso do pretendido. Não por outro motivo, o dispositivo legal é peremptório ao dizer que essa regra se aplica “fora dos casos do artigo anterior”, isto é, nas situações que não envolvam o erro na execução relativo à pessoa x pessoa.

Assim, compreende-se que o erro na execução próprio ocorre apenas quando se pretendia atingir uma pessoa e se atinge outra pessoa, enquanto no resultado diverso do pretendido não há essa relação obrigatória entre pessoas.

3.3 Erro na execução com unidade simples

Quando o agente, na execução do crime, erra e atinge apenas um terceiro, acontece o erro na execução com unidade simples. Nessa ocasião, se responsabiliza o agente, para fins penais, como se crime fosse cometido contra a vítima que se pretendia, ainda que o dano tenha ocorrido à outra pessoa.

Rogério Greco (2017, p. 776) explica e exemplifica:

Na primeira hipótese, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, produzindo um único resultado (morte ou lesão corporal). O art. 73 do Código Penal determina, neste caso, seja aplicada a regra do erro sobre a pessoa, prevista no § 3º do art. 20 do Código Penal. Assim, se houver a produção do resultado morte em pessoa diversa, o agente responderá por um único crime de homicídio doloso consumado, como se efetivamente tivesse atingido a pessoa a quem pretendia ofender. Se queria a morte de seu pai e, por erro na execução, matar um estranho, responderá pelo delito de homicídio, aplicando-se, ainda, a circunstância agravante prevista no art. 61, II, e, primeira figura do Código Penal (ter cometido o crime contra ascendente). Se, contudo, ainda agindo com *animus necandi*, atingir terceira pessoa, causando-lhe lesões corporais, deverá o agente responder pela tentativa de homicídio.

Bittencourt (2011) complementa que ocorre a *aberratio ictus* com unidade simples (resultado único) quando o agente erra o alvo e atinge somente a pessoa não visada, matando-a. Em verdade haveria uma tentativa de homicídio contra a vítima virtual e um homicídio culposo contra a vítima real. Todavia, por conta do dispositivo em exame, é considerado apenas um homicídio doloso praticado contra a vítima virtual de modo que a tentativa fica subsumida.

é a situação descrita pelo art. 73, 1ª parte, do Código Penal, na qual o agente atinge unicamente a pessoa diversa da desejada. A vítima virtual não suporta qualquer tipo de lesão. No exemplo do ponto de ônibus, o sujeito deveria responder por tentativa de homicídio contra “B”, em concurso formal com homicídio culposo contra “C”. Mas, em consonância com a regra legal, responde de forma idêntica ao que se dá no erro sobre a pessoa. A lei “faz de conta” que a vítima real era a vítima virtual. Logo, trata-se de erro de tipo acidental e irrelevante. (MASSON, 2011, p. 310)

3.4 Erro na execução com unidade complexa

Quando, ocorrendo o erro na execução, o agente atinge além da vítima pretendida, também um terceiro que não pretendia atingir, está-se diante da modalidade complexa. O Código Penal (BRASIL, 1940), na parte final do art. 73, aduz à essa possibilidade, determinando que “No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.”

Ou seja, quando ocorre o erro na execução com unidade complexa, ocorrendo dois crimes, ou mais, ocorre o concurso formal, pelo que dispõe o CP (BRASIL, 1940) em seu art. 70:

Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Compreende-se que na unidade complexa, o agente com uma conduta pratica dois crimes, o primeiro, pretendido e o segundo, involuntário, a título de culpa.

Há, portanto, quatro possibilidades, considerando que um agente pretende matar uma vítima “A” e comete o erro na execução complexa, também acertando a vítima “B”: o agente mata as vítimas “A” e “B”, respondendo por homicídio doloso consumado, com pena aumentada de 1/6 até a metade, conforme art. 70 do CP; o agente mata a vítima “A” e fere a vítima “B”, ocorrendo a mesma situação anterior; o agente fere “A” e “B”, pelo que responderá apenas por tentativa de homicídio aumentado conforme a regra do concurso formal; e o agente fere “A” e mata “B”, ocorrendo a mesma situação dos dois primeiros casos.

Destaca-se, contudo, que é imprescindível o segundo resultado ter ocorrido por culpa, se o foi por dolo, seja direto ou eventual, serão aplicadas duas penas de dois crimes diferentes, como se esclarece:

Se houver dolo eventual no tocante às demais pessoas ofendidas, incide a regra do concurso formal impróprio ou imperfeito (sistema do cúmulo material), somando-se as penas, pois a pluralidade de resultados deriva de desígnios autônomos, ou seja, dolos diversos para a produção dos resultados naturalísticos. (MASSON, 2011, p. 311)

No mesmo sentido assevera Paulo José da Costa Júnior (1996, p. 46):

Não se poderá, pois, conceber um comportamento doloso qualquer com respeito à pessoa atingida e não visada. Em outras palavras: a pessoa diversa não poderá estar compreendida na esfera representativa ou volitiva do sujeito agente, quer porque o art. 73 não põe a seu cargo as agravantes que respeitam a individualidade do ofendido, quer porque se trata de uma divergência entre desejado e realizado devido a um acidente ou erro no uso dos meios de execução do crime. Nem mesmo o dolo, em sua forma eventual, de menor intensidade, poderá configurar-se com atinência à pessoa diversa. Qualquer forma de dolo é incompatível com as hipóteses previstas pelo art. 73, escapando ao âmbito da aberratio ictus.

Depreende-se, assim, que o Direito Penal, nessa situação, não pretende ratificar a conduta do agente que assume a possibilidade de matar a vítima não visada, de modo que ao fazê-lo, não será beneficiado com o instituto do erro na execução, mas responderá com a soma das penas, conforme a regra do concurso formal de crimes imperfeito.

3.5 Teoria da equivalência

Quando se fala em erro na execução, duas principais teorias, em nível mundial são utilizadas para que se chegue à uma pena. No Brasil, o Código Penal de 1940 adotou a teoria da equivalência, já abordada acima. Nela, segundo Claus Roxin (2006), considera-se que o dolo só abarca o resultado tipificado, nos elementos determinantes da sua espécie. Por exemplo, considere-se que “A” quer matar “B”, mas erra a execução e mata “C”, nesse caso, a teoria da equivalência entende há dolo apenas no resultado típico, de modo que nesta situação haveria apenas um homicídio doloso consumado.

Críticas são tecidas à teoria por parte da doutrina, à exemplo de Paulo Queiroz (2014, p. 279), que usa um caso real para ilustrar a problemática, no qual uma esposa decidiu matar o marido por estar sofrendo maus-tratos e para isso, envenenou sua comida que levaria para o almoço. Por um infortúnio, o marido não teve trabalho no dia e deu a marmita aos dois filhos do casal, que morreram.

A esposa, portanto, foi acusada de homicídio qualificado consumado, com agravante por ter cometido contra o cônjuge, baseando-se na teoria da equivalência, por conta do erro na execução, ainda que o marido estivesse vivo, e as vítimas reais tenham sido seus filhos.

Segundo Queiroz (2014, p. 280), a teoria apresenta resquícios de um direito penal do autor, não importando a ela, ou pouco importando, o que de fato foi praticado pelo autor, mas o que se pensou ou pretendeu praticar. Para o autor, o Código Penal ignora a realidade e faz prevalecer uma ficção. Entende, assim, que a pena mais adequada seria a de homicídio culposo em relação aos filhos e de tentativa de homicídio doloso qualificado contra o marido, de modo que, em relação aos filhos, poder-se-ia conceder o perdão judicial.

Esmiuçando a problemática, é possível destacar-se ainda outra situação incoerente. Supondo-se no caso real apresentado, no qual a mãe foi punida pelo homicídio do marido – este que continuou vivo – meses após o fato, a esposa decide intentar novamente o crime de homicídio sendo desta vez bem-sucedida, neste caso, a rigor, salienta Queiroz (2014, p. 282), não haveria crime, sob pena de ocorrer *bis in idem*, afinal a esposa já fora punida pela morte do marido.

O que se extrai desta celeuma é a necessidade de uma interpretação hermenêutica e proporcional dos casos, dando-se menos importância ao texto e mais ao contexto, para que se evite aplicações de penas desproporcionais e injustas.

3.6 Teoria da concretização

A segunda principal teoria a respeito do erro na execução é a teoria da concretização. Nela, quando “A” quer matar “B”, mas mata “C”, por *aberratio ictus*, “A” responde pelos crimes que de fato cometeu. Ou seja, responderia por tentativa de homicídio e homicídio culposo.

Como bem assevera Roxin (2006), nesta teoria a concretização pressupõe o dolo em relação a o objeto pretendido e por atingir objeto diverso, para com este, não há dolo.

Nesse sentido, em comparação às penalidades dos quatro possíveis resultados previamente expostos para o caso de “A” cometer erro na execução ao tentar matar “B” e acertar “C”, em relação à teoria da equivalência, aqui na teoria da concretização são os seguintes: “A” mata “B” e “C”, respondendo por homicídio doloso consumado e homicídio culposo consumado; “A” mata “B” e fere “C”, respondendo por homicídio doloso consumado e lesão corporal culposa; “A” fere “B” e mata “C”, respondendo por tentativa de homicídio e homicídio culposo consumado; e “A” fere “B” e fere “C”, respondendo por tentativa de homicídio e lesão corporal culposa.

Depreende-se, portanto, que na teoria da concretização as possíveis responsabilizações são mais diversas e possivelmente se adequariam melhor à culpabilidade do agente, visto que como se observou anteriormente nas possibilidades da teoria da equivalência, dentre os quatro casos, três tiveram responsabilizações iguais. Todavia, como exposto ao início, a teoria da equivalência visa punir o agente com base em seu dolo e seu potencial de causar danos, já a teoria da concretização visa punir o agente com base no dano efetivamente causado.

No mais, é possível perceber pelo menos uma situação na qual o resultado da responsabilização seria o mesmo para ambas as teorias. Veja-se, por exemplo, que “A”, sofrendo graves agressões de “B”, o tenta matar em legítima defesa, mas erra e mata tanto “B” quanto “C”. À luz da teoria da equivalência adotada no Brasil pelo CP, ocorrer-se-ia um concurso formal de modo que a morte de “B” seria penalmente desconsiderada e a de “C” ensejaria em uma pena por homicídio culposo. Caso utilize-se a teoria da concretização, diferente não seria, haja vista que, respondendo pelos danos causados, também responderia apenas pelo homicídio culposo.

Em vista de tentar melhor comparar ambas as teorias, far-se-á a comparação das penas máximas para cada possibilidade de cada teoria.

Na situação “A” mata “B” e “C”, pela teoria da equivalência, a pena máxima seria de 30 anos, desconsiderando possíveis qualificadoras, haja vista a pena de 20 anos do art. 121 do CP somado ao aumento pela metade do art. 70 do mesmo código. Já na teoria da concretização, a pena máxima seria de 23 anos, ao se somar as penas máximas de homicídio doloso consumado e homicídio culposo consumado.

No caso “A” mata “B” e fere “C”, na teoria da equivalência, a pena máxima seria também de trinta anos, pelo mesmo motivo da situação anterior. Já na segunda teoria, a pena máxima seria de 21 anos, somando-se a pena máxima de homicídio doloso consumado com a pena máxima de lesão corporal culposa, do art. 129, § 6º do CP.

Na ocasião de “A” fere “B” e mata “C”, igual é a pena máxima de 30 anos para a teoria da equivalência. À teoria da concretização, a pena máxima correta seria de pouco mais que 16 anos, levando-se em consideração a pena de homicídio doloso tentado, combinando-se os art. 121 e 14, parágrafo único do CP, somado à pena de homicídio culposo consumado.

Quando o resultado é “A” fere “B” e “C”, à teoria da equivalência a pena máxima seria de 20 anos, haja vista a pena máxima da tentativa de homicídio aumentada no máximo pela disposição do concurso formal. Já na teoria da concretização, a pena seria de pouco mais que 14 anos, somando-se a pena de homicídio tentado e lesão corporal culposa.

Da comparação acima, depreende-se claramente que, pelo menos em relação à pena máxima, a teoria da concretização se adequa melhor à realidade fática do crime, variando mais conforme as modalidades e sendo mais benéfica ao réu. Para sanar a dúvida se a mesma constatação se mantém em relação à pena mínima, veja-se abaixo a comparação.

Quando “A” mata “B” e “C”, para a teoria da equivalência, a pena mínima é de 7 anos, notadamente, a pena de 6 anos do homicídio aumentada em um sexto pela regra do concurso formal. Na teoria da concretização, a pena mínima é também de 7 anos, sendo 6 anos do homicídio doloso e 1 ano do homicídio culposo.

Quando “A” mata “B” e fere “C”, a pena mínima é igual a situação anterior para a teoria da equivalência. Para a teoria da concretização, a pena é de 6 anos e 2 meses, sendo a pena do homicídio somada à da lesão corporal culposa.

Quando “A” fere “B” e mata “C”, mesma é a pena de 7 anos para a teoria da equivalência. Para a outra teoria, a pena mínima é de 5 anos, sendo a pena mínima do homicídio doloso, com a redução máxima atribuída pela regra da tentativa, somada à pena mínima do homicídio culposo.

Quando “A” fere “B” e fere “C”, para a teoria da equivalência, a pena mínima é de poucos mais que 4 anos e 6 meses, sendo a pena mínima da tentativa de homicídio aumentada minimamente pela regra do concurso formal. Para a teoria da concretização, 4 anos e 2 meses seria a pena mínima, somando-se a tentativa de homicídio à lesão corporal culposa.

Daí, percebe-se que tanto nas penas máximas, quanto nas penas mínimas, a teoria da concretização se mostra mais favorável ao réu e apresenta uma gama maior de penas máximas e mínimas, o que se faz entender que se adequa melhor às diversas situações possíveis abarcadas pelo Direito Penal.

Com efeito, a comparação entre as teorias, em relação às penas, lembra bastante a comparação entre as regras de concurso formal e concurso material. No primeiro, ao agente

cometer dois crimes por uma ação só, ele é punido pela pena mais grave aumentada. No segundo, quando o agente comete dois crimes com mais de uma ação, ou com desígnios autônomos, as penas são somadas.

Todavia, o Código Penal (BRASIL, 1940), visando o benefício do réu, determina se caso o concurso formal (art. 70), ao ser aplicado, resulte em uma pena maior que caso fosse aplicado o concurso material (art. 69), este é que deveria aplicar-se. Isto é o que se entende pela regra do concurso material benéfico, veja-se o dispositivo presente no art. 70, parágrafo único: “Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.”

O mesmo não ocorre, contudo, quando há erro na execução, de modo que tal instituto torna a pena mais grave ao réu.

3.7 Erro na execução e legítima defesa

Como é sabido, quando ocorre o erro na execução, o agente responde como se tivesse atingido a vítima virtual, que pretendia atingir, e não a vítima real, que de fato atingiu. Nesse sentido, caso o agente pretenda matar a vítima virtual em legítima defesa e mate a vítima que nada tinha com a situação, ainda assim o agente não será punido, considerando-se para a conduta cometida a causa justificativa da conduta que se pretendia cometer. No mesmo sentido entende a doutrina:

Pode ocorrer *aberratio ictus* numa causa justificativa, como, por exemplo, no exercício da legítima defesa. O agente, ao repelir injusta agressão de outrem, atinge um terceiro inocente por mero acidente ou erro no uso dos meios de execução. Nem por isso deixa a justificativa de ser admissível, se comprovada, uma vez que quem age em legítima defesa pratica um ato lícito. No erro da execução do fato típico, aliás, manda o dispositivo que o agente responda como se o estivesse praticando contra a pessoa que pretendia atingir, que, no caso, é o autor de uma agressão injusta. (MIRABETTE; FABBRINI, 2019, p. 322)

Assim também entende Greco (2017, p. 358):

Pode ocorrer que determinado agente, almejando repelir agressão injusta, agindo com *animus defendendi*, acabe ferindo outra pessoa que não o seu agressor, ou mesmo a ambos (agressor e terceira pessoa). Nesse caso, embora tenha sido ferida ou mesmo morta outra pessoa que não o seu agressor, o resultado advindo da aberração no ataque (*aberratio ictus*) estará também amparado pela causa de justificação de legítima defesa, não podendo, outrossim, por ele responder criminalmente.

A responsabilização do autor estaria restrita somente ao âmbito cível, se provada a sua culpa. Caso contrário, não haveria nada a se indenizar, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 152030/DF:

RESPONSABILIDADE CIVIL. LEGÍTIMA DEFESA. “ABERRATIO ICTUS”. O AGENTE QUE, ESTANDO EM SITUAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA, CAUSA OFENSA A TERCEIRO, POR ERRO NA EXECUÇÃO, RESPONDE PELA INDENIZAÇÃO DO DANO, SE PROVADA NO JUÍZO CIVEL A SUA CULPA.

NEGADO ESSE FATO PELA INSTANCIA ORDINARIA, DESCABE
CONDENAR O REU A INDENIZAR O DANO SOFRIDO PELA VITIMA. ARTS.
1.540 E 159 DO CC. RECURSO NÃO CONHECIDO.

Claus Roxin (2006), por seu turno, entende que para que haja legítima defesa, dois princípios devem ser respeitados, sendo o princípio da proteção individual e o princípio da afirmação do Direito. Assim, para o autor, seria desejável que a ordem legal se afirmasse frente às agressões à bens jurídicos individuais não protegidos pelo Estado. De tal modo, a ideia reitora do direito à legítima defesa seria a de prevenção geral, realizada pela sociedade, que estaria afirmando o Direito normatizado.

Nesse esteio, fica claro que, no entendimento de Roxin, não haveria de se falar em legítima defesa quando há um homicídio por erro na execução. Ora, nem houve proteção individual, já que o agressor inicial não fora atingido, tampouco houve afirmação do Direito, visto que ocorreu a negação do direito à vida de um terceiro inocente.

Ademais, afirma o autor que as causas de justificação concedem um direito de intromissão, de modo que o afetado – o terceiro inocente – haveria de renunciar de sua legítima defesa contra a atuação do legitimado, haja vista que a atuação do agente não seria uma injusta agressão. Ou seja, caso o terceiro, visando se defender do agente em erro na execução, o matasse, estaria praticando um crime.

3.7.1 A inexigibilidade de conduta diversa

Visando solucionar a problemática acima apresentada, sugere-se que em vez de se aplicar a legítima defesa quando ocorra erro na execução, seja aplicada a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.

Esta é a causa de excludente de culpabilidade que deriva de um dos requisitos da culpabilidade, qual seja, a exigibilidade de conduta diversa. Entende-se, nessa toada, que para haver a ocorrência de um crime, o agente tenha a possibilidade de agir de maneira diferente, de modo a não cometer o delito. Sendo assim, caso ele não esteja possibilitado de agir de outra maneira, senão a delituosa, sua culpabilidade estaria excluída, ainda que tivesse agido com dolo.

Assim assevera Masson (2011, p. 485):

A exigibilidade de conduta diversa é o elemento da culpabilidade consistente na expectativa da sociedade acerca da prática de uma conduta diversa daquela que foi deliberadamente adotada pelo autor de um fato típico e ilícito. Em síntese, é necessário tenha o crime sido cometido em circunstâncias normais, isto é, o agente podia comportar-se em conformidade com o Direito, mas preferiu violar a lei penal.

No mais, importante é a lição de Francisco de Assis Toledo (2007, p. 328):

A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.

Dessa fala, extrai-se a possibilidade de causas supraleais de excludente de culpabilidade. É que as legais estão dispostas no art. 22 do CP (BRASIL, 1940): “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”

Portanto, entendendo serem poucas as possibilidades de exclusão de culpabilidade dispostas na lei, outras podem ser formuladas. Vejamos o exemplo de Masson (2011, p. 487):

Exemplificativamente, a mãe viúva que deixa em casa, sozinho, o filho de pouca idade para trabalhar, pois não tem pessoas de confiança para cuidar do mesmo e não pode contar com o serviço público de creche – que se encontra em greve –, sabe que a criança fatalmente subirá em móveis, abrirá armários e praticará outras atividades perigosas, sendo previsível que, em virtude da sua ausência, venha a se machucar. Ainda que se fira gravemente, não deverá a mãe ser responsabilizada pela lesão corporal culposa, em face da inexigibilidade de conduta diversa. Com efeito, seria inadequado impor a ela comportamento diverso, pois em tal caso poderiam faltar os recursos mínimos necessários para o sustento e a sobrevivência própria e de sua prole.

Tal conclusão também é apresentada pelo STJ (2001):

A exigibilidade de conduta diversa, apesar de apresentar muita polêmica, é, no entendimento predominante, elemento da culpabilidade. Por via de consequência, sem adentrar na questão dos seus limites, a tese da inexigibilidade de conduta diversa pode ser apresentada como causa de exclusão da culpabilidade.

Portanto, diante do apresentado, entende-se pela possibilidade de aplicação da excludente supralegal de exclusão da culpabilidade nos casos em que o agente, visando se defender de injusta agressão, atinja terceiro inocente. Ora, seria inexigível que o autor não tentasse se defender, assim como também seria inexigível que ele acertasse o agressor. Como é sabido, em momentos de elevado estresse, quando sua vida está em risco, sua pontaria é prejudicada de modo que se reputa facilmente que ocorram erros.

Nesse aspecto, entende-se que a excludente de culpabilidade é mais bem aplicada do que a excludente de ilicitude porque aquela não garante um direito de intromissão, diferente desta. Assim, o agente em erro, ao agredir terceiro inocente, legitimaria este a também se defender sem que cometa um crime.

Ademais, não estar-se-ia desrespeitando os requisitos de proteção individual e afirmação do Direito para que haja legítima defesa.

4 A CRISE POLICIAL COM REFÊNS

A Polícia advém da necessidade de o Estado estabelecer limites ao pleno exercício da cidadania. Compete, portanto, ao cidadão a possibilidade de exercitar de forma efetiva o seu direito de ir e vir, ficando, no entanto, tal direito limitado aos regramentos estatais, que são assegurados pelo exercício do poder de polícia, sob o viés eminentemente administrativo, ou então na execução de atividades repressivas ou ostensivas, na atividade policial propriamente dita. Portanto, a atividade de polícia repressiva ou administrativa tem por desiderato limitar os direitos exercidos pelos cidadãos aos regramentos estatais.

Pode-se, então, dividir a atividade policial em duas classes, quais sejam, a polícia de segurança e a polícia administrativa, entendendo-se a primeira como aquela que tem por objetivo defender imediatamente os direitos dos indivíduos e do Estado, sendo a de natureza administrativa considerada a polícia que protege precipuamente a boa ordem da coisa administrativa, dividindo-se, por conseguinte, a polícia administrativa em tantos ramos quantos sejam os que são admitidos como sustentáculos da administração pública (CRETELLA JUNIOR, 1986, p. 7).

A polícia exerce o papel relevante de exteriorizar, através de seus agentes, a atuação do Estado, limitando, por exemplo, através de seu poder, a atuação indiscriminada na sociedade, originando, assim, o poder de polícia. Sem a sua existência, os cidadãos ficariam livres para praticar os seus atos indiscriminadamente pelo uso da força, retornando à origem da consolidação social, quando se predominava a autotutela, consubstanciada pela inexistência de um julgador equidistante das partes e pelo poder do mais forte ou do mais astuto.

Eis que o seu papel fundamental de regular ou até mesmo limitar a atuação do cidadão tenta imprimir o respeito ao direito de outrem, trazendo benefícios de extrema relevância à atuação estatal, na medida em que faz a força impositiva do Estado estar presente e atuar para garantir equilíbrio nas relações sociais.

Com efeito, é de natureza do próprio conceito e da concepção da polícia repressiva e não administrativa a ideia do controle social, relacionada muitas vezes ao combate direto à prática criminosa.

No Brasil, por conseguinte, a polícia repressiva faz-se presente mediante a existência de alguns órgãos policiais e agentes, previamente instituídos constitucionalmente, com campo de atuação e atividade também definidos legalmente, imbuídos de praticar a atividade policial de acordo com o que prevê a Lei.

O combate ao crime impera do poder estatal a aplicação de medidas específicas para combater amplamente as causas e consequências impostas à sociedade pelas ações delituosas. Nesse sentido, se encaixa a doutrina de gerenciamento de crises, que, por meio de intercâmbio com o *Federal Bureau of Investigation*, foi trazido ao Brasil, para ser estudada e aplicada para solucionar situações críticas.

Doria Junior e Fahning (2008) trazem o conceito de crise:

A crise, no contexto policial, pode ser descrita como como evento crítico ou decisivo. No segmento policial, pode-se descrever como uma “situação grave em que os fatos da vida em sociedade, rompendo modelos tradicionais, perturbam a organização de alguns ou de todos os grupos integrados na coletividade”.

Também pode ser definida como “qualquer mudança brusca ou alteração importante no desenvolvimento de qualquer evento ou acontecimento, no que condicionamos chamar de normalidade” (ZAUPA; ROSA, 2015) ou ainda:

Episódio grave, desgastante, conflituoso, de elevado risco, em que a perturbação da ordem social venha a ameaçar ou a causar danos a indivíduos ou a grupos integrados na coletividade, exigindo, para tanto, atuação célere e racional dos organismos policiais. (ZAUPA; ROSA, 2015).

Todavia, o conceito mais aceito pelas polícias mundo afora é a estabelecida pelo FBI, pelo qual “Crise é um evento ou situação crucial, que exige uma resposta especial da polícia, a fim de assegurar uma solução aceitável” (GRECO, 2020, p. 182).

Nesse esteio, Gilmar Luciano Santo (2010, p. 20-21) diferencia as ocorrências de alta complexidade das convencionais. Aquelas: são imprevisíveis, pois não fazem parte do cotidiano; ameaçam diretamente a vida, estando presente o risco real e direto durante toda a ocorrência; fazem necessária um postura organizacional não rotineira e flexibilidade gerencial, haja vista a imprevisibilidade da ocorrência, tendo os policiais que reagirem de acordo com diversas variáveis; acarretam alta pressão psicológica, tanto aos envolvidos quanto à sociedade; fazem necessária uma articulação rápida com agilidade na implementação de resposta por parte do responsáveis pelo gerenciamento, de modo que não basta uma resposta rápida, mas deve ser adequada à necessidade da demanda; trazem a participação da mídia, que por vezes são sensacionalistas e visam chamar a atenção do público; fazem ocorrer conflitos de competência, entre a PM e a PC, por exemplo; desestabilizam a segurança subjetiva, mitigando o sentimento da sociedade por conta de sua participação através da mídia.

Assim, imperioso afirmar que somente deverá haver atuação direta no gerenciamento da crise pelos órgãos policiais. Apenas estes têm o devido treinamento, responsabilidade e obrigação para com esta demanda, conforme disposição legal. Nesse sentido, não há que se falar na atuação de familiares, psicólogos, religiosos etc. Podendo ser utilizados, contudo, de forma indireta, ajudando a polícia.

4.1 Gerenciamento de crise

De acordo com Wanderley Mascarenhas de Souza (1995, p. 121), “Gerenciamento de Crise é o processo de identificar, obter e aplicar os recursos necessários à antecipação, prevenção e resolução de uma crise”. Assim, tal ciência, em um curto tempo, busca cuidar de crises de ordem pública extremamente complexas, tendo como objetivo precípua a preservação da vida e, por conseguinte, a aplicação da lei.

Vale ressaltar, no entanto, que a preservação à vida está acima da aplicação da lei, o que se exemplifica quando há uma fuga negociada, ocasião em que se deixa o sequestrador fugir para que o refém seja liberto.

Assim, na hora do gerenciamento da crise, as decisões pautar-se-ão nos principais objetivos da doutrina, salvaguardar a vida tanto da vítima, quanto dos policiais, público e até mesmo a do sequestrador, se possível. Em pó, proceder-se-á a prisão do agente, assegurando seus direitos e garantias e protegendo os bens ameaçados (SANTOS, 2010, p. 30).

4.1.1 Teatro de operações

Dando continuidade, o perímetro do local de crise, mais conhecido como teatro de operações, é a área ao entorno de onde a crise está ocorrendo. Doutrinariamente, entende que três posturas devem ser adotadas de pronto na ocorrência da crise: conter, isolar a área e negociar. Assim ensina Greco (2020, p. 183-184):

Conter a crise tem o significado de evitar que ela se espalhe para outros lugares, trazendo riscos a mais pessoas, bem como evitando a fuga dos causadores da situação crítica, a invasão de “curiosos” no local, o que é muito comum nesses casos. Com essa contenção, os agentes ficam impossibilitados ou, pelo menos, encontram mais dificuldades em ampliar o número de reféns, de fugir do local, de conquistar posições mais seguras, de ter acesso a recursos que facilitem ou ampliem seu potencial ofensivo etc.

Isolar tem o sentido de ilhar, isto é, fazer com que os agentes, chamados também de perpetradores da crise, ou mesmo os reféns, tenham qualquer contato com o mundo exterior ao local do isolamento. É claro que, hoje em dia, com o uso de telefones celulares, esse isolamento ficou complicado. Embora, por exemplo, possa ser cortada a energia elétrica, impedindo que haja recarga nas baterias dos telefones celulares que se encontram no ponto crítico, ou seja, no local onde a crise foi instalada, dependendo do tempo de duração da crise, será quase que impossível o total isolamento. De qualquer forma, é um padrão a ser adotado, a fim de que os agentes tenham somente a polícia como o único contato externo, pelo menos inicialmente.

A partir do isolamento, dever-se-á adotar outras medidas necessárias, seja acionar o apoio dos bombeiros, de ambulâncias, de grupos de ações táticas etc., bem como estabelecer

o posto de comando, entrevistar pessoas que escaparam do local para se obter informações, delimitar perímetros. Visa-se, aí, impedir o contato do perpetrador da crise com o mundo exterior do teatro de operações, assim como iniciar as negociações.

O teatro, por sua vez, deverá ser organizado, o que demonstrará à mídia e ao público a competência e profissionalismo da polícia. Portanto, apenas policiais deverão participar, para que se limite o acesso das comunicações dos protagonistas do evento com o resto do público.

Assim, o perímetro divide-se em três áreas de isolamento, que a elas tem atribuídas cores, o perímetro vermelho, amarelo e verde.

Na área vermelha ou perímetro imediato (SANTOS, 2010), devem estar apenas o sequestrador, os reféns e os negociadores. É a área mais crítica do perímetro isolado. Portanto, apenas deve nela permanecer quem é fundamental para a conclusão da crise, apenas com a permissão do comandante da crise.

No perímetro amarelo ou mediato, instalar-se-á o comandante do teatro de operações e todos os seus auxiliares. (ZAUPA; ROSA, 2015)

No perímetro verde, ou perímetro externo, ficam as pessoas menos importantes para a resolução da crise, mas que ainda têm alguma relevância, como familiares e a imprensa. Ressalta-se que o público, que nada tem a acrescentar na resolução do conflito, não deve estar em nenhum desses perímetros.

Ademais, Greco (2020, p. 186) aduz o seguinte acerca da negociação:

Existem dois tipos de negociação. A primeira delas, chamada negociação técnica, tem por finalidade resolver a crise de forma pacífica, conversada, com a entrega dos reféns e das vítimas, bem como a prisão do causador, assegurando-lhe a vida e a integridade física, com respeito aos direitos humanos. A segunda modalidade de negociação é conhecida como tática. Aqui, ao contrário da primeira, o negociador auxilia o atirador de precisão para que leve a efeito o tiro de comprometimento, ou mesmo o grupo tático, fazendo com que a entrada no local seja a mais segura para os reféns ou vítimas, e ainda para os policiais que farão a incursão no local no qual foi instalada a crise.

É fundamental frisar que somente haverá a negociação tática quando todos os recursos relativos a negociação técnica tiverem se esgotado, ou seja, quando o negociador, de acordo com sua avaliação e experiências, concluir que a negociação técnica não está evoluindo e que essa falta de evolução colocará em risco as pessoas tomadas como reféns pelo perpetrador da crise.

4.1.2 Gerente da crise

O gerente da crise, a saber, o comandante do teatro de operações, dará as ordens visando a preservação das vidas e uma solução aceitável da crise. Portanto, “qualquer ação desenvolvida no âmbito do teatro de operações dependerá da anuência expressa desse policial,

que passa a ser a mais alta autoridade na área em torno do ponto crítico” (DE SOUZA, 1995, p. 53).

Ele é quem autorizará o atirador de precisão (*sniper*) a efetuar o disparo letal para neutralizar o sequestrador. Todas as questões que ocorrem do perímetro crítico passam pelo seu crivo. O comandante tem quatro funções principais durante a resolução da crise: planejar, coordenar, organizar e gerenciar. Cada detalhe do teatro deverá ser planejado pelo gerente; este deverá ter uma visão geral do comando da operação por meio de uma boa coordenação; deverá organizar os policiais delegando funções e evitando grupos que não sabem o que fazer; e gerenciar os policiais e não executar suas ações, ou seja, jamais atuar no papel de seus subordinados (SANTOS, 2011).

4.1.3 Alternativas táticas

Segundo a doutrina, quatro são as alternativas táticas para que se resolva uma crise policial: a negociação, o uso de armas não letais, o tiro de comprometimento e a invasão tática, que podem ser utilizadas isolada ou separadamente.

A primeira é considerada como a principal das alternativas táticas, já que, na grande maioria das ocorrências o perpetrador da crise tomou o refém de maneira ocasional, isto é, de maneira improvisada ao decorrer da atividade criminosa, principalmente por conta de uma fuga frustrada, utilizando o inocente como um escudo contra a polícia. Considerando que tal ação foi tomada pelo transgressor por conta do receio deste de perder a sua vida, uma deve-se deixar claro a ele que não será morto, mas, todavia, preso (LUCCA, 2018).

Nesse sentido, para que a negociação seja bem-sucedida, deve-se levar o criminoso a um estado de calma, criando-se uma relação de confiança entre ele e o negociador, visando convencer que a melhor solução é se entregar para que sua vida e sua integridade física permaneçam incólumes.

Há, ainda, dois tipos de negociação, a real e a tática. A primeira visa um fim pacífico, a segunda, visa auxiliar o uso da força para que ocorram menos baixas. Renato Vaz (2001) explica:

A Negociação Real é o processo de convencimento de rendição dos criminosos por meios pacíficos, trabalhando a Equipe de Negociação com técnicas de psicologia, barganha ou atendimento de reivindicações razoáveis.

A Negociação Tática é o processo de coleta e análise de informações para suprir as demais alternativas táticas, caso sejam necessários os seus empregos, ou mesmo para preparar o ambiente, reféns e criminosos para este emprego. Neste trabalho, deverão ser empregados recursos eletrônicos e tecnológicos diversos.

Durante a tomada da Embaixada do Japão em Lima, no Peru (1997), por guerrilheiros do grupo Tupac Amaru, microcâmeras e escutas eletrônicas foram introduzidas na residência pelo Serviço de Inteligência do Exército, a fim de identificar quem eram e onde estavam os guerrilheiros e os reféns, suprindo a Força de Assalto de dados para o planejamento e posterior invasão da Embaixada.

Em uma ocorrência com reféns na cidade de Osasco (SP), em 1994, ao ser decidido o emprego de Sniper e Assalto, o negociador do GATE passou a manter uma negociação tática com o criminoso, fazendo-o se afastar o máximo possível da refém, permitindo um tiro de comprometimento seguro.

Roberto Costa (2000, p. 57-58), por seu turno, explica a importância da negociação tática, bem como o uso em conjunto do negociador e do grupo tático:

[...] a negociação é quase tudo no gerenciamento de crises, dada a primazia, não deve ser confiada a qualquer um. De lá ficará encarregado um policial com treinamento específico, denominado negociador. O policial terá um papel de suma responsabilidade no processo de gerenciamento de crises, sendo muitas as atribuições. Servirá também, de intermediário entre os causadores do evento crítico e o comandante da “cena de ação” (termo utilizado pela Polícia especializada nos gerenciamentos de crise). A figura do negociador está atrelada às ações do grupo tático, dada a possibilidade de evolução crítica do evento. Se porventura houver a decisão do uso de força letal, não devem ser afastados os negociadores, mas sim utilizar todos os recursos no sentido de apoiar uma ação tática coordenada. Terá o negociador um papel tático de suma importância no curso da crise, que poderá ser desempenhado de três maneiras: 1. através da coleta de informações, durante as negociações 2. através da utilização de técnicas de negociação que otimizem a efetividade do risco de uma ação tática; e 3. pelo uso de técnicas de negociação específicas, como parte de uma ação tática coordenada.

Portanto, considerando que a negociação é a única das alternativas que pode encerrar a crise sem violência, ou ainda, ajudar para que a violência ocorra de maneira mais controlada, é precípuo o seu uso no gerenciamento de uma situação crítica, de modo que a evolução para as outras alternativas só ocorrerá quando esta não for possível.

A segunda alternativa, que impõe o emprego de técnicas não letais, consiste na aplicação de uma força comedida, que ao incapacitar o agressor, não o mate. Diógenes Lucca (2018, p. 79) assim aduz:

[...] é importante ressaltar que os termos conhecidos como armas não-letais ou agentes não-letais não representam o material em si, mas a técnica de como ele é empregado, não se podendo admitir a impossibilidade de alguém ser morto por uma arma não-letal, por incidentes relativos a uso indevido, motivados por problema de desconhecimento, descontrole e falta de treinamento.

Diversas são as armas não letais, podendo-se citar o exemplo do taser, luz para ofuscar, espuma aderente, bomba de fodor, droga para induzir ao sono, rede para enlaçar, munição não letal, tecnologia acústica, defesa pessoal etc.

Nesse esteio, visto que a finalidade dessa tática é apenas incapacitar o bandido, mas não o matar, ela é preferível, se possível, em relação às duas táticas seguintes, mas não em relação à primeira, já que está pressupõe a violência, ainda que em reduzidíssimo grau.

A terceira alternativa tática, sendo a que mais interessa o presente trabalho, é o tiro de comprometimento, constituindo-se no emprego de um atirador de elite para efetuar um

disparo letal e cessar a ameaça do sequestrador, neutralizando-o e fazendo o refém ser resgatado sem danos.

Assim, o *sniper* comumente posiciona-se para que consiga ter uma visão panorâmica do ponto onde a ação está acontecendo, mantendo contato direto com o gerente da crise. Sua atuação é constante, pois durante as negociações, o agressor deve estar sob a mira do atirador a todo momento, visto que a intervenção letal pode ser necessária rapidamente (LUCCA, 2018).

Ademais, o atirador e seu equipamento também são um importante meio de obtenção de informações, já que a luneta de sua arma garante uma aproximação de visão que se permite observar preciosos detalhes da crise, que podem ser úteis ao negociador e à resolução da situação de modo geral. Exemplos são a percepção de uma tatuagem, do uso de coletes balísticos, de sinais de tensão ou uso de drogas etc. (LUCCA, 2018).

Importante parceiro do *sniper*, e seu eventual substituto, é o observador, que faz a segurança do atirador, ajuda a observar o cenário e na comunicação, anotando observações, conferindo distâncias e ajudando o *sniper* com outras necessidades.

Diógenes Lucca (2018, p. 103) explica atuação do *sniper*:

Ao chegar a um local de ocorrência com refém, o atirador de elite e seu observador, mediante autorização do comandante da equipe tática ao qual está subordinado, irá buscar um local apropriado para posicionar-se. Em um primeiro momento, a função do *sniper* é a de colher outras informações que porventura não tenham sido captadas até o momento.

As informações captadas pelo atirador de elite serão passadas ao comandante da equipe tática e se resumem em dois aspectos principais: o primeiro consiste na coleta de informações que possam nortear o trabalho do negociador e o segundo é a verificação da possibilidade de emprego da alternativa tática tiro de comprometimento.

O atirador de elite só atua mediante autorização. Isso deve ser entendido no que diz respeito somente ao seu posicionamento e também quando de ordens expressas que lhe autorizem o emprego do armamento, quer preservando a vida do criminoso, quer atuando para a eliminação total do risco.

É fundamental ratificar que é de total responsabilidade do atirador a escolha do momento para executar o tiro. Nesse momento, sua convicção de que atingirá o objetivo proposto deve ser absoluta, muito embora saibamos das possibilidades de erro.

Ou seja, para que o atirador efetue seu disparo, faz-se imprescindível a autorização do gerente da crise. Todavia, o *sniper* é quem decidirá quando atirar, com base em suas habilidades, se responsabilizando pelos eventuais resultados.

A *ultima ratio* das alternativas táticas é a invasão tática, assim o é pelo elevado grau de risco que impõe aos policiais e reféns. Pode ser utilizada em conjunto com o tiro de comprometimento, de modo que a equipe adentre ao recinto da crise para resgatar e socorrer as vítimas, isso garante que, caso o disparo não seja certo, a equipe neutralize o perpetrador da crise.

Conforme Doria Junior e Fahning (2008), tal tática só poderá ser empregada quando não existir mais possibilidades de uma resolução negociada ou qualquer outra alternativa, visto que o emprego desta ação aumenta de fato o risco de vida a todos os envolvidos. Santos (2010, p. 43) complementa:

A invasão tática, tendo em vista os riscos apresentados, é a última alternativa, relatada pela doutrina de gerenciamento de crise, para se solucionar e findar o evento crítico deflagrado. Essa alternativa só será empregada mediante análise de todo órgão de assessoria do comando de operações, observados os critérios de tomada de decisão, tendo em vista a elevada exposição física, e o total esgotamento de possibilidades de encerramento da crise sem que comprometa a vida dos reféns.

Assim, Lucca (2018, p. 105) resume: “Dessa forma, só se admite a aplicação dessa alternativa tática quando, no momento da ocorrência, o risco em relação aos reféns se torna um risco insuportável ou ainda quando, na situação em andamento, houver uma grande possibilidade de sucesso.”.

4.2 As possíveis situações fatais resultantes de uma crise policial com reféns e suas implicações legais

A princípio, cabe esclarecer que não se abordará todas as situações possíveis. É que são várias e fogem do escopo desta monografia. Por exemplo, há a variável de o disparo ter sido autorizado pelo gerente da crise ou não, ou ter sido efetuado antes de haver se esgotado a possibilidade de emprego de outras táticas. E para cada situação inicial a qual o disparo é efetuado, existem as possibilidades de resultados, cada uma com sua consequência jurídica.

Ressalta-se, nesse interim, que o objetivo precípua do gerenciamento de crise é a preservação da vida, seja da vítima, dos policiais e até mesmo do criador da crise, de modo que o emprego de violência e meios letais somente ocorrerá quando não houver alternativas.

Não adentrar-se-á, ademais, à seara penal militar, que poderia ser invocada caso o atirador fosse policial militar ou das forças armadas. Isto é porque o disparo também pode ser efetuado por policiais civis, que não estão abarcados pelo Código Penal Militar (CPM). Tanto é que, no Ceará, a Polícia Civil tem a Delegacia Antissequestro (DAS) e a Coordenadoria de Recursos Especiais (CORE), ambas especializadas para atuação em situações críticas, tais como um sequestro com reféns.

Portanto, o que se analisará são situações mais comuns no qual o cenário hipotético é de um criminoso que faz um refém, de modo que, esgotadas as possibilidades de

negociação ou de emprego de outras táticas, foi-se autorizado o emprego do disparo de comprometimento.

De pronto, entende-se que a conduta praticada pelo atirador de elite nos casos que serão abordados é a de “matar alguém”, que se subsume ao crime disposto no art. 121 do CP. Com efeito, tal dispositivo tutela o bem jurídico da vida, considerado o mais precioso que o ser humano possui. Assim dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seu art. 3º: “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (ONU, 1948).

Em igual entendimento dispõe o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), em seu art. 6, 1: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.” (ONU, 1976). Consoante a isso também dispõe a CF/88, em seu art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...]” (BRASIL, 1988).

Destarte, como não poderia ser diferente, se percebe que as leis internacionais e brasileiras resguardam a todos o direito à vida, de maneira inviolável. Todavia, nem mesmo este direito é absoluto, podendo ser ceifado legalmente, aqui no Brasil, por exemplo, quando houver guerra declarada, veja-se “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada [...]” (BRASIL, 1988). Ademais, através de mera decisão administrativa, é autorizado o abatimento de aeronaves hostis que adentrem o território brasileiro, conforme a Lei 9.614/98. Outras ocasiões as quais o direito à vida é limitado consistem de ações amparadas em causa de excludente de ilicitude.

4.2.1 O policial que mata apenas o agressor

Nessa situação, a ação do atirador ocorreu como o esperado. O criminoso que não deixou escolhas à polícia, senão a sua neutralização, foi eliminado e o refém foi liberado. O atirador, por sua vez, cometeu um homicídio à medida que ceifou a vida de outrem.

Para a teoria tripartite do crime, sua conduta apresentada a tipicidade e a culpa, mas não a antijuridicidade, isto porque desempenhou-se a legítima defesa de terceiro, afastando a ilicitude da ação. Assim, não restando presentes os requisitos do crime, embora tenha-se um homicídio, não há um crime de homicídio, não respondendo penalmente o atirador.

Como já abordado, a legítima defesa ocorre quando alguém “usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual e iminente, a direito seu

ou de outrem.” (BRASIL, 1940). A injusta agressão, por certo está caracterizada na iminência do perpetrador da crise em matar o refém, considerando o esgotamento de todas as alternativas pacíficas. Assim, o tiro de comprometimento é a melhor forma de proteger a vida desse refém, por meio da legítima defesa de terceiro. Cabe ainda adicionar que, com a implementação do Pacote Anticrime, fora adicionado um parágrafo único ao artigo que trata da legítima defesa, dando especial ênfase ao caso em comento, o qual abarca a legítima defesa praticada por agente de segurança pública, veja-se: “Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.” (BRASIL, 1940).

Ressalta-se para que haja legítima defesa, dever-se-á respeitar a proporcionalidade, ocorrendo o uso moderado dos meios necessários. Para tal, há de se esgotar os meios negociais e não letais, estando a vida do refém, de fato, em perigo.

Sob um viés utilitarista, depreende-se que a não responsabilização se mostra adequada. Ora, tal filosofia prima pelo bem-estar da sociedade, de modo que as ações tomadas devem ser as que almejam aumentar a felicidade e diminuir o sofrimento. Assim, ao eliminar-se um bandido, aumentou-se a felicidade e o bem-estar da vítima, de sua família e da sociedade como um todo, ou pelo menos, diminuiu-se o sofrimento. Embora o sofrimento do criminoso e de sua família tenha sido aumentado, na balança geral o saldo líquido é de felicidade positiva. Cabe ainda incluir que estando claro na lei a não responsabilização do agente, têm-se um incentivo a este para que acerte o seu disparo, visto que estará cumprindo o seu dever e não sofrerá danos por isto. Não faria sentido, pois, que o agente policial fosse responsabilizado, considerando, além disso, os aspectos legais.

4.2.2 O policial que mata apenas o refém

Nesse caso, após autorização do comandante do teatro de operações, o *sniper* efetua o tiro letal visando o agressor, mas por conta de seu erro, acerta o refém e o mata.

Destarte, está caracterizado o erro na execução, visto que o atirador não pretendia matar quem matou, a vítima real, mas sim o sequestrador, a vítima virtual. De tal maneira, o agente policial responderá como se tivesse atingido quem pretendia, combinando-se os artigos 73 e 25 do CP. Ou seja, ocorrerá o erro na execução com a legítima defesa, isentando o policial de pena.

Em que pese o agente não seja responsabilizado na seara penal, poderá o ser no âmbito cível (se provar ao menos sua culpa) e administrativo.

Sob uma visão utilitarista, pode-se denotar uma certa incongruência na isenção de pena, ao menos em comparação à situação anterior. É que naquela, o agente não responde penalmente pois cumpriu o seu dever e obteve êxito em salvar o refém. Era aquilo que ele almejava e era o mais benéfico considerando as possibilidades. Nesta situação, o que se obteve foi justamente o que se pretendia evitar ao máximo, e justamente pelas mãos do agente policial. Não é coerente, portanto, que ambas as situações tenham penas iguais.

Ademais, como já exposto anteriormente, Roxin (2006) já alertava que nesta situação não estariam presentes os requisitos para que se perfaça a legítima defesa, quais sejam, o princípio da proteção individual e o princípio da afirmação do Direito.

Seria mais interessante, pois, que houvesse a aplicação da teoria da concretização, de modo que o agente respondesse por homicídio culposo, mas tendo sua culpabilidade excluída por conta da inexigibilidade de conduta diversa, seja por conta da ordem de seu superior hierárquico – o gerente da crise – ou porque não poderia ser exigido ao agente que ele não tentasse salvar a vítima. Assim, diferente da situação anterior, em que sequer houve um crime, nesta ele teria cometido um crime, apenas não sendo punido por ele.

4.2.3 O policial que mata o agressor e o refém

Nesta hipótese, mediante autorização do gerente a crise, o *sniper* dispara contra o agressor embora, em *aberratio ictus*, atinge não só este, mas também o refém.

Vejam a última parte do art. 73 do CP, que trata do erro na execução: “[...] No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.” (BRASIL, 1940). Assim, pois, determina o art. 70 do Código:

Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Ou seja, ocorrendo o erro na execução no qual se é atingida tanto a vítima virtual quanto a real, ocorre o concurso formal de crimes. Portanto, com uma conduta (o disparo), dois resultados ocorreram, a morte do agressor, justificada pela excludente de ilicitude da legítima defesa, e a morte do refém, de forma culposa, pelo que o atirador responderá conforme o art. 121, parágrafo terceiro do CP.

Interessante ressaltar que, nesta situação, as penas são as mesmas para ambas as teorias relacionadas ao erro na execução, a da equivalência e da concretização, sendo de detenção de um a três anos.

Cabe esclarecer, contudo, que apenas haverá a responsabilização do policial havendo a morte do refém por imprudência ou negligência, previstas na modalidade culposa do crime. Não há que se falar em imperícia visto que o atirador de elite recebe um extenso e especializado treinamento. Haveria tal possibilidade caso, por exemplo, o tiro fosse efetuado por outro policial, como o negociador, que durante a negociação entendesse que neutralizar a ameaça fosse a melhor alternativa.

Caso o refém morresse em conjunto com o agressor por motivo absolutamente independente do disparo efetuado, por exemplo, porque o disparo ricocheteou em uma moeda que o agressor tivesse no bolso, não haveria que se falar em culpa, tampouco em crime (BORGES, 2009). Nesse sentido, entende Bitencourt (1999, p. 264-265):

[...] Na falta de previsibilidade objetiva, isto é, sendo imprevisível, não há que falar em culpa e, por extensão, na própria culpabilidade. [...] Sendo imprevisível o resultado, não haverá delito algum, pois se tratará de mero acaso, do caso fortuito, que constituem exatamente a negação da culpa.

4.2.3.1 A responsabilização policial conforme o utilitarismo

Se na situação anterior, a qual o agente policial era isento de pena por ter matado o refém, já havia uma certa incoerência com a primeira situação, a qual (coerentemente) o agente era isento de pena por matar apenas o bandido, neste caso a incongruência salta mais aos olhos, denotando-se facilmente por meio de comparação.

Veja-se, é ponto pacífico que quando o policial matar apenas o bandido, deverá ser isento de pena, já que, na situação hipotética aqui apresentada, não haveria outra saída não violenta e seu mister era salvar a vida do refém, tendo êxito.

Pois bem, não seria coerente, utilitariamente falando, considerando as proposições apresentadas no segundo capítulo, que também fosse isento de pena ao falhar com o seu mister, não matando o bandido (que após ter sofrido uma tentativa de homicídio estará ainda mais agressivo e apto a causar mais danos) e matando o refém, inocente, que nada fez para causar a crise. Por certo que não deve haver um interesse do Estado em punir o policial, visto que ele não é nenhuma ameaça em potencial, não é um mal cidadão e apenas cometeu um erro. Todavia, ao ser imposta uma responsabilização mínima que seja, o incentivo para que ele não cometa tal erro já bastaria.

Agora, em relação à última situação e a segunda situação é que a incoerência é gritante. Não é compreensível que, na segunda situação (na qual obtém-se apenas o resultado indesejado, a morte do refém) o agente seja isento de pena e na última situação (na qual obtém-se concomitantemente o resultado desejado e indesejado, a morte do refém e do agressor) o agente seja responsabilizado por homicídio culposo.

Concordar com tal normatização é dizer ao atirador que é melhor que em uma situação de disparo na qual haja maiores chances de ele matar a apenas a vítima e chance menor de matar o agressor é preferível em relação a um disparo no qual ele possa matar os dois.

Por certo que a vida do agressor também é importante e a sua neutralização não deve ser vista como algo a se desejar e a se recompensar o atirador por conta disto. Ocorre que na situação em comento, não haveria qualquer outra saída para a situação. O que se tem é um perpetrador de crise que se recusou a negociar e está na iminência de ceifar a vida de um inocente que está mantido como refém.

Ainda que este refém seja morto pela polícia ao tentar intervir, o agressor ainda consiste em uma ameaça, para com a polícia ou qualquer outra pessoa que esteja perto da situação.

Portanto, é possível afirmar que é mais desejável que o policial mate o agressor e o refém, do que matar apenas o refém. E por tal motivo, há uma injusta disposição de penas para os dois casos.

De fato, das três situações expostas, respectivamente, podemos dizer que a primeira é incoerente com a segunda (embora não haja um grande problema, já que em ambas o policial não é responsabilizado) mas coerente com a terceira (na primeira, o resultado é positivo e não há pena, na terceira, o resultado é negativo e há pena). Já a segunda é gravosamente incoerente com a terceira, isto é porque em ambas ocorrem um resultado negativo, porém o resultado negativo da segunda é maior, morrendo apenas o refém, estando a ameaça ainda ativa. E embora o resultado da segunda situação seja mais negativo, não há qualquer responsabilização para o agente policial. A terceira situação, sendo negativa, mas menos, impõe a responsabilização de homicídio culposo ao atirador.

Assim, para que houvesse uma pena justa e aceitável, não poder-se-ia admitir que uma situação menos negativa tivesse pena mais severa que uma situação mais negativa. Considerando que o agente policial é um ser humano honesto, que estava na situação apenas para cumprir seu dever e não é um risco em potencial à sociedade, seria aceitável, por exemplo, que todos os resultados apresentados não impusessem qualquer responsabilização

penal a ele. Todavia, como é atualmente, é injusto, ao menos por meio de uma visão utilitária, que na terceira situação o policial seja punido por homicídio culposo e na segunda ele seja isento de pena.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme abordado no capítulo de introdução, o presente trabalho propôs-se a analisar a aplicação do instituto do erro na execução em casos de uma intervenção policial fatal em uma crise com reféns, à luz de uma visão utilitarista. Nesse sentido, os capítulos seguintes visaram compreender, respectivamente, o erro na execução, a visão utilitarista e a crise policial. Neste último, analisou-se os reflexos jurídicos de situações hipotéticas mediante os conhecimentos adquiridos nos capítulos anteriores.

O tema proposto é relevante pois reflete a preocupação do legislador acerca da intervenção policial em crises com reféns, o que se denota da inclusão do parágrafo único no art. 23 do Código Penal, que trata da legítima defesa de terceiro por policial. Ademais, os casos abordados, quando acontecem na realidade, têm grande relevância midiática e permanecem na mente da sociedade por vários anos, e dependendo do resultado da crise, aumentam ou diminuem a sensação de segurança pública por parte da população. Assim, também é relevante que os principais agentes desses casos – os policiais – sejam responsabilizados de maneira justa e adequada.

Nessa toada, foi possível perceber no segundo capítulo que, mundo afora, duas teorias principais abarcam o erro na execução, a teoria da equivalência e a teoria da concretização. A primeira implica na responsabilização do agente com base na vítima virtual, isto é, responde o agente pelo crime que se pretendia cometer. Ou seja, se “A” quer matar “B”, mas mata “C”, “A” responderá como se tivesse cometido homicídio doloso contra “B”, caso tenha ocorrido erro na execução. A segunda, por sua vez, implica na responsabilização pelos crimes que de fato ocorreram. No exemplo anterior, “A” responderia por tentativa de homicídio contra “B” e homicídio culposo contra “C”.

Ademais, quando “A” pretende matar “B” em legítima defesa, mas mata “C”, terceiro inocente, compreendeu-se que, ainda assim, “A” teria sua conduta justificada pela excludente de ilicitude, o que seria incoerente haja vista estar-se descriminalizando o homicídio de um inocente através da aplicação do erro na execução. Entendeu-se, pois, que seria mais coerente que a inexigibilidade de conduta diversa excluísse a culpabilidade do agente, assim, haveria crime, mas “A” não seria responsabilizado.

No terceiro capítulo, compreendeu-se por meio do estudo de três pensadores da teoria utilitarista que esta consiste em um modo de pensar que prima pela maximização da felicidade e do bem-estar total da sociedade, buscando-se o prazer e evitando-se a dor. Para

isso, a sociedade como um todo deverá agir de maneira que menos prejudique a si e aos outros e mais os beneficiem.

Ademais, entendendo que, às vezes, as medidas que mais causam bem-estar à maioria da sociedade podem também violar direitos fundamentais das minorias, definiu-se que as ações utilitárias devem respeitar os direitos e liberdades individuais e fundamentais. Não obstante a isso dever-se-á, também, levar em consideração a possibilidade de que ações que, no presente, aumentem o bem-estar geral, no futuro, podem diminuí-lo, e tal consideração deve balizar a decisão do que é mais benéfico ou não.

Outrossim, compreendeu-se a ideia da pena por um viés utilitarista, de modo que a punição não ocorre por conta do mal que aconteceu, mas pelo bem posterior que a pena causará. Ou seja, a pena não deve ocorrer por conta de um sentimento de vingança, mas ser um preço necessário a pagar para que danos maiores não ocorram. Assim, por exemplo, não faria sentido condenar alguém que não é maléfico, sequer em potencial, à sociedade.

No quarto capítulo, definiu-se a crise policial como uma situação crítica que imprescinde de uma resposta especial da polícia para que haja um resultado aceitável. Seria o caso de um criminoso que tem um refém em seu poder e ameaça atentar contra sua vida. Para resolver tal situação, a polícia utiliza a doutrina de gerenciamento de crises, que implica no comando da operação pelo gerente da crise, que definirá perímetros e, coordenando sua equipe, empregará as alternativas para a resolução do problema.

Tais alternativas visam precipuamente a preservação da vida. Logo, a primeira alternativa deve ser a negociação, para que, sem violência, todos saiam incólumes do cenário e o agressor seja preso. A segunda alternativa é o emprego de meios não-letais, para que, mesmo com violência, o agressor seja apenas preso, mas não morto. A terceira alternativa é o tiro de comprometimento, que mais interessou o presente trabalho, a qual um atirador de elite efetuará um disparo fatal contra o agressor para que, com sua neutralização, o refém seja liberto. A quarta alternativa é a invasão do recinto por um grupo tático, que será utilizado caso o tiro de comprometimento falhe, ou caso haja diversos sequestradores.

No emprego do tiro de comprometimento, o atirador de elite cometerá um homicídio, visto que seu objetivo é matar o agressor para liberar o refém. Assim, ele estará protegido pela excludente de ilicitude da legítima defesa de terceiro e não será responsabilizado penalmente. Contudo, caso ele erre o seu disparo e, por exemplo, mate apenas o refém, ou mate o agressor e o refém, ele terá descumprido o seu dever e ceifará a vida de um inocente. Injustamente, logo, caso ele mate apenas o refém, não será responsabilizado, por conta do erro na execução, respondendo como se tivesse matado o

agressor. Já caso ele mate os dois, ocorrerá o concurso formal de crimes o agente policial responderá por homicídio culposo.

Tal discrepância de punições é evidenciada pois, ao matar o refém, apenas, o agente estaria fazendo a única coisa que ele deveria evitar, e deixando de fazer o que seria necessário (matar o agressor, que consistiria em uma ameaça para as pessoas presentes na crise). Ao matar o refém e o agressor, embora ele tenha falhado em sua missão, ao menos cessou a ameaça, impedindo que esta causasse outras mortes, ou seja, a ação do agente neste caso foi mais benéfica à sociedade, não havendo que se falar em uma punição a ele.

Portanto, sugeriu-se que quando o agente policial, por erro na execução, mate o agressor e o refém, tenha à sua conduta atribuída a excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa, visto que não seria exigível que, ao ser autorizado pelo gerente da crise e ao perceber que o agressor estaria em vias de matar o refém, não efetuasse o disparo para tentar salvar a vida da vítima.

Destarte, a hipótese inicial do presente trabalho está confirmada, ao passo que se responde a pergunta apresentada na introdução (a punição para o policial que mata o refém e o sequestrador é proporcional à pena do policial que mata apenas o refém, ambos os casos ocorrendo por erro na execução?): as penas não são proporcionais, visto que o policial que mata o refém e o sequestrador responderá por homicídio culposo e o policial que mata apenas o refém sequer será responsabilizado e que o policial da primeira situação alcançou um resultado melhor à sociedade que o segundo policial.

Por fim, considerando que não foram esgotados todos os materiais de pesquisa, sugere-se, para pesquisas posteriores acerca do tema, que se abordem a responsabilizações práticas de casos reais, como os que foram citados, por meio da análise de decisões judiciais, observando-se se o que aqui foi exposto se confirma nas sentenças e acórdãos da autoridade judicial.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Luís; VARELLA, Thiago. **Refém ferida após ação de sniper em Campinas respira por aparelho na UTI**. 2019, Portal Uol. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/10/18/refem-atingida-porestilhaco-de-disparo-de-sniper-em-campinas-esta-na-uti.htm>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- AMARAL, Douglas Ornelas do. **O tiro de comprometimento pelo atirador de elite: sniper no gerenciamento de crises sob a ótica do Direito Penal**. 2020. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Curso de Direito, Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos, 2020.
- ANDRADE, Nartan da Costa. **Apostila de Mediação e Gerenciamento de Conflitos**. Curso de Formação e Treinamento Profissional para Escrivão de Polícia Civil de Classe D – Nível I / 2022. Fortaleza: Academia Estadual de Segurança Pública do Estado do Ceará, 2022.
- APOITIA MIRANDA, C.; WATERKEMPER, R. A FORÇA LETAL NA AÇÃO POLICIAL. **Revista do Instituto Brasileiro de Segurança Pública (RIBSP)** - ISSN 2595-2153, v. 2, n. 4, p. 9-24, 1 jul. 2019.
- BBC. **Sequestro na ponte Rio-Niterói tem final distinto de tragédia do ônibus 174 há 19 anos**. 2019, Portal BBC. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49410435>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1907. Disponível em: <http://fs2.american.edu/dfagel/www/Philosophers/Bentham/principlesofMoralsAndLegislation.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, 1. 17. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BORGES, Fernando Afonso Cardoso. **O tiro de comprometimento (do sniper) no gerenciamento de crises: uma análise jurídica em face do Direito Penal Brasileiro**. 2009. 95 f. Monografia (Curso de Especialização em Ciências Criminais) – Fundação Faculdade de Direito da UFBA, Salvador, 2009.
- BOWRING, John. **The Works of Jeremy Bentham**. Edinburgh: Willian Tait, 1843. v. 8. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/title/bowring-the-works-of-jeremy-bentham-vol-4>. Acesso em: 15 mar. 2022.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 14 abr. 2022.
- BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional

sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998**. Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese destruição de aeronave. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19614.htm. Acesso em 16 abr. 2022.

CERIBELLI, Renata. **Caso Eloá**. 2012. Memória Globo. Disponível em:
<https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/coberturas/caso-elo/>. Acesso em: 14 mar. 2022.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O crime aberrante**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

COSTA, Roberto Z. **A extorsão mediante sequestro no segmento bancário**. Monografia (Curso de pós-graduação lato sensu em Política e Estratégia - convênio NAIPPE-USP/ADESG). São Paulo, 2000.

CRETELLA JUNIOR, José. **Polícia e poder de polícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Rio de Janeiro: UNIC, 2009 [1948]. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022.

DORIA JUNIOR, Irio; FAHNING, José Roberto da Silva. **Curso Gerenciamento de crises: Módulo 1**. SENASP/MJ: 2008.

ESCÓSSIA, Fernanda da; FIGUEIREDO, Talita. **Júri livra policiais do caso do ônibus 174**. Folha, 2002. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1212200201.htm>. Acesso em: 12 abr 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 10ª ed. Niterói: Impetus, 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. rev. atual. e aum. Niterói: Impetus, 2017. v. 1.

HUMBERTO, Cláudio. **Assalto em Ceilândia (DF), com bandido morto por ‘sniper’, ocorreu há 11 anos, em 20 de agosto**. Diário do Poder. Disponível em <https://diariodopoder.com.br/politica/assalto-em-ceilandia-df-com-bandido-morto-por-sniperocorreu-ha-11-anos-em-20-de-agosto>. Acesso em: 12 abr. 2022.

KATO, Raphael Nogueira. **Do respaldo legal ao tiro de comprometimento letal do policial**

sniper. 2017. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, 2017.

KUHN, Guilherme Espíndola. Aberratio Ictus: uma verdadeira aberração regulamentada pelo Código Penal. **Canal Ciências Criminais**, [s. 1.], 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/530502200/aberratio-ictus-uma-verdadeira-aberracao-regulamentada-pelo-codigo-penal>. Acesso em: 1 abr. 2022.

LIMA, Cesar de. BERTONI, Felipe Faoro. **Ônibus 174**. Canal ciências criminais. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/335803951/onibus-174>. Acesso em 11 abr. 2022.

LOURENÇO, André Navarro. **Direito e utilitarismo**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

LUCCA, Diógenes. **Manual Básico de Gerenciamento de Crises com Reféns Localizados**. 1ª ed. São Paulo: Book Express Editora, 2018.

MALVA, Pamela. **Caso Eloá: o mais longo sequestro em cárcere privado da história de São Paulo**. 2019. Uol. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/caso-elo-a-o-mais-longo-sequestroem-carcere-privado-da-historia-de-sao-paulo.phtml>. Acesso em: 11 abr. 2022.

MASSON, Cleber Rogerio. **Direito Penal Esquemático: parte geral**. 4. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Kitchener: Batoche Books, 2001. Disponível em: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/liberty.pdf>. Acesso em: 16 mar 2022.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. Kitchener: Batoche Books, 2001. Disponível em: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/utilitarianism.pdf>. Acesso em: 16 mar 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

O DIA. **Alerj vai homenagear sniper que matou sequestrador de ônibus na ponte Rio-Niterói**. 2019. Disponível em <https://istoe.com.br/alerj-vai-homenagear-sniper-que-matousequestrador-de-onibus-na-ponte-rio-niteroi/>. Acesso em: 10 abr. 2022.

PIZA, Paulo Toledo; TOMAZ, Kleber. **Após caso Eloá, SP muda regra de negociação em sequestro com refém**. 2018. G1 Globo. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/saopaulo/noticia/2018/10/13/apos-caso-elo-a-sp-muda-regra-de-negociacao-em-sequestro-comrefem.ghtml>. Acesso em: 11 abr. 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral – arts. 1º a 120**. 7. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral**. 10. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODVM, 2014.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: The Belknap Press, 1999. Disponível em: <https://www.cita.or.id/wp-content/uploads/2016/06/John-Rawls-A-Theory-of-Justice-Belknap-Press-1999.pdf>. Acesso em: 18 mar 2022.

REDAÇÃO. **Homem armado faz reféns em ônibus na ponte Rio-Niterói**. Revista Exame. 2019. Disponível em: <https://exame.com/brasil/homem-armado-faz-refens-em-onibus-naponte-rio-niteroi/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

RIBEIRO, Bruno. **Ação de sniper no rio foi correta diz especialista**. Portal Terra, 2019. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/acao-de-sniper-no-rio-foicorreta-diz-especialista,782751f8b9103234d6f9c396686d5ca8tsps6jci.html>. Acesso em: 12 abr. 2022.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, Míguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006. v. 1.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa?** Tradução: Heloísa Matias, Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Gilmar Luciano. **Como vejo a crise: gerenciamento de ocorrências policiais de alta complexidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Bigráfica, 2010.

SANTOS, Gilmar Luciano. **Sniper policial: Quem autoriza o disparo letal? Uma análise jurídica**. 1. ed. Belo Horizonte: Bigráfica, 2011.

SEQUEIRA, Vanessa Freire de Brito. **Aberratio Ictus**. 2016. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito, Universidade Autónoma de Lisboa, [S. l.], 2016.

SOUZA, Wanderley Mascarenhas de. **Gerenciamento de Crises: Negociação e atuação de Grupos Especiais de Polícia na solução de eventos críticos**. 1995. 121 f. Monografia (Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais – CAO). São Paulo: Centro de Aperfeiçoamento e Estudos Superiores, Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMSP), 1995.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5, ed. 13. tir. São Paulo: Saraiva, 2007.

VAZ, Renato. **Gerenciamento de crise no contexto da Segurança Pública**. Brasil, 2001.

ZAUPA, Tatiana; ROSA, Samuel. **Gerenciamento de Crise**. 30f. Apostila do Curso de Formação de Sargentos. São Paulo: Escola de Sargentos da Polícia Militar do Estado de São Paulo, 2015.