

A ANTIJURIDICIDADE A PARTIR DO SISTEMA FINALISTA E FUNCIONALISTA: UMA ANÁLISE DO PL 6125/2019 À LUZ DAS TEORIAS MONISTAS E PLURALISTAS DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

ANTI-JURIDICITY FROM THE FINALIST AND FUNCTIONALIST SYSTEM: AN ANALYSIS OF PL 6125/2019 IN THE LIGHT OF MONIST AND PLURALIST THEORIES OF CAUSES OF JUSTIFICATION

Demetrius Barreto Teixeira*

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo examinar o projeto de lei 6125/2019, projeto que estabelece normas aplicáveis aos militares em operações de Garantia da Lei e da Ordem e aos integrantes dos órgãos a que se refere o caput do art. 144 da Constituição e da Força Nacional de Segurança Pública, quando em apoio a operações de Garantia da Lei e da Ordem, à luz das teorias monistas e pluralistas de justificação da antijuridicidade nos sistemas finalistas e funcionalista sistêmico. O que se pretende é analisar, sob o enfoque dogmático-jurídico penal, a hipótese de exclusão de antijuridicidade prevista no projeto de lei, considerando, em especial, seu caráter ex ante, de fixação de injusta agressão, por meio de técnica legislativa presuntiva, no qual há claramente a definição de situação prospectiva e baseados em suspeita. A abordagem monista, diante de sua perspectiva profundamente fundada em ideais iluministas, de matriz contratualista, levaria necessariamente, na análise, à conclusão da teoria do “espaço imune ao direito” para explicar a presente hipótese de exclusão de antijuridicidade.

ABSTRACT: The present work aims to examine the bill 6125/2019, a project that establishes rules applicable to the military in operations of Guarantee of Law and Order and to the members of the bodies referred to in the caput of art. 144 of the Constitution and the National Public Security Force, when in support of Law and Order Guarantee operations, in the light of monist and pluralist theories of justification of anti-legality in finalist and systemic functionalist systems. The aim is to analyze, under the dogmatic-legal criminal approach, the hypothesis of exclusion of unlawfulness provided for in the bill, considering, in particular, its ex ante character, of fixing unfair aggression, through presumptive legislative technique, in which there is clearly and definition of prospective situation and based on suspicion. The monist approach, given its perspective deeply founded on Enlightenment ideals, with a contractualist matrix, would necessarily lead, in the analysis, to the conclusion of the theory of the “space immune to the law” to explain the present hypothesis of exclusion of anti-legality.

PALAVRAS-CHAVE: Exclusão de antijuridicidade; espaço imune ao direito; teoria monista; causas de justificação; funcionalismo sistêmico.

KEYWORDS: Exclusion of unlawfulness; space immune to law; monist theory; justification causes; systemic functionalism.

SUMÁRIO: Colocação do problema. 1. A antijuridicidade no âmbito do sistema finalista e sua proximidade com o funcionalismo sistêmico. 2 As causas de justificação: sua fundamentação dogmática e teorias. 3 Análise do PL 6125/2019 à luz das teorias monistas e pluralistas das causas de justificação. 4 Conclusão. Referências.

COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O presente trabalho tem como objetivo examinar o projeto de lei 6125/2019¹, projeto que estabelece normas aplicáveis aos militares em operações de Garantia da Lei e da Ordem e aos integrantes dos órgãos a que se refere o **caput** do art. 144 da Constituição e da Força Nacional de Segurança Pública, quando em apoio a operações de Garantia da Lei e da Ordem,

* Professor adjunto com Mestrado do curso de Direito da Ulbra Gravataí/RS.

¹BRASIL. Projeto de Lei nº 6125, de 2019. *Estabelece normas aplicáveis aos militares em operações de Garantia da Lei e da Ordem*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2230394>. Acesso em: 27 dez. 2024.

à luz das teorias monistas e pluralistas de justificação da antijuridicidade nos sistemas finalistas e funcionalista sistêmico.

O Projeto de Lei, tem como proposta, criar uma nova hipótese legal de causa de justificação consistente em legítima defesa, para os casos em que as Forças Armadas estejam sendo empregadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), bem como as forças de segurança pública, previstas no artigo 144 da Constituição Federal, quando empregadas em apoio às Forças Armadas, nas referidas operações.

O projeto prevê em seu artigo 2º, *caput*, que em operações de Garantia da Lei e da Ordem, considera-se em legítima defesa o militar ou o agente que repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Em seu parágrafo único o PL conceitua a injusta agressão, pressuposto para a configuração da legítima defesa e explicita as hipóteses em que há injusta agressão presumida, no contexto de Operações de Garantia da Lei e da Ordem. Segundo o parágrafo único, são hipóteses presumidas de injusta agressão: I -a prática ou a iminência da prática de: a) ato de terrorismo nos termos do disposto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016; b) conduta capaz de gerar morte ou lesão corporal; II -restringir a liberdade da vítima, mediante violência ou grave ameaça ou III -portar ou utilizar ostensivamente arma de fogo.

No artigo 3º há a previsão de responsabilização pelo excesso doloso do agente, com possibilidade de atenuação de pena por parte do juiz.

No artigo 4º trata-se de aspectos procedimentais, como a impossibilidade de prisão em flagrante do agente no contexto da presente lei bem como das hipóteses de exclusão de antijuridicidade previstas no Código Penal e Código Penal Militar. Ainda no artigo 4º, em seus parágrafos, estabelece-se que haverá instauração de inquérito policial e cria-se o ônus do Ministério Público de provar a inexistência de causa de justificação ou de excesso doloso para a propositura de eventual ação penal.

No artigo 5º é elencada a hipótese de decretação de prisão preventiva, quando verificada a inexistência de causa de justificação ou quando provado o excesso doloso.

O artigo 6º determina que será relaxada a prisão em flagrante de agente que tenha agido dentro da hipótese prevista na referida norma e no artigo 7º determina que a defesa criminal de agentes em casos previstos na norma será feita pela advocacia geral da união. E o artigo 8º dispõe que nos casos referidos na norma em questão, os Códigos Penal e Penal Militar terão aplicação subsidiária.

Independente dos vários aspectos processuais polêmicos do referido projeto de lei, o que será analisado no presente artigo é especificamente a causa de justificação em questão, a saber, a legítima defesa presumida em situação de Operação de Garantia da lei e da Ordem.

O que se propõe é analisar a legítima defesa presente no PL 6125/2019, no contexto das teorias monistas e pluralistas das causas de justificação. Como toda causa de justificação, a legítima defesa tem como objetivo afastar a antijuridicidade presente na conduta típica do agente. sobre esse aspecto, as teorias monistas e pluralistas das causas de justificação, presentes na dogmática jurídico penal, têm como pano de fundo de suas teorizações, o fundamento axiológico dessas causas de justificação.

Para tanto, de forma prévia, será analisada as relações e aproximações entre os sistemas finalista e funcionalista sistêmico com o objetivo de refletir acerca de seus pontos em comum na esfera dogmático-jurídico penal, no que tange ao conceito de antijuridicidade e sua abrangência e dimensão normativa. Tal análise será objeto do capítulo dois.

No que tange a legítima defesa em específico, diversos são os problemas jurídico-dogmáticos examinados pelas correntes teóricas. Assim, para as teorias monistas o princípio condutor da causa de justificação será o emprego correto para a finalidade correta, ou a ponderação na colisão de valores, ou a consideração da pretensão a um bem existente na situação concreta, ou a regulação socialmente correta de interesses ou contra interesses².

Quanto as teorias pluralistas, estas combinam o princípio da ausência de interesse e o princípio do interesse preponderante, ou princípio do direito preponderante (direito de intervenção, como, v.g., na legítima defesa) com a da ausência de injusto (e.g., o consentimento)³. Ambas teorias serão apresentadas em suas linhas gerais no capítulo três.

Colocado tais pontos, o que se pretende é analisar, sob o enfoque dogmático-jurídico penal, a hipótese de exclusão de antijuridicidade prevista no projeto de lei, considerando, em especial, seu caráter *ex ante*, de fixação de injusta agressão, por meio de técnica legislativa presuntiva, no qual há claramente a definição de situação prospectiva e baseados em suspeita. Tal análise será realizada no capítulo quatro.

² JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición corregida, por J. Cuello Contreras y J. L. S. Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 420.

³ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición corregida, por J. Cuello Contreras y J. L. S. Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 420

Nesse sentido, também há que se determinar se a teoria monista, baseada exclusivamente em proteção de bens jurídicos seria apta a delinear de forma clara se a causa de justificação seria eficaz na referida proteção.

Tem-se, de forma prévia, que na abordagem monista, diante de sua perspectiva profundamente fundada em ideais iluministas, de matriz contratualista, levariam necessariamente, na análise, à conclusão da teoria do “espaço imune ao direito”⁴ para explicar a presente hipótese de exclusão de antijuridicidade. Tal hipótese será abordada no capítulo quatro.

1 A ANTIJURIDICIDADE NO ÂMBITO DO SISTEMA FINALISTA E SUA PROXIMIDADE COM O FUNCIONALISMO SISTÊMICO

O sistema finalista, ao desenvolver o conceito de antijuridicidade, tem como pressuposto que esta decorre da contrariedade da conduta do agente à ordem jurídica objetiva. Em suas palavras, Welzel, afirma que a antijuridicidade é um “juízo de desvalor” da conduta típica⁵. No entanto, tal “juízo de desvalor” da conduta, não é expresso por um indivíduo, mas sim pelo ordenamento jurídico como tal⁶. Assim, a antijuridicidade é um juízo de desvalor objetivo, que recai sobre a conduta típica e realiza-se com base num critério geral, a saber, o ordenamento jurídico.⁷

O caráter objetivo da antijuridicidade decorre da contrariedade ao ordenamento jurídico como um todo. Ou seja, no finalismo, a antijuridicidade da conduta decorre da própria contradição entre a realização do tipo e as exigências do direito. Assim, na teoria finalista, o conceito de antijuridicidade assume um papel relevante não só no âmbito penal, mas sim no ordenamento como um todo. Tendo isso em vista, é possível concluir, tal qual Welzel o fez, que há antijuridicidade quando a matéria de proibição prevista, por exemplo, no âmbito civil prevê a turbção arbitrária da posse no direito civil (art. 858 do Código civil alemão). Dentro

⁴ HASSAMER, Winfried. Direito penal: fundamentos, estrutura, política. Tradução: Adriana Beckman Meirelles. Editora Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 2008, p.189.

⁵ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 63.

⁶ Idem.

⁷ Ibidem, p. 64.

dessa perspectiva, a antijuridicidade, enquanto contrariedade da conduta em relação à ordem jurídica, não é condicionada pela matéria de proibição prevista em um determinado ramo do direito, mas sim, se caracteriza pela contrariedade a ordem jurídica como um todo. *O que é antijurídico em um setor do direito, é também em outro*⁸. A partir dessa definição de antijurídico, Welzel desvincula-o da matéria de proibição prevista no tipo, alçando-o a uma existência independente do tipo, demonstrando, em seu sistema a impossibilidade lógica da chamada teoria dos elementos negativos do tipo, na qual este funciona como *ratio essendi* da antijuridicidade, sendo, em última instância, fusionados antijuridicidade e tipicidade. Dentro dessa perspectiva, causas de justificação ao excluírem a antijuridicidade, excluem a própria tipicidade. Desenvolvida por Sauer e Mezger, considerava tipicidade a “antijuridicidade tipificada”.⁹ Welzel se distancia dessa abordagem por considerar que a conduta típica permite apenas que se considere, em princípio, sua antijuridicidade.¹⁰ Enquanto a teoria dos elementos negativos do tipo entende que a tipicidade é *ratio essendi* da antijuridicidade, no finalismo, a tipicidade é mero “indício” de antijuridicidade ou seja, *ratio cognoscendi*, já que o antijurídico deverá ser examinado a partir da ordem jurídica como um todo¹¹.

5

Não obstante Welzel divirja da posição adotada pelos neokantianos Sauer e Mezger, quanto aos elementos negativos do tipo, no qual uma causa de exclusão de antijuridicidade exclua a tipicidade, o pai do finalismo apresenta a adequação social como contraponto a adequação típica. Quando a conduta do agente se adequa ao tipo, diz Welzel, há indício de antijuridicidade. Em contrapartida, a conduta do agente é socialmente adequada quando representam o âmbito normal da liberdade de atuação social, que serve de base e é considerada tacitamente por ele¹². Quando há adequação social da conduta, esta é atípica, em razão da inexistência de sua face contrária: a adequação típica.

⁸ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 65.

⁹ Idem, p. 68.

¹⁰ WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Parte general. Trad. Calos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque DePalma Editor, 1956, p. 86

¹¹ Idem.

¹² WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 75.

Ao considerar a antijuridicidade como uma contradição entre a realização do tipo e as exigências do Direito, Welzel apresenta uma definição que aproxima sobremaneira as perspectivas do finalismo ao funcionalismo sistêmico de Jakobs.

No funcionalismo sistêmico, a tese central é de que a função do Direito Penal é de proteção da ordem jurídica. Por meio da pena, reafirma-se a vigência da norma, que foi afrontada pela conduta do agente¹³. O sistema jurídico não pode ser entendido de forma desvinculada da ordem social em que se configura. O sentido dado a pena e ao sistema jurídico é vinculado a ordem social que este sistema jurídico é configurado. Sob um ponto de vista eminentemente normativo, a pena e o Direito Penal têm a função de estabilizar as expectativas normativas em uma determinada ordem social¹⁴.

Assim, um comportamento contrário ao sistema jurídico, implica em geração de uma perturbação no âmbito das expectativas normativas das pessoas naquele determinado sistema social. Para restabelecer o equilíbrio das expectativas normativas do sistema jurídico e do sistema social, a pena surge como reação ou reafirmação de tal estabilidade normativa¹⁵. A conduta antijurídica, no funcionalismo sistêmico, sob uma perspectiva sociológica é uma ação dotada de sentido¹⁶. Sentido esse determinado pelo sistema social em que essa ordem jurídica está inserida.

Da mesma forma, no sistema finalista, a ação humana é dotada de sentido e é sobre esse sentido que ela deve ser analisada:

“a actividad, com tal, tiene una significación en la vida humana; ciertamente, sólo como actividad realizada con sentido, es decir, como actividad dirigida hacia el logro de una obra positiva; pero ese sentido lo conserva también entonces la actividad, aun cuando la obra no se haya alcanzado (valor del acto del trabajo)”¹⁷.

¹³ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición corregida, por J. Cuello Contreras y J. L. S. Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 8.

¹⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición corregida, por J. Cuello Contreras y J. L. S. Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 8

¹⁵ *idem*.

¹⁶ Por “ação dotada de sentido”, entende-se o conceito weberiano de ação social, como sendo “*una acción en donde el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de otros, orientándose por ésta en su desarrollo*” in WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Traducción de: José Medina Echevarria, et al. Editora Fondo de Cultura Económica. México. 1944, p. 5.

¹⁷ WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Parte general. Trad. Calos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque DePalma Editor, 1956, p. 2

Ou seja, toda conduta é um ato expressivo de significado (dotado de sentido), que, quando contrário à ordem jurídica objetiva, expressa uma contrariedade ao sistema de valores sociais expressos nas normas jurídicas. A sanção penal, então, como resposta à atitude de vulneração da norma jurídica e do sistema normativo como um todo, expressa a reafirmação da vigência da norma e do sistema jurídico como um todo.

Sendo assim, tanto a dimensão antijurídica de uma conduta, no contexto do finalismo welzeniano, quanto no funcionalismo sistêmico tem, como elemento determinante, a ideia de contradição com a ordem jurídica objetiva, podendo, com base nessa percepção, antever a influência do sistema finalista sobre o funcionalismo sistêmico. Ou seja, o conceito de antijuridicidade, enquanto contrariedade à ordem jurídica, presente no finalismo, sobrevive no funcionalismo sistêmico, enquanto conduta antijurídica que nega vigência à norma jurídica, criando um desequilíbrio no sistema social, que deve ser retomado, a partir da pena, que reestabelece o equilíbrio das expectativas normativas¹⁸.

Como há identidades no pensamento finalista welzeniano e funcionalista sistêmico, no que tange a antijuridicidade em sua definição conceitual, também há identidade quanto a natureza da antijuridicidade e sua relação com a tipicidade. Na concepção sistêmica, assim como na finalista, o postulado da unidade do ordenamento jurídico, exerce o papel de elemento definidor do conceito de antijuridicidade, distinguindo-o do conceito de tipicidade, na medida que traz, ao tratar das causas de justificação, da possibilidade de justificação da conduta por força da existência de uma justificadora presente em ramo do direito distinto do direito penal.

Seria, nesse sentido, o posicionamento comum da doutrina, de admitir a aplicabilidade universal de todas as causas de justificação, tendo como base, o postulado da unidade do ordenamento jurídico¹⁹ que se sustenta no conceito unitário de antijuridicidade.

Quanto ao aspecto das causas de justificação, as teorias finalistas e funcionalistas novamente se aproximam, em especial no que diz respeito ao fundamento da justificação. Nesse sentido, a base de tal fundamento se vincula às chamadas teorias “individualistas” ou “supraindividualistas” de fundamento das causas de justificação. As teorias “individualistas”,

¹⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición corregida, por J. Cuello Contreras y J. L. S. Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 422; WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Parte general. Trad. Calos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque DePalma Editor, 1956, p. 2

¹⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición corregida, por J. Cuello Contreras y J. L. S. Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 422.

baseadas na doutrina kantiana, têm como elemento condutor a ideia de que as causas de justificação em geral e a legítima defesa em especial teriam o propósito de proteger a bens jurídicos. Já as teorias “supraindividualistas”, baseadas na doutrina hegeliana, têm como premissa a ideia de que “o direito não tem de ceder ante o injusto”²⁰.

Nesse ponto, as teorias funcionalistas sistêmicas têm como premissa as abordagens supraindividuais, na medida que uma causa de justificação, muito mais do que o bem jurídico ameaçado, defenderia, acima de tudo o ordenamento jurídico como um todo²¹. Nesse sentido, a ideia básica de que o direito não tem de ceder ante o injusto se sustenta, como na colocação do idealizador da máxima, Albert Friedrich Berner, que no âmbito da legítima defesa, esta é uma forma de negação da negação do direito²².

Ao tratar da legítima defesa em sua obra, Welzel também expõe a máxima acima para explicitar o fundamento axiológico da legítima defesa em expressa adoção de um posicionamento, ao menos no que tange a esta causa de justificação, supraindividual:

“Defensa legítima es aquella defensa necesaria para contrarrestar una agresión antijurídica actual llevada contra quien se defiende o contra un tercer? (§ 53) . Su idea fundamental es: el derecho no precisa ceder ante lo injusto”²³.

²⁰ Importante ressaltar que as abordagens funcionais sistêmicas têm se debruçado sobre o tema do fundamento axiológico das causas de justificação em geral, assumindo, em parte, posições dualistas (em que entende haver um duplo fundamento axiológico para as causas de justificação, de cunho individualista e supraindividualista), ou que rechaçam ambas as abordagens para entender que o fundamento axiológico das causas de justificação seria a lesão da relação jurídica de liberdade negativa, imputável ao agressor. Sobre o ponto em questão: Kindhäuser, Urs. Acerca de la génesis de la fórmula “el derecho no necesita ceder ante el injusto”, in: PAWLIK, Michael, et al. La Antijuridicidad en el Derecho Penal: estudios sobre las normas permissivas y la legítima defensa. Editora B de F. Buenos Aires. 2013, p.66.

²¹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición corregida, por J. Cuello Contreras y J. L. S. Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 432; PAWLIK, Michael, et al. La Antijuridicidad en el Derecho Penal: estudios sobre las normas permissivas y la legítima defensa. Editora B de F. Buenos Aires. 2013 p. 67.

²² PAWLIK, Michael, et al. La Antijuridicidad en el Derecho Penal: estudios sobre las normas permissivas y la legítima defensa. Editora B de F. Buenos Aires. 2013 p. 78.

²³ WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Parte general. Trad. Calos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque DePalma Editor, 1956, p. 91.

2 AS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO: SUA FUNDAMENTAÇÃO DOGMÁTICA E TEORIAS

As causas de justificação têm como fundamento normas que permitem a execução de um comportamento que, *a priori*, são proibidos pelo ordenamento jurídico. Se diferenciam de comportamentos atípicos na medida que tais comportamentos não são adequados socialmente, ou seja, não são normais do ponto de vista social. Mas, ainda que não sejam socialmente adequados, em razão de seu contexto, o comportamento se torna socialmente tolerável. Essa tolerância decorre do próprio contexto da situação justificante²⁴.

Há, conforme as teorias dogmático-penais, diversas abordagens que buscam deduzir as causas de justificação de uma ou mais ideias fundamentais que funcionam como pressupostos legitimadores das causas de justificação. Dentre as teorias que procuram fundamentar as causas de justificação, duas categorias são relevantes: as teorias monistas e as teorias pluralistas. As teorias monistas são aquelas que tem como princípio condutor o emprego do meio correto para a finalidade correta, ou se baseiam na ponderação de princípios ou colisão de valores²⁵. Também conhecidas como teorias individuais, têm sua origem histórica nos ideais iluministas e se fundam, segundo teóricos, no pensamento kantiano²⁶.

Quanto as teorias pluralistas, estas se fundam em aspectos mais concretos, por se basearem em combinação de princípios, como o princípio da ausência de interesse e o princípio do interesse preponderante, ou princípio do Direito preponderante com o da ausência de injusto. As teorias pluralistas se baseiam em uma abordagem supraindividual, na medida que consideram a proteção da ordem jurídica como fundamento da justificação²⁷.

Se considerarmos a teoria monista, tendo como base o contratualismo iluminista, uma série de problemas acerca do fundamento da justificação se mostram presentes. Isso porque, quando as teorias contratualistas de matriz hobbesiana afirmavam um direito à legítima

²⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición corregida, por J. Cuello Contreras y J. L. S. Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 420.

²⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición corregida, por J. Cuello Contreras y J. L. S. Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 420

²⁶ PAWLIK, Michael, et al. *La Antijuridicidad en el Derecho Penal: estudios sobre las normas permissivas y la legítima defensa*. Editora B de F. Buenos Aires. 2013 p. 3

²⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición corregida, por J. Cuello Contreras y J. L. S. Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 420.

defesa em face de uma agressão injusta, consideravam que neste ponto o contrato social havia sido rompido, o que justificaria a legítima defesa com base em um direito natural do agente de preservar sua vida ou liberdade em razão do descumprimento, por parte do Estado, do contrato social²⁸.

Diante disso, não haveria uma conduta amparada pela ordem jurídica que repeliria uma conduta antijurídica de agressão. Haveria, concomitantemente, duas condutas que não estariam amparadas pela ordem jurídica. De um lado, a conduta agressiva, contraria a ordem jurídica, de outro, uma conduta baseada não na ordem jurídica mas em uma direito transcendente, que se funda em uma ordem pré-jurídica²⁹.

Hassemer trata do tema sob o enfoque dado por Arthur Kaufmann ao conceito de “espaço imune ao Direito”, no sentido de que a ordem jurídica não sabe dizer qual é a decisão correta, trata-se de um necessidade existencial, uma situação limite, não o Direito, mas sim o indivíduo, deve decidir com competência própria o que deve ser feito. Ao direito, cabe respeitar essa decisão³⁰.

10

Quanto as teorias pluralistas, por se fundarem em combinação de princípios e se basearem em uma perspectiva supraindividual, apresentam, além de critérios como de ausência de interesse e o princípio de interesse preponderante, ou princípio do Direito preponderante com o da ausência de injusto.

Com base nas teorias pluralistas, Jakobs, apresenta uma classificação de justificação em três grupos³¹:

- I) No primeiro grupo, a justificação é a consequência de um comportamento organizatório da vítima da agressão. O fundamento da justificação pode ser designado como “*princípio da responsabilidade*”, ou também chamado, “*princípio da causação*” por parte da vítima da agressão. O fundamento para o comportamento justificado consiste no fato da vítima da agressão

²⁸ PAWLIK, Michael, et al. La Antijuridicidad en el Derecho Penal: estudios sobre las normas permissivas y la legítima defensa. Editora B de F. Buenos Aires. 2013 p. 72

²⁹ PAWLIK, Michael, et al. La Antijuridicidad en el Derecho Penal: estudios sobre las normas permissivas y la legítima defensa. Editora B de F. Buenos Aires. 2013 p. 72.

³⁰ HASSEMER, Winfried. Direito penal: fundamentos, estrutura, política. Tradução: Adriana Beckman Meirelles. Editora Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 2008, p.190.

³¹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición corregida, por J. Cuello Contreras y J. L. S. Gonzalez de Murillo, Ma-drid: Marcial Pons, 1997, p. 421.

dever responder pelas consequências de seu comportamento organizatório. Como exemplo cita-se a legítima defesa, o estado de necessidade defensivo contra agressor, a prisão temporária, o auto-auxílio e diversos direitos funcionais³².

- II) Quanto ao segundo grupo, o princípio reitor é o *princípio da definição do interesse por parte da própria vítima da intervenção*. Nesse grupo, o fundamento consiste no fato de a vítima da intervenção definir esta última como vantajosa ou, no mínimo, aceitável, ou seja, ela administra seus interesses, reestruturando-os. Como exemplos temos o consentimento justificante e a autorização oficial justificante. Também nesse grupo se insere o estado de necessidade nos bens da pessoa ameaçada pelo perigo, bem como o consentimento presumido³³.
- III) E, finalmente, no terceiro grupo, o fundamento da justificação é o *princípio da solidariedade*. A vítima da intervenção é exigida no interesse de outras pessoas, sobretudo a coletividade. Como exemplo cita-se os mais diversos direitos funcionais, os quais concedem um direito à intervenção já em caso de suspeita (i.e., nem sempre coberto pelo princípio da responsabilidade) e, especialmente o estado de necessidade agressivo³⁴.

Em relação ao princípio da solidariedade, Jakobs afirma que se deve aplicar as seguintes regras de proporcionalidade entre o dano da intervenção e o bem salvo³⁵:

- a) Quem ativou culpavelmente o processo causal danoso deve suportar todos os ônus de sua eliminação; aquele que, sem ter se comportado culpavelmente, é responsável por um processo causal, deve suportar os ônus até o limite em que qualquer pessoa deve suportá-los acarretados por sua esfera organizatória³⁶;
- b) Se a reestruturação no interesse da vítima da intervenção é feita sem sua cooperação, o saldo alcançado tem de ser positivo. Se a vítima coopera, basta

³² Idem.

³³ Idem.

³⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición corregida, por J. Cuello Contreras y J. L. S. Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 421

³⁵ Idem, p. 422.

³⁶ Ibidem.

que a reestruturação ainda possa ser entendida como administração juridicamente razoável de interesses³⁷;

- c) Exigir (a vítima) por razões de solidariedade requer não apenas que o saldo final seja positivo (do contrário, faltaria um motivo fundado até mesmo para as reestruturações dentro de uma esfera organizatória, como se expôs em b), mas também que ele prevaleça de maneira relevante. Essa relevância corresponde à limitação do dever geral de auxílio em situações emergenciais³⁸.

Definidas essas balizas, e tendo como postulado a unidade do ordenamento jurídico, Jakobs passa a analisar a determinação dos elementos justificantes prospectivos e baseados em suspeita. Neste ponto, a questão que se coloca como essencial para a determinação de um comportamento considerado sob o manto da causa de justificação, é de saber a partir de que perspectiva é que se deve determinar seja a ameaça da lesão de um bem por uma agressão (legítima defesa), seja o perigo para um bem e a dimensão do risco (estado de necessidade), bem como a necessidade de contramedidas (elemento de conteúdo prospectivo)³⁹. Tendo em vista o conteúdo prospectivo, em geral a perspectiva é estabelecida objetivamente, evidenciando uma ruptura com as regras relativas ao erro, mas *ex ante*. Jakobs então afirma que em determinadas circunstâncias, não só a determinação de elementos prospectivos por seu conteúdo, senão de todos os elementos é feita subjetivamente, ou então, *ex ante*. Ambas soluções correspondem, segundo Jakobs, à controvérsia acerca da posição do resultado do injusto, ante aquelas posições cujo representantes advogam pela exclusiva relevância de um injusto da conduta – determinado subjetivamente com maior ou menor intensidade. Para Jakobs, problemas análogos surgem nas causas de justificação que permitem uma intervenção já no caso de uma suspeita (determinada de que maneira?) relativamente a um acontecimento passado, como, por exemplo, a prisão preventiva em caso de suspeita fundada de um crime (que é mais um fundamento da prisão)⁴⁰.

Jakobs rechaça o primeiro fundamento, argumentando que é muito genérico, uma vez que o risco de erro, por exemplo, no caso de estado de necessidade, em que pode se pode

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición corregida, por J. Cuello Contreras y J. L. S. Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 424

⁴⁰ Idem, p. 426.

intervir nos bens de pessoas não envolvidas, não precisa se necessariamente distribuído, como na legítima defesa, onde o agressor produz, ao mesmo tempo em que a agressão, o risco de erro do defensor⁴¹.

O mesmo vale, segundo Jakobs, para o segundo entendimento, segundo o qual, todos os elementos do tipo justificante são determinados *ex ante* – subjetiva ou objetivamente. Assim torna-se evidente, sobretudo na legítima defesa, que se deve diferenciar: faltando objetivamente uma agressão antijurídica, não existe agressor a quem se possa imputar uma defesa objetivamente necessária⁴².

Em conclusão, Jakobs afirma que o que importa é saber qual dos envolvidos suporta o risco do erro⁴³.

3 APATRIDA: A (DES)CONSIDERAÇÃO DO ESTADO

O Estado-nação se relevou determinante na definição dos critérios e atribuições da nacionalidade, os países têm adotam, de forma geral, critérios semelhantes para determinar seus nacionais, buscando evidências significativas que indiquem a ligação entre o sujeito e o Estado. E, embora as regras variem, em razão da discricionariedade que possuem nessa decisão, há algumas características básicas para identificar esta ligação, consideradas, por muitos doutrinadores, como critérios de admissibilidade da nacionalidade. (DALTRO, 2022, p. 210).

A nacionalidade “originária”, isto é, aquela que decorre de um ato involuntário que é o nascimento e que se impõe a cada cidadão sem que lhe seja necessário tomar uma iniciativa, quer se trate da nacionalidade “adquirida”, no seguimento de uma opção explícita do indivíduo dentro do quadro oferecido pelo legislador nacional através de critérios de naturalização.

Para a aquisição de nacionalidade originária, verificam-se três sistemas que podem ser adotados pela legislação interna dos países: o *ius sanguinis*, literalmente traduzido como “direito de sangue”, através do qual o descendente adquire a nacionalidade do seu ascendente; o *ius soli*, conhecido como “direito de solo”, através do qual o indivíduo adquire a nacionalidade do Estado em cujo território ele nasceu; e o sistema misto, que admite as duas formas anteriores.

⁴¹ Idem.

⁴² Idem, p. 424.

⁴³ Ibidem.

O critério do *ius sanguinis* era geralmente adotado por países de grandes correntes emigratórias que buscavam manter o ideal de sua nacionalidade. O *ius soli*, por sua vez, era adotado por países – em geral em via de desenvolvimento – que, buscando formar uma nova comunidade baseada na ideia de povoamento, concedendo nacionalidade a todos os nascidos em seu território, ainda que filhos de pais estrangeiros.

A nacionalidade derivada ou secundária é adquirida mediante naturalização, definida como o ato pelo qual alguém adquire a nacionalidade de outro país. Resulta, na grande maioria das vezes, do casamento do indivíduo com um nacional ou da sua residência prolongada no território de um Estado diferente do Estado de origem.

Embora a se tenha declarado – a exemplo do caso *Nottebohm* Corte – que questões de nacionalidade deveriam ser dirimidas no âmbito interno dos Estados, tal direito elementar eram limitadas pela lei internacional, que atendiam aos interesses dos Estados. Conflitos de nacionalidade não eram evitados, porque o direito internacional reconhecia ambos os critérios do *ius sanguinis* e *ius soli* como base da aquisição de nacionalidade por nascimento, e, assim, dupla nacionalidade era comum. No entanto, a apatridia não era evitada, e muitos indivíduos foram, portanto, impossibilitados de requererem a nacionalidade de um Estado e, por isso, não teriam amparo de nenhum. (KLEIN JUNIOR; OLSSON, 2020, p. 124). A ausência do reconhecimento de direitos nacionais significa também e, por conseguinte, a perda dos direitos humanos (ARENDT, 2004 p. 325).

A definição jurídica internacional de “apátrida”⁴⁴, atribuída pela Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, designa a pessoa que não é considerada nacional por nenhum Estado, em termos de sua legislação (BRASIL, 2002a). Em outras palavras, significa que a pessoa que não é considerada como nacional por nenhum Estado, ou, ainda, não ter nacionalidade ativa. Algumas nascem apátridas, outras tornam-se apátridas, porém nem todos os apátridas são refugiados.

A principal diferença entre o instituto da apatridia e o refúgio consiste no fato de que os primeiros não possuem vínculo de nacionalidade com nenhum Estado. Na contramão, os refugiados⁴⁵ são indivíduos que possuem nacionalidade, são reconhecidos como cidadãos de

⁴⁴ Convenção foi promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002.

⁴⁵ O Estatuto dos Refugiados (também chamada de Convenção de 1951 da ONU sobre Refugiados) foi adotado em 28 de julho de 1951, pela Organização das Nações Unidas (ONU) define quem vem a ser um refugiado e

direitos e deveres de seu país de origem, mas em razão de fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou participação em grupos sociais, não podem permanecer em seu território, migrando para outro.

A literatura jurídica, ainda, divide os apátridas em dois grupos distintos: os apátridas *de jure* e os apátridas *de facto*. Os primeiros são representados pelos indivíduos que não são considerados nacionais de nenhuma nação; já o apátrida *de facto* refere-se a situação de um indivíduo que tem a nacionalidade de um Estado, mas tendo deixado esse Estado, não goza de nenhuma proteção por parte deste, quer por se recusar a pedir essa proteção, quer por o Estado se recusar a protegê-lo. (OIM, 2009, p. 8-9).

3.1 FATORES QUE DÃO ORIGEM À APATRIDIA

A filósofa política alemã de origem judaica Hannah Arendt, que dedica parte de sua obra a analisar o fenômeno da apatridia, vivenciou a privação de direitos e perseguição na Alemanha diante do nazismo, tendo vivido a experiência de ser apátrida durante os primeiros anos de exílio nos Estados Unidos. Para ela, a situação singular dos apátridas não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem leis para eles. (ARENDT, 2004, p. 335).

De acordo com Hannah Arendt (2004), a ebulição interna nos recém-criados Estados-Nação da Europa do século XX, provocou uma onda de desrespeito aos direitos dos apátridas, o que levou os grupos europeus minoritários a concluir que não existiam direitos humanos para aqueles que não possuíam nacionalidade.

esclarece os direitos e deveres entre os refugiados e os países que os acolhem, cabendo aos Estados definir por lei, o procedimento para a solicitação do refúgio. De acordo com a Convenção de 1951, são refugiadas as pessoas que se encontram fora do seu país por causa de fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou participação em grupos sociais, e que não possa (ou não queira) voltar para casa (BRASIL, 1961). Atualmente, porém, adota-se a definições mais amplas, considerando como refugiados as pessoas obrigadas a deixar seu país devido a conflitos armados, violência generalizada e violação massiva dos direitos humanos.

Infelizmente, a situação atual não é muito diferente. De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR)⁴⁶, um ou mais fatores podem dar origem à apatridia (UNHCR, 2021):

O primeiro fator é discriminação com base na raça, etnia, religião, idioma ou gênero. Os Estados também podem privar os cidadãos de obter a nacionalidade por meio de mudanças na lei que usam critérios discriminatórios. A discriminação de gênero, por exemplo, impede que mulheres transmitam sua nacionalidade em igualdade de condições com os homens. Consequentemente, as crianças podem ficar apátridas quando os pais são apátridas, desconhecidos, desaparecidos ou falecidos.

O segundo fator determinante da apatridia são as lacunas nas leis de nacionalidade. Cada país tem suas próprias leis que estabelecem as circunstâncias em que alguém adquire a nacionalidade. Se essas leis não forem elaboradas com cuidado e corretamente, algumas pessoas podem ser atingidas pelo instituto da apatridia.⁴⁷

O terceiro fator é quando as pessoas se mudam dos países onde nasceram, o conflito de leis de nacionalidade pode dar origem ao risco de apatridia. Por exemplo, uma criança nascida em um país estrangeiro pode correr o risco de se tornar apátrida se esse país não permitir a nacionalidade baseada apenas no nascimento e se o país de origem não permitir que um dos pais passe a nacionalidade para filhos nascidos no exterior.

Outro motivo importante é o surgimento de novos Estados e mudanças no que tange a legislação de concessão de nacionalidade nas fronteiras. Em muitos casos, grupos específicos podem ficar sem nacionalidade e, mesmo quando novos países permitem nacionalidade para todos, as minorias étnicas, raciais e religiosas frequentemente têm dificuldade em provar sua ligação com o país.

⁴⁶ O ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados ou Agência da ONU para Refugiados (em inglês, *United Nations High Commissioner for Refugees, UNHCR*) é uma agência da ONU que atua para assegurar e proteger os direitos das pessoas em situação de refúgio no mundo.

⁴⁷ O critério *ius solis* é, via de regra, o adotado no art. 12, I, “a” da Constituição Federal (CF). Assim, qualquer pessoa que nascer no território brasileiro, mesmo que seja filho de pais estrangeiros, será considerado brasileiro. Os pais estrangeiros, no entanto, não podem estar a serviço de seu país. Até meados de 2007, havia uma lacuna na legislação levando filhos de brasileiros, nascidos no exterior cujo país adotava o critério *ius sanguinis* – sem que os pais estivessem a serviço da República Federativa – à privação da nacionalidade originária brasileira. Com a Emenda Constitucional nº 54/2007, passou-se a atribuir a nacionalidade originária aos nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, conforme art. 12, I, “c”, primeira parte da CF (BRASIL, 1988).

Como quinto fator, registra-se a apatridia causada pela perda ou privação da nacionalidade. Em alguns países, os cidadãos podem perder a nacionalidade simplesmente por terem vivido fora do país por um longo período. Casos mais graves são registrados, decorrentes desse fenômeno que pode ser denominado de desnacionalização. Cita-se a decisão de 2013 da justiça da República Dominicana que despojou a nacionalidade de milhares de dominicanos de origem haitiana, sob o pretexto de que seus ascendentes haitianos eram migrantes irregulares no país (RIBEIRO, SILVA, 2017).

Por fim, registra-se as situações em que os indivíduos podem ser atingidos pela apatridia se não puderem provar os vínculos com um Estado. Ser indocumentado não é o mesmo que ser apátrida. No entanto, a falta de registro de nascimento pode colocar as pessoas em risco de apatridia, pois a certidão de nascimento fornece prova de onde a pessoa nasceu e de sua filiação – informações essenciais para estabelecer a nacionalidade.

Verifica-se que a maioria das populações apátridas conhecidas no mundo pertence a grupos minoritários. Segundo o ACNUR, há pelo menos 10 milhões de pessoas em todo o mundo que vivem sem qualquer nacionalidade (UNHCR, 2020, p. 4).

Diante desse contexto e buscando o compromisso total da comunidade internacional para acabar com a apatridia, em 4 de novembro de 2014, o ACNUR lançou a Campanha *#IBelong*, em português: “Eu pertença”, em conjunto com o *Global Action Plan to End Statelessness: 2014–2024 (Global Action Plan)*, em português: Plano de Ação Global para Acabar com a Apatridia: 2014-2024 (Plano de Ação Global), desenvolvido em consulta com os Estados, civis sociedade e organizações internacionais, em que se estabelece um quadro de orientação composto por 10 ações a serem implementadas pelos Estados a fim de se erradicar a apatridia em 10 anos. O Plano inclui resolver as situações existentes de apatridia; prevenir o surgimento de novos casos de apatridia; e identificar e proteger melhor os apátridas. (UNHCR, 2020).

3 ANÁLISE DO PL 6125/2019 À LUZ DAS TEORIAS MONISTAS E PLURALISTAS DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

O Projeto de Lei, tem como proposta, criar uma nova hipótese legal de causa de justificação consistente em legítima defesa, para os casos em que as Forças Armadas estejam sendo

empregadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), bem como as forças de segurança pública, previstas no artigo 144 da Constituição Federal, quando empregadas em apoio às Forças Armadas, nas referidas operações.

O projeto prevê em seu artigo 2º, *caput*, que em operações de Garantia da Lei e da Ordem, considera-se em legítima defesa o militar ou o agente que repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Em seu parágrafo único o PL conceitua a injusta agressão, pressuposto para a configuração da legítima defesa nos seguintes termos:

Parágrafo único. Considera-se injusta agressão, hipótese em que estará presumida a legítima defesa:

I - a prática ou a iminência da prática de:

a) ato de terrorismo nos termos do disposto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016; ou

b) conduta capaz de gerar morte ou lesão corporal;

II - restringir a liberdade da vítima, mediante violência ou grave ameaça; ou

III - portar ou utilizar ostensivamente arma de fogo.

Como se pode notar, o projeto prevê que, nos casos especificados no presente parágrafo único, a legítima defesa estará presumida. Bem como há determinação expressa de que as hipóteses elencadas configuram injusta agressão. Também, se observarmos os incisos do parágrafo único, com exceção do inciso II que configura hipótese em que a agressão é elementar da conduta (mediante violência ou grave ameaça), todas as outras condutas consideradas como agressão injusta, são crimes de perigo.

Diante da presente circunstância, consideraremos, inicialmente, a hipótese de presunção de legítima defesa, ou seja, a hipótese de presunção de causa de justificação, a teor da teoria pluralista.

Se considerarmos o *princípio da responsabilidade*, ou da causação, no sentido de que a vítima da agressão (injusta) deve responder pelo seu comportamento organizatório, a situação de conflito deve ser totalmente imputada, segundo Jakobs, à vítima da intervenção. Além disso,

a ligação entre o conflito e a esfera organizatória da vítima da intervenção precisa existir realmente (objetivamente, *ex post*), *sem qualquer possibilidade de um prognóstico*. Pois, segundo Jakobs, não existindo realmente a ligação, falta o motivo para obrigar a vítima da intervenção a tolerar uma medida que pressuponha sua responsabilidade. Nessa hipótese, a perspectiva da vítima da intervenção (quando é que se deve tolerar?), domina, portanto, sobre a perspectiva do interveniente (quando é que uma agressão parece adequada?)⁴⁸.

Ou seja, como Jakobs expõe, nos casos em que o a causa de justificação se insere no grupo regido pelo princípio da responsabilidade, há que se ter uma ligação real e iminente, oriunda da esfera organizatória da vítima da intervenção (e.g. uma agressão objetivamente idônea *ex post*). A exemplo disso, poderíamos observar a situação em que o agressor efetivamente porta uma arma de fogo, carregada, e a aponta à vítima com o intuito de atirar em direção desta, a fim de matá-la. Ao fazê-lo, o agressor, em sua esfera organizatória, determina objetivamente o resultado danoso à vítima, permitindo, em relação à essa esfera organizatória do agressor, uma reação por parte da vítima, a que o agressor deve tolerar, por ser responsável pelo seu comportamento organizatório. Sendo assim, a presunção de legítima defesa bem como a determinação *ex ante*, das hipóteses em que há agressão, não se coadunam com o grupo das causas de justificação presentes no primeiro grupo⁴⁹.

O segundo grupo de causas de justificação, que tem como *princípio básico o da definição do interesse por parte da própria vítima de intervenção*, não é aplicável ao caso em questão tendo em vista a ausência de consentimento tácito ou expresso por parte da vítima da intervenção. Nesse caso, o que se pode observar à título de exemplo, seria nos casos de lesões produzidas em campeonatos de lutas nos quais ambos lutadores consentem tacitamente na intervenção em sua esfera organizatória ou nos casos de cirurgias em que o paciente consente, tácita ou expressamente, na intervenção em sua esfera organizatória. Há também os casos de estado necessidade sobre bens das pessoas vítima da intervenção.

⁴⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición corregida, por J. Cuello Contreras y J. L. S. Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 426

⁴⁹ Idem.

Quanto ao terceiro grupo, que tem como fundamento o *princípio da solidariedade*, no qual a vítima da intervenção é exigida no interesse de outras pessoas, sobretudo da coletividade, Jakobs alerta para se verificar se o motivo para o comportamento justificado não estiver situado na esfera organizatória da vítima, será uma questão de oportunidade se o dever de tolerância da vítima está ligado a uma situação determinada *ex ante* ou *ex post*. E pondera que em favor da primeira perspectiva, fala o interesse do interveniente em não ser posteriormente desautorizado pela constatação *ex post* da falta de um direito de agressão. Em favor da segunda perspectiva, fala o interesse da vítima da intervenção em somente precisar tolerar solidariamente se houver necessidade real (determinada *ex post*). E conclui, afirmando que a lei, com seus elementos como perigo ou suspeita, escolhe a perspectiva *ex ante*; esses conceitos perdem seu conteúdo em uma consideração *ex post* (somente é perigoso *ex post* aquilo que, sem conduta de salvamento, causa)⁵⁰.

E conclui, Jakobs, dizendo que no princípio da solidariedade, o contato social é imposto à vítima da intervenção. Por isso, ela pode confiar em um arranjo ideal do comportamento de cuja justificação se trata; logo, a perspectiva *ex ante* deve ser determinada *objetivamente*, sem consideração das fraquezas individuais. Nas condutas funcionais, sobretudo, o funcionário público não pode pretender que se considere a incapacidade individual⁵¹.

Não se pode esquecer que mesmo nas hipóteses em que as causas de justificação se inserem no princípio da solidariedade, há referência de Jakobs acerca das regras e proporcionalidade entre dano e intervenção. Nesse sentido, as hipóteses elencadas, não obstante permitam, com base no princípio da solidariedade, que sejam consideradas como um comportamento organizatório por parte da vítima da intervenção, que devem tolerar a referida intervenção, ainda assim, a definição em caráter prospectivo, *ex ante* e baseado em suspeitas, exigem que exista uma determinação objetiva, mesmo *ex ante*, que se traduziria em elementos comprobatórios fortes de que a intervenção seria de fato uma das hipóteses veiculadas na norma.

⁵⁰ Idem, p. 427.

⁵¹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición corregida, por J. Cuello Contreras y J. L. S. Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 427.

No presente caso, à título de exemplo, pode-se citar a exigência de determinação de elementos objetivos, *ex ante*, para decretação de prisão preventiva, como elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro, quais sejam, a prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria. Ainda nesse contexto se pode elencar, ainda a título de exemplo, os casos de prisão em flagrante dentro das condições objetivas definidas *ex ante*, presentes no artigo 302 do Código de Processo Penal brasileiro, como a presença de produtos do crime ou utensílios utilizados pelo criminoso, logo após sofrer a intervenção. Nos referidos exemplos, presentes essas hipóteses objetivas, definidas normativamente, há permissão para intervenção na esfera organizatória do agente, mesmo que baseada em suspeitas, que se submeterão, *ex post* a confirmação das suspeitas que autorizaram a intervenção, sob pena de ilegalidade da conduta.

5 CONCLUSÃO

Podemos concluir que, em uma análise do projeto de Lei, considerando a teoria pluralista das causas de justificação, conforme exposto por Jakobs, no que tange as hipóteses legais de presunção de legítima defesa, não caberia a inserção da previsão legal no grupo relacionado ao princípio da responsabilidade ou causação, tendo em vista a exigência de uma agressão real e não mera presunção. E quanto ao grupo relacionado ao princípio da solidariedade, ainda que seja possível a inserção da norma nesse grupo há que ser considerada mesmo nas hipóteses em que as causas de justificação se inserem no princípio da solidariedade, há referência de Jakobs acerca das regras e proporcionalidade entre dano e intervenção. Nesse sentido, as hipóteses elencadas, não obstante permitam, com base no princípio da solidariedade, que sejam consideradas como um comportamento organizatório por parte da vítima da intervenção, que devem tolerá-la, ainda assim, a definição em caráter prospectivo, *ex ante* e baseado em suspeitas, exige que exista uma determinação objetiva, mesmo *ex ante*, que se traduziria em elementos comprobatórios fortes de que a intervenção seria de fato uma das hipóteses veiculadas na norma.

Assim, mesmo que a norma em análise crie uma hipótese de intervenção baseada no princípio da solidariedade, permitindo que militares das forças armadas em situação de operação de garantia da lei e da ordem (GLO) atuem acobertados por causa de justificação, quando presentes as hipóteses expressamente previstas na referida Lei, ainda assim, tais

hipóteses devem ser lastreadas em elementos comprobatórios fortes de que essa intervenção seria uma dessas hipóteses. Exemplo disso seriam as hipóteses de atividade terrorista, em que permitira a atuação justificada dos agentes estatais, mas que devem se basear em elementos comprobatórios fortes da existência de atividade terrorista. Se tais suspeitas não se confirmam ex post, não há causa de justificação, havendo responsabilização dos agentes pela conduta.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Projeto de Lei nº 6125, de 2019. **Estabelece normas aplicáveis aos militares em operações de Garantia da Lei e da Ordem.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2230394>. Acesso em: 27 dez. 2024.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal:** fundamentos, estrutura, política. Tradução: Adriana Beckman Meirelles. Editora Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 2008,

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal.** Parte General. 2ª. Edición corregida, por J. Cuello Contreras y J. L. S. Gonzalez de Murillo, Ma-drid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.** Traducción de: Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas. 2003.

PAWLIK, Michael, et al. **La Antijuridicidad en el Derecho Penal:** estúdios sobre las normas permissivas y la legítima defensa. Editora B de F. Buenos Aires. 2013

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WEBER, Max. **Economía y sociedad.** Traducción de: José Medina Echevarria, et al. Editora Fondo de Cultura Económica. México. 1944.

WELZEL, Hans. **Derecho penal.** Parte general. Trad. Calos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque DePalma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal.** Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

Submissão: 11/04/2023

Aceito para Publicação: 27/12/2024

DOI: 10.22456/2317-8558.131196