



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

PGR-00449377/2019

Nota Técnica nº 16/2019/PFDC/MPF, de 25 de setembro de 2019

Assunto: Proposta de Emenda à Constituição nº 100, de 2019: Acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para introduzir como direito fundamental o exercício da legítima defesa e os meios a tanto necessários.

Ref.: PGR-00449343/2019

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES E SENHORAS PARLAMENTARES DO
CONGRESSO NACIONAL

I – INTRODUÇÃO

O propósito da presente nota técnica é apontar a inconstitucionalidade da iniciativa consubstanciada na PEC 100, que pretende acrescentar “o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal para introduzir como direito fundamental o exercício da legítima defesa e os meios a tanto necessários”.

Segundo o seu relator no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça, Deputado Pedro Lupion, “não existiriam impedimentos para que novos direitos sejam acrescentados ao rol de direitos fundamentais por meio de emendas à Constituição”. Apresenta, a título de exemplo, a inclusão dos direitos à rápida duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII) e à moradia (art. 6º), respectivamente pelas ECs 45/2004 e 26/2000. Conclui entendendo que a alteração proposta tem o objetivo de “garantir, na prática, a inviolabilidade do direito à vida”.

A tese a ser adiante desenvolvida é a de que não há direito fundamental à legítima defesa e a sua previsão como tal compromete o próprio regime de direitos fundamentais.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

II – ASPECTOS INICIAIS

É contemporânea ao surgimento da moderna filosofia política a análise que se inicia ao final do século XVI e começo do XVII sobre a violência como prerrogativa do Estado. Para Hobbes, o estado da natureza é um estado de guerra, no qual cada homem é inimigo dos demais, compreensão que parte do pressuposto antropológico de sua disposição violenta como inclinação geral. O Estado, para ele, nasce como organização política que centraliza de maneira monopolista o poder, dissuadindo as pessoas da violência e as privando do acesso aos recursos militares. Ou seja, o monopólio do uso da força, a proteção da vida e a convivência pacífica estão na gênese do Estado moderno.

Tais ideias vão ganhando força ao longo do tempo, de tal modo que passam a constituir a própria definição do Estado. Weber¹, por exemplo, assim o conceitua:

Um agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que procurou (com êxito) monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão (WEBER, 2005, p. 62)."

Segundo Bobbio², "o Estado, por sua própria índole, qualquer que seja seu regime, é a organização da força monopolizada: seu poder se funda sobre o uso exclusivo da força, ou seja, da violência alterada de nome, mas não de essência".

Norberto Elias³, por sua vez, entende que, apesar de não serem os únicos, os monopólios permanentes sobre os recursos militares e sobre os recursos financeiros, administrados mediante um aparato especializado, é que permitem que unidades políticas alcancem o caráter de Estado. E, sem eles, não há Estado.

¹ WEBER, Max. "Ciência e Política: Duas Vocações". Cultrix, 2005

² N. Bobbio, "Es una alternativa la no violencia?", en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, 1982

³ N. Elias, "El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas", México, Fondo de Cultura Económica, 1987



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Outra noção que surge no contexto do desenvolvimento civilizatório do Estado é a da legalidade. Seguindo ainda os passos de Weber⁴, na sua concepção pré-moderna, a obediência reside: no poder tradicional, enraizado na força dos costumes; no carisma, uma dominação alicerçada na confiança e na devoção a um líder; e, na autoridade, que se impõe e se sustenta mediante a racionalidade legal, a obediência a um estatuto, a leis e a regras.

Por isso, a Organização das Nações Unidas⁵, recordando que são agentes estatais os incumbidos de proteger todas as pessoas, promovendo o império da lei e impedindo atos ilegais, recomenda aos Estados partes que adotem regulações de modo a garantir que as suas condutas estejam em consonância com os direitos humanos e com o alto nível de responsabilidade exigido por sua profissão.

Também de acordo com as normas de direitos humanos, é dever dos Estados conferir a máxima proteção ao direito à vida. O Conselho de Direitos Humanos da ONU periodicamente trata das responsabilidades dos Estados partes no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em relação ao princípio da “devida diligência”. Em seu Comentário geral nº 6⁶, observa a obrigação do Estado de proteger o direito à vida, conforme o artigo 6 do Pacto, em dupla perspectiva: tomar medidas para evitar e castigar os atos criminosos que acarretem privação da vida e também evitar que suas próprias forças de segurança matem de forma arbitrária.

Com esse formato de Estado contemporâneo, que toma para si, com exclusividade, o uso legítimo da força, surge a indagação: há um direito humano à legítima defesa?

⁴ *ob. cit*

⁵ Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx>

⁶ <https://www.refworld.org/docid/45388400a.html>



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Jan Arno Hessbruegge⁷, partindo exatamente dessa característica fundamental, invoca a legítima defesa como fundamento à resistência à opressão e à violação de direitos humanos por parte do Estado. Lembra que tanto a Declaração de Independência norte-americana, de 1776, como a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, nas versões de 1789 e 1793, reconhecem a “resistência à opressão” como um direito humano natural e imprescritível. Observa⁸:

No nível individual, os direitos humanos autorizam pessoas a usar força necessária e proporcional contra presente ou iminente violação de direitos humanos pelo Estado que apresente um risco real de sério e irreparável dano. Particularmente, a resistência é legal contra execuções extrajudiciais, tortura e tratamento desumano.

Barbara Frey, Relatora Especial encarregada, pela Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do Conselho de Direitos Humanos da ONU, de preparar um amplo estudo sobre a prevenção das violações dos direitos humanos cometidas com armas pequenas e armas ligeiras, vai tratar da legítima defesa. As suas conclusões merecem integral transcrição:

A defesa legítima é uma exceção amplamente reconhecida, ainda que juridicamente proscrita, da obrigação universal de respeitar a vida alheia. A legítima defesa serve de base pela isenção de responsabilidade que qualquer agente estatal ou entidade não estatal pode alegar. A legítima defesa se designa algumas vezes como um "direito". Essa interpretação carece de respaldo jurídico adequado. A legítima defesa é caracterizada mais corretamente como meio de proteger o direito à vida e, como tal, como base para evitar incorrer em responsabilidade por violar os direitos de terceiros.

Não se estabelece explicitamente nenhum direito humano internacional à legítima defesa nas fontes fundamentais do direito internacional: tratados, direito consuetudinário ou princípios gerais. Enquanto que o direito à vida é reconhecido em praticamente todos os principais tratados internacionais de direitos humanos, o princípio da legítima defesa é reconhecido explicitamente em apenas um, a saber, no artigo 2 da Convenção para a Proteção dos Direitos humanos e

⁷ “Human Rights and Personal Self-Defense en International Law”.

<https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780190655020.001.0001/acprof-9780190655020>

⁸ *Id ib*. Tradução livre



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

liberdades fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos Humanos). No entanto, a legítima defesa não é reconhecida na Convenção Europeia de Direitos humanos como um direito. Segundo um observador, a função desta disposição é simplesmente eliminar do âmbito de aplicação do parágrafo 1 do artigo 2 o homicídio necessário para defender-se em face de uma violência ilícita. Não se supõe um direito que o Estado deva ratificar.

A legítima defesa é geralmente reconhecida no direito internacional consuetudinário como uma defesa frente à responsabilidade criminal de acordo com a prática estatal. No entanto, não existem evidências de que os Estados tenham promulgado a legítima defesa como direito independente em sua legislação interna e tampouco existem provas de *opinio juris* que obriguem os Estados a reconhecer um consequente e independente direito à legítima defesa, de tal modo que se vejam obrigados a aplicá-lo no contexto de suas jurisdições nacionais.

Além disso, no direito penal internacional, a legítima defesa é estabelecida como base para evitar responsabilidade criminal, não como um direito independente. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia destacou os elementos universais do princípio da legítima defesa. O Tribunal observou que o princípio da legítima defesa enunciado no parágrafo 1 do artigo 31 do Estatuto de Roma reflete disposições que figuram na maioria dos códigos penais nacionais e que constituem uma norma do direito internacional consuetudinário. Conforme se estabelece claramente no parágrafo introdutório do artigo 31, a legítima defesa se identifica como uma das "circunstâncias isentas de responsabilidade criminal". A defesa legal definida na seção d) do artigo 31 se aplica a uma conduta que supostamente constitua um crime dentro da jurisdição do Tribunal como consequência da coação emanada de uma ameaça iminente de morte ou lesão corporal séria para ele ou outra pessoa, e em que se veja compelido a atuar necessária e razoavelmente para evitar essa ameaça, sempre que não tenha a intenção de causar um dano maior ao que se propunha evitar.

Assim, no direito penal internacional, a legítima defesa é designada como uma norma que deve ser seguida para determinar a responsabilidade criminal, e não como um direito independente de aplicação vinculante para os Estados.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

III – A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A LEGÍTIMA DEFESA

Nenhuma Constituição brasileira jamais conteve dispositivo que previsse a legítima defesa como direito fundamental. Seria absurdo supor que fosse exatamente a de 1988 que a acolhesse.

Inicialmente, convém recordar que a compatibilidade de novas normas com o texto constitucional depende de sua adequação com o sentido da Constituição. Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto⁹ apontam:

O princípio da *unidade da Constituição* deriva do elemento sistemático de interpretação constitucional. De acordo com o princípio da unidade, a Constituição deve ser interpretada não como conjunto assistemático de preceitos, mas como um todo integrado de normas que se completam e se limitam reciprocamente. Como esclarecia Hesse, “a conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade olhar nunca somente a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela deve ser colocada”. O Tribunal Constitucional alemão chegou a afirmar que “o princípio mais importante da interpretação é a unidade da Constituição, como unidade de um conjunto com sentido teleológico-lógico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal”.

O Supremo Tribunal Federal tem diversos julgados nos quais normas provenientes de emendas têm a sua constitucionalidade aferida a partir da análise do sentido da Constituição, inclusive de seus princípios implícitos. A título meramente exemplificativo:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EC 52, DE 08.03.06. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NOVA REGRA SOBRE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS ELEITORAIS, INTRODUZIDA NO TEXTO DO ART. 17, § 1º, DA CF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16) E ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, CAPUT, E LIV). LIMITES MATERIAIS À ATIVIDADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE REFORMADOR. ARTS. 60, § 4º, IV, E 5º, § 2º,

⁹ “Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho”. Belho Horizonte: Fórum, 2012, p. 436



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

DA CF. 1. Preliminar quanto à deficiência na fundamentação do pedido formulado afastada, tendo em vista a sucinta porém suficiente demonstração da tese de violação constitucional na inicial deduzida em juízo. 2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e "a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral" (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência.

(ADI 3685, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2006, DJ 10-08-2006 PP-00019 EMENT VOL-02241-02 PP-00193 RTJ VOL-00199-03 PP-00957)

Pois bem, a Constituição de 1988 representa uma clivagem na história dos ordenamentos constitucionais brasileiros. Pela primeira vez, o princípio da igualdade, em sua dupla vertente formal e material, foi afirmado e singularizado em diversos campos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Nesse sentido, direitos foram fartamente distribuídos, propondo-se a superar um passado colonial e escravocrata, ainda presente no direito brasileiro por ocasião do processo constituinte. A Constituição também reorganiza espaços sociais, no campo e na cidade, atenta sempre ao diverso e ao plural. Tamanha engenharia jurídica, para uma sociedade historicamente desigual e injusta, tinha que contar com um princípio regulativo que ultrapassasse subjetividades, e esse só podia ser o da solidariedade, tal como expressamente previsto no artigo 3º, inciso I, da Constituição. A solidariedade, a partir de 1988, vai organizar o sentido coletivo da vida e passa a ser o marco relacional onde sentimento, ação e discurso se fazem possíveis.

De fato, no artigo 3º há uma ideia genuinamente utópica de uma sociedade “livre, justa e solidária”, que se propõe a “erradicar a pobreza e a marginalização”, bem como a reduzir todas as desigualdades. É uma sociedade voltada, no seu conjunto, a “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Os objetivos que orientam a sociedade brasileira não permitem a convivência com a violência.

É por essa razão que o Direito, pela primeira vez, alcança um espaço onde jamais esteve: o doméstico. Ou seja, jamais foi tão forte, no Direito brasileiro, a noção do monopólio do uso da força pelo Estado.

De resto, não há ideia mais antagônica à noção de solidariedade do que de uma sociedade de medo, de desconfiança e uso da força generalizados.

É exatamente por essa razão que a segurança pública, já afirmada como direito fundamental na cabeça dos artigos 5º e 6º, merece capítulo próprio na Constituição de 1988. E as normas ali inseridas afastam qualquer possibilidade de se considerar a “autodefesa” uma opção constitucional de política. Convém lembrar a



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

literalidade do *caput* do artigo 144: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, **através dos seguintes órgãos [...]**” (destaque acrescido).

A “responsabilidade de todos” é uma expressão exatamente do princípio da solidariedade. Todos se reconhecem entre si como sujeitos de igual direito e consideração, afastando o recurso à violência como possibilidade relacional. Daí por que a política de segurança pública, no sentido da “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, só possa ser exercida por meio dos órgãos ali enumerados. E o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada no sentido de se tratar de rol taxativo, e não exemplificativo¹⁰.

Houve um investimento constitucional na capacitação das polícias para assegurar o compromisso da convivência pacífica e do monopólio da força pelo Estado: organização em carreira e remuneração mediante subsídios (art. 144, § 9º), tal como os membros de Poder, os detentores de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais.

Essa polícia deve ser treinada para, em sua atuação, causar o menor dano possível. Esse é um imperativo que rege todas as ordens democráticas, como visto em abundância no capítulo anterior.

De todo modo, convém retomar o tratamento do tema no plano internacional. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana* (serie C nº 251)¹¹, decidiu:

80. Esta Corte ha establecido con anterioridad que existe un deber del Estado de adecuar su legislación nacional y de ‘vigilar que sus cuerpos

¹⁰ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=62146>>. Acesso em 13 mai. 2019.

¹¹ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf>. Acesso em 13 mai. 2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

de seguridad, a quienes les está atribuído el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción.’ El Estado debe ser claro al momento de demarcar las políticas internas tratándose del uso de la fuerza y buscar estrategias para implementar los Principios sobre empleo de la fuerza y Código de conducta. En este sentido debe dotar a los agentes de distintos tipos de armas, municiones y equipos de protección que le permitan adecuar materialmente su reacción de forma proporcional a los hechos en que deban intervenir, restringiendo en la mayor medida el uso de armas letales que puedan ocasionar lesión o muerte.

A decisão tem algumas importantes implicações, já afirmadas anteriormente: o uso da força legítima é atributo do Estado, a quem compete, também com exclusividade, a defesa do direito à vida.

E, se o uso da força legítima é monopólio do Estado, certamente, por razões lógicas, a “autodefesa” não pode ser um direito. Dessa forma, ela está bem colocada no Código Penal brasileiro, em seu artigo 25, como exclusão de ilicitude, a depender de análise e conclusão judicial, caso a caso.

IV– PEDIDO

Pelo exposto, a Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão submete essas considerações ao Parlamento brasileiro, para eventual subsídio na análise da PEC 100/2019.

Brasília, 25 de setembro de 2019.

DEBORAH DUPRAT
Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão