

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

JHONATAN FERNANDO FERREIRA

DOS CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA TUTELA
PENAL AOS BENS JURÍDICOS ESSENCIAIS

São Paulo

2024

JHONATAN FERNANDO FERREIRA

DOS CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA TUTELA
PENAL AOS BENS JURÍDICOS ESSENCIAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana
Mackenzie, como requisito parcial à obtenção de título de
Mestre em Direito Político Econômico.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Humberto Barrionuevo Fabretti

COORIENTADORA: Prof. Dra. Orly Kibrit

São Paulo

2024

FICHA CATALOGRÁFICA

F386d Ferreira, Jhonatan Fernando.
Dos crimes contra o estado democrático de direito e da tutela penal aos bens jurídicos essenciais : [recurso eletrônico] / Jhonatan Fernando Ferreira.
1 MB.

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2024.
Orientador: Prof. Dr. Humberto Barrionuevo Fabretti.
Referências bibliográficas: f. 95-103.

1. Crimes contra o Estado democrático de Direito. 2. Bens jurídicos essenciais. 3. Segurança nacional. I. Fabretti, Humberto Barrionuevo, *orientador*. II. Título.

CDDir 341.5514

FOLHA DE IDENTIFICAÇÃO DA AGÊNCIA DE FINANCIAMENTO

Autor: Jhonatan Fernando Ferreira

Programa de Pós-Graduação: *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico

Título do Trabalho: Dos Crimes contra o Estado Democrático de Direito e da Tutela Penal aos Bens Jurídicos Essenciais

O presente trabalho foi realizado com o apoio de ¹:

- CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
- CNPq - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
- FAPESP - Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo
- Instituto Presbiteriano Mackenzie/Isenção integral de Mensalidades e Taxas
- MACKPESQUISA - Fundo Mackenzie de Pesquisa
- Empresa/Indústria:
- Outro:

¹Observação: caso tenha usufruído mais de um apoio ou benefício, selecione-os.

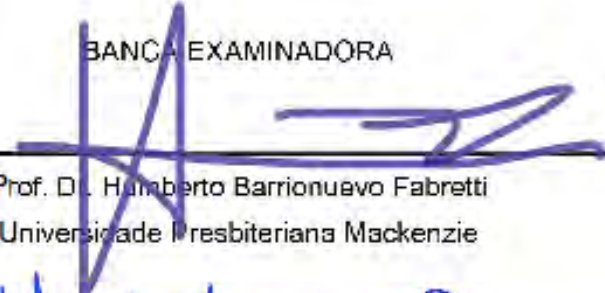
JHONATAN FERNANDO FERREIRA

DOS CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA
TUTELA PENAL AOS BENS JURÍDICOS ESSENCIAIS

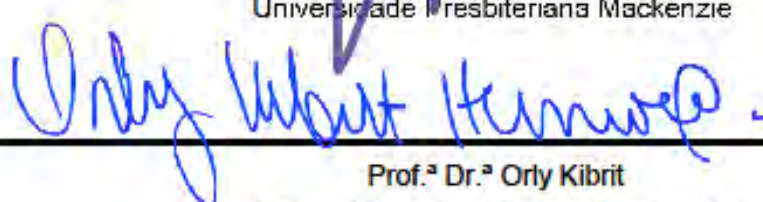
Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção de título de Mestre em Direito Político Econômico.

Aprovado em 27 de maio de 2024.

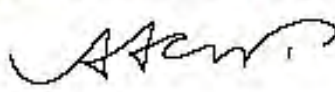
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Humberto Barrionuevo Fabretti
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof.ª Dr.ª Orly Kibrit
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Alexis Couto de Brito
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Fernando Tadeu Marques
Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Ao meu pai, João Ferreira, o homem mais valente que conheci nesta vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, João Ferreira, meu herói. Recentemente, de forma inesperada, deixou-me para contemplar o plano celestial e para se ajuntar com seus entes já desencarnados que tanto amou em vida. Entretanto, com a mais absoluta certeza, sei que esse nobre homem me guia de lá de cima e ainda se orgulhará muito do seu amado filho. Foi um exemplo de homem, visto que criou e educou 03 (três) filhos e, mesmo sendo tão humilde, semianalfabeto, nunca deixou faltar nada para a sua prole. Em breve, olharei confiante para o céu e direi, “vim, vi e venci”. Para todo o sempre: muito obrigado, anjo! Um sol maior para você!

À minha amada mãe, Thereza de Fátima Bombarda, mulher sem igual, que nunca desistiu da vida diante das dificuldades que lhe foram impostas em seu caminho. Exemplo de fé, de força e de persistência. Com ela, aprendi que a religião necessária para a evolução do mundo é a caridade. Orgulho-me da mulher que se tornou na ausência do meu pai, abandonando seu emprego para cuidar de sua sogra, minha avó, assim, assumindo todas as responsabilidades da casa e da família. Proporcionou que eu chegasse até aqui para findar essa etapa tão importante para o meu crescimento profissional.

Às minhas irmãs, Adriele Camila Ferreira e Mariele Maiara Ferreira, obrigado por toda a parceria e por todo o cuidado que tiveram quando da minha ausência de casa. Estarei sempre ao lado de vocês, compartilhando as dores e as conquistas.

À minha sobrinha, Giovanna Batista Ferreira Vieira, que, com a morte do meu pai, trouxe vida para a minha família.

Às minhas avós, Lionida Sancha Ferreira e Durvalina Adegas Bombarda, por terem proporcionado a minha família.

À minha mãe do coração, Adenir Alves de Paula, que me ensinou muito do que sou hoje, inclusive, sobre o significado de resiliência.

Às minhas madrinhas, Maria do Carmo e Leonor Sanches Marques, que oraram incansavelmente para que esse dia chegasse.

A todos os meus amigos, em especial, ao meu irmão de vida, Pedro Paggi Simões, o qual me apoiou incondicionalmente nesse período.

Ao Doutor Fernando Tadeu Marques, professor que me fez enxergar o direito não apenas como uma ciência jurídica, mas também como uma ciência social que vai além dos limites normativos. Inclusive, em razão da sua linha de pesquisa, tive a graça de tê-lo em minha banca.

Também não poderia deixar de agradecer ao Professor Doutor Jorge Mamede Masseran, o qual, recentemente, nos deixou para contemplar o plano espiritual. Meus mais sinceros agradecimentos.

Não menos importante, ao meu orientador, Doutor Humberto Barrionuevo Fabretti, exímio causídico e professor vocacionado. Graças à sua disponibilidade e à sua dedicação, pude concluir este trabalho.

Também deixo meus sinceros agradecimentos à minha coorientadora, Doutora Orly Kibrit, a qual contribuiu substancialmente para a concretização dos objetivos traçados no presente estudo, em ênfase, a demonstração da importância das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ademais, agradeço aos professores Alexis Couto de Brito e Gustavo Junqueira, os quais contribuíram para a expansão e para o aprofundamento do objeto da presente pesquisa, tecendo considerações importante acerca do Estado Democrático de Direito e das Leis de Segurança Nacional.

Meus iguais agradecimentos à equipe do Iokoi Advogados, a qual contribuiu financeiramente para a realização desse sonho.

Por fim, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior pela concessão de bolsa integral para conclusão desse trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto de estudo a tutela penal ao Estado Democrático de Direito e a sua validade e a sua importância atualmente, diante das diversas rupturas democráticas que ocorreram no século passado, as quais ocasionaram diversas violações aos direitos fundamentais. Nesse contexto, o objetivo central da presente dissertação foi discutir a função essencial do Direito Penal e a tutela penal ao regime democrático. Nesse contexto, os objetivos específicos foram analisar o conceito de bem jurídico e seus atuais contornos, identificar se o regime democrático é um bem jurídico passível de tutela penal, averiguar como a legislação brasileira reagiu frente às violações ocorridas nos períodos autoritários, tanto na Era Vargas como na ditadura militar, e verificar como os crimes contra o Estado Democrático de Direito podem proteger a ordem constitucional vigente. Ademais, utilizou-se o método dedutivo e a análise descritiva, a qual consistiu em uma pesquisa bibliográfica das legislações que tangenciaram o tema de estudo, além de uma análise aprofundada de artigos, de dissertações, de teses e de doutrinas que abordam os crimes contra o estado democrático e a tutela penal a bens jurídicos essenciais. Assim, constatou-se que a tutela penal ao Estado Democrático de direito é uma intervenção válida uma vez que possui a finalidade tanto de atendimento à ordem democrática consagrada pela Constituição de 1988, quanto de rompimento com a doutrina de segurança nacional, a qual serviu de fundamento para manutenção dos regimes autoritários no Brasil, tais que violaram diversos direitos e garantias fundamentais. Por fim, não menos importante, verificou-se que, embora a repressão aos aludidos delitos é legítima, esta não pode ser utilizada como justificativa para reprimir eventuais opositores sob pena de se repetir o mesmo erro cometido no passado por meios das leis de segurança nacional.

Palavras chaves: Crimes contra o Estado Democrático de Direito. Bens jurídicos essenciais. Segurança nacional.

ABSTRACT

The present thesis has as an object of study the criminal protection to the Democratic State of Law, its validity, and its importance nowadays, given the various democratic ruptures that occurred in the last century, which led to several violations of fundamental rights. In this context, the main objective of this research is to discuss the essential function of Criminal Law and the criminal protection of the democratic regime. In this context, the specific objectives are to analyze the concept of legal interest and its current surroundings, to identify whether the democratic regime is a legal interest capable of criminal protection, to investigate how Brazilian legislation reacted to violations that occurred during authoritarian periods, both in the Vargas Era and in the military dictatorship, and to verify how crimes against the Democratic State of Law can protect the current constitutional order. In addition, we have used the deductive method and descriptive analysis, which consisted of bibliographical research of the laws that crossed the theme of study as well as an in-depth analysis of articles, theses, dissertations, and doctrines that address crimes against the democratic state and criminal protection to essential legal assets. Thus, it has been found that the criminal protection of the Democratic State of Law is a valid intervention since it has the purpose of both serving the democratic order enshrined in the 1988 Constitution and breaking with the doctrine of national security, which served as a basis for maintaining authoritarian regimes in Brazil that violated several fundamental rights and guarantees. Finally, it has been found that, although the repression of these crimes is legitimate, these cannot be used as a justification to repress possible opponents, otherwise the same mistake committed in the past is repeated using national security laws.

Keywords: Crimes against the Democratic State of Law. Essential Legal Interests. National Security.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DA TUTELA PENAL AOS BENS JURÍDICOS ESSENCIAIS.	15
2.1 DAS PRINCIPAIS CORRENTES SOBRE A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL.....	15
2.2 DO BEM JURÍDICO PENAL E DA SUA CONCEPÇÃO ATUALMENTE.....	23
2.3 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ENQUANTO BEM JURÍDICO PENAL.....	41
3. DAS LEIS DE SEGURANÇA NACIONAL E DA ATUAÇÃO DO BRASIL FRENTE ÀS VIOLAÇÕES OCORRIDAS NOS REGIMES AUTORITÁRIOS	50
3.1 DAS LEIS DE SEGURANÇA NACIONAL	50
3.2 DA RESPOSTA BRASILEIRA AOS ATOS LESIVOS PRATICADOS NA DITADURA MILITAR	58
4. DA TUTELA PENAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	67
4.1 DA PROTEÇÃO À SOBERANIA NACIONAL	68
4.2 DA PROTEÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS	74
4.3 DA PROTEÇÃO AO FUNCIONAMENTO DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS NO PROCESSO ELEITORAL.....	79
4.4. DA PROTEÇÃO AOS SERVIÇOS ESSENCIAIS	83
4.5 DA APLICAÇÃO DOS CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	86
5 CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS.....	95

1 INTRODUÇÃO

A democracia no Brasil sempre foi alvo de muitas instabilidades. Apenas no século passado, o regime democrático foi rompido em dois períodos, de 1937 a 1945, pelo governo de Getúlio Vargas e, de 1964 a 1984, pela ditadura militar. Durante tais períodos, diversas leis foram editadas e diversos tipos penais foram criados, na justificativa de se tutelar a segurança nacional, a qual estaria em perigo por uma suposta ameaça comunista. Por meio da edição de uma série de decretos-leis, diversos direitos fundamentais foram violados, o que culminou com a perseguição e a morte a opositores políticos, os quais eram concebidos como inimigos do Estado e, até mesmo, terroristas.

Com a eminente queda do regime, o poder vigente da época aprovou, às pressas, uma lei de anistia, que concedeu perdão para aqueles que praticaram crimes políticos ou conexos durante o período de exceção. Ademais, fora aprovada a última lei de segurança nacional, que teve vigência até o ano de 2021 e que, recentemente, fora utilizada para a instauração de inquéritos policiais em face de opositores do governo Bolsonaro.

Diante da omissão do Estado brasileiro, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil duas vezes pela violação sistemática de direitos humanos no país, determinando a revogação das leis de anistia e de segurança nacional, bem como a reparação dos danos aos familiares das vítimas. Ocorreu que, em contrapartida ao determinado pela Corte, a qual exerce jurisdição obrigatória no país, ambas as legislações permaneceram em vigor, inclusive, de 2019 a 2021. Conforme apontado acima, notou-se um aumento expressivo no uso da lei de segurança nacional para instauração de inquéritos policiais. Nesse contexto de instabilidade política, por meio da Lei nº 14.197/2021, foi inserido um título específico ao Código Penal com o intuito de coibir os crimes contra o Estado Democrático de Direito e de romper de vez com a doutrina da segurança nacional.

Nessa senda, por meio de 04 (quatro) capítulos, o Estatuto Repressivo criou os seguintes delitos no sentido de dar maior tutela ao Estado Democrático de Direito, (i) Dos crimes contra a Soberania Nacional, (ii) Dos crimes contra as Instituições Democráticas, (iii) Dos crimes contra o funcionamento das Instituições

Democráticas no Processo Eleitoral e (iv) Dos crimes contra o funcionamento dos serviços essenciais. Não obstante, ainda com os crimes devidamente positivados dos artigos 359-I ao 359-R, do Código Penal Brasileiro, a democracia do país sofreu uma evidente tentativa de ruptura em 08 de janeiro de 2023, ocasionando severos prejuízos às 03 (três) principais instituições do Poder Legislativo, Judiciário e Executivo, o que acarretou com a prisão de centenas de pessoas, as quais, em sua maioria, aguardam o julgamento do Supremo Tribunal Federal. As investigações identificaram a possível participação de agentes públicos nos atos antidemocráticos, evidenciando a dificuldade do Brasil em manter o Estado Democrático de Direito protegido. Em paralelo, uma parcela da sociedade defende a ilegitimidade das prisões e das condenações, indicando uma suposta perseguição política.

Pautado na problemática exposta acima, a presente dissertação teve por objetivos entender a função essencial do direito, discorrer acerca das teorias do bem jurídico penal, identificar se o Estado Democrático de Direito é um bem jurídico essencial capaz de receber a tutela penal, analisar como o Brasil reagiu frente às violações ocorridas na ditadura militar, verificar as leis de segurança nacional, bem como o teor dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. Assim, para a concretização dos objetivos indicados, a presente dissertação, por meio de uma pesquisa qualitativa, analisou os estudos nacionais e internacionais, que tangenciam o tema, em especial, artigos, dissertações de mestrado e teses de doutorado, que se debruçaram em estudar as funções do direito penal e as leis de segurança nacional vigentes nos regimes de exceção.

Nesse sentido, a fim de impedir qualquer discussão acerca da legitimidade do direito penal em tutelar o Estado Democrático de Direito, no primeiro capítulo, foram discorridos a função essencial da reprimenda estatal, a concepção do que é bem jurídico na modernidade e sua relação com os direitos fundamentais, bem como se o Estado Democrático de Direito possui tal qualidade. Ao aferir a relação do Estado Democrático de Direito com os direitos fundamentais, no segundo capítulo, discorreu-se de como o Brasil, frente às diversas rupturas democráticas, se comportou para impedir a continuidade das tentativas de violação ao regime democrático de Direito. Assim, por meio de uma análise histórica, foram apontados os diplomas legislativos utilizados para tutelar a segurança nacional nos períodos ditatoriais até a positivação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, com

ênfase na abstração dos crimes contra a segurança nacional, os quais foram utilizados para perseguir opositores e para mitigar os direitos civis e políticos.

Por fim, no terceiro capítulo, foram analisados os atuais crimes contra o Estado Democrático de Direito e as suas principais implicações. Também foram considerados os principais desdobramentos das investigações conduzidas em face dos atos antidemocráticos do dia 08 de janeiro e das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

2 DA TUTELA PENAL AOS BENS JURÍDICOS ESSENCIAIS.

O direito penal, há tempos, sofre uma crise de legitimação, de modo que a doutrina se divide em várias correntes na justificativa de buscar entender qual a real função do direito penal. Assim, nesse primeiro capítulo, serão abordadas as principais correntes sobre a função do direito penal e, posteriormente, serão discutidas as atuais concepções do bem jurídico penal, com vistas a identificar se o Estado Democrático de Direito pode ser considerado um bem jurídico passível de tutela penal.

2.1 DAS PRINCIPAIS CORRENTES SOBRE A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

Por muito tempo, o direito penal sofreu forte influência do Iluminismo, que teve por grande expoente os ensinamentos de Beccaria, autor que data o surgimento do período humanístico, defendendo que o ordenamento repressivo se dá em razão da convenção dos homens, os quais sacrificaram uma parte de sua liberdade para gozar dos seus direitos com mais segurança, *in verbis*:

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo. Não bastava, porém, ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros¹.

Nesse contexto, o autor sob comento defende que o direito de punir se fundamenta na necessidade de proteção aos demais direitos, de modo que “todo exercício do poder que se afasta dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo².” Não

¹BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Versão on-line. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>;

²BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Versão on-line. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>;

obstante, as atrocidades cometidas na segunda guerra mundial ocasionaram uma expansão da prevenção e da repressão criminal.

Ao discutir sobre as transformações decorrentes da globalização, Ulrich Beck, a fim de ilustrar a necessidade de alteração da concepção do direito penal da época, descreveu as diversas consequências provocadas pelo fenômeno, tais como: a) a redução dos espaços geográficos e o crescimento do comércio internacional, estimulando a conexão global dos mercados financeiros e aumentando o poder econômico das companhias transnacionais, b) a revolução dos meios tecnológicos de informação e de comunicação, c) a reclamação universal por direitos humanos, ou seja, o estabelecimento do discurso democrático, d) a inextricável movimentação da indústria cultural global, e) o aparecimento de atores supranacionais e transnacionais (companhias, organizações não governamentais e uniões nacionais), f) a pobreza mundial, g) a destruição ambiental e seus efeitos globais; h) os conflitos transculturais localizados³. Referidas mudanças fizeram incidir a insegurança e o medo, o que catalisou os discursos em prol da tutela da segurança pública em detrimento de interesses puramente individuais, conforme apontado por Alexandre Rocha Almeida de Moraes:

Em síntese, os riscos modernos, acentuados pelas inovações trazidas à humanidade (globalização da economia e da cultura, meio ambiente, drogas, o sistema monetário, movimentos migratórios, aceleração do processamento de dados etc.), invariavelmente geram uma reação irracional e irrefletida por parte dos atingidos. Disso decorre a insegurança e o medo que têm impulsionado frequentes discursos postulantes de uma tutela da segurança pública, em detrimento de interesses puramente individuais⁴.

Não obstante, a justificativa em si, não fora suficiente para afastar as críticas ao direito penal e para justificar por completo a problemática da expansão do direito penal. Nesse ínterim, duas grandes correntes surgiram, a fim de explicar o fundamento do direito penal. A primeira, a mais aceita, defende que o Direito Penal

³ BECK, Ulrich. *O que é Globalização?*. Tradução: André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 31.

⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p.27. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008973.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2023.

tem por fundamento a proteção a bens jurídicos fundamentais. Já a segunda indica que o Direito Penal tem por fundamento a proteção da norma.

A nível internacional, Claus Roxin fomenta o debate da função do Direito Penal em tutelar os bens jurídicos fundamentais. Nessa senda, o autor defende que os limites à faculdade de punir devem ser deduzidos das finalidades do direito penal, o qual deve “garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens na medida em que isso não seja possível por meio de outras medidas de controle sociopolíticas menos gravosas”⁵. Nesse esteio, a convivência pacífica na sociedade está condicionada a um pressuposto limitador pelo qual a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim por meio de outras medidas menos gravosas⁶.

A *contrario sensu*, a tutela penal seria desnecessária quando possível a garantia da segurança e da paz jurídica por meio de outras áreas ou de outros meios, como o direito civil, uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas⁷. Sob essa primazia, o autor sob comento exemplifica as consequências concretas para a legislação penal. Assim, (i) a descrição da finalidade da lei não basta para fundamentar um bem jurídico que legitime um tipo, (ii) a imoralidade, a contrariedade à ética e a mera reprovabilidade de um comportamento não bastam para legitimar uma proibição penal, (iii) a violação da própria dignidade humana ou da natureza do homem não é razão suficiente para a punição, (iv) a autolesão consciente, sua possibilitação e sua promoção não legitimam uma proibição penal, (v) as normas jurídicos-penais preponderantemente simbólicas devem ser recusadas, (vi) os tipos penais não podem ser fundados sobre bens jurídicos de abstração impalpável. Em relação à afirmativa de que a descrição da finalidade da lei não basta para fundamentar um bem jurídico que legitime um tipo, Roxin exemplifica o caso Alemão da criminalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Segundo o autor, referida reprimenda era ilegítima uma vez que o fim do mandado proibitivo não era indispensável à coexistência pacífica⁸.

⁵ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. p. 32.

⁶ *Ibid.*, p. 33

⁷ *Ibid.*, p. 33

⁸ *Ibid.*, p. 36

Dando sequência, o autor defende sua segunda afirmativa que, segundo a qual, a imoralidade, a contrariedade à ética e a mera reprovabilidade de um comportamento não bastam para legitimar uma proibição penal. Isso porque, ainda que imoral à uma parte da sociedade, referida orientação não tem qualquer consequência social e, por consequência, não pode ser objeto de proibições penais⁹.

Por conseguinte, o jurista disserta acerca de outro efeito prático à legislação penal, qual seja, a premissa de que a violação da própria dignidade humana ou da natureza do homem não é razão suficiente para a punição. Nesse ponto, defende-se que o direito penal só tem por finalidade evitar lesões a outros. Isto é, não incumbe à esfera criminal impedir que as pessoas se despojem da própria dignidade¹⁰.

Em resumo, Claus Roxin defende a proteção subsidiária dos bens jurídicos, de modo que o limite do poder estatal de punir pode ser deduzido das finalidades do direito penal e da proteção dos direitos humanos fundamentais, *in verbis*:

Com isso, chego ao fim. Meu resultado é que o princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos, cuja idoneidade para limitar o poder estatal de punir é não raro questionada, é muito bem capaz de fazê-lo, se ele for deduzido das finalidades do direito penal e a proteção dos direitos humanos fundamentais e de liberdade for nele integrada. É verdade que não surgirão daí soluções prontas para o problema da legitimação de tipos penais, mas ter-se-ão linhas de argumentação bastante concretas, que podem auxiliar que se impeça uma extensão das faculdades de intervenção do direito penal em contrariedade à idéia do estado de direito¹¹.

A nível nacional, Nilo Batista também defende que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos por meio da cominação, da aplicação e da execução da pena. Nesse esteio, defende o autor que “numa sociedade dividida em classes, o direito penal protegerá relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações”.¹²

Do mesmo modo, corroborando com o fortalecimento das ciências penais em âmbito nacional, Alexis Couto de Brito, juntamente com Juan Carlos Ferré Olivé,

⁹ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. p. 37.

¹⁰ *Ibid.*, p. 40.

¹¹ *Ibid.*, p. 53.

¹² BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 116.

Miguel Ángel Núñez Paz e Willian Terra de Oliveira, defende que o fundamento para aplicar penas é logicamente a necessidade de tutelar bens jurídicos. Nesses termos,

Por que possui o Estado a potestade de aplicar penas? O fundamento para aplicar penas é logicamente a necessidade de tutelar bens jurídicos. O Direito Penal é o último recurso com o qual conta o Estado para proteger esses interesses fundamentais. Dessa forma, somamo-nos decididamente à tese majoritária na doutrina penalista que considera que a essência do Direito Penal radica na tutela de bens jurídicos.¹³

Outrossim, Aníbal Bruno defende que o fim do Direito Penal é a defesa da sociedade por meio da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública.¹⁴ Nessa senda, João Paulo Martinelli e Leonardo de Bem defendem que o Direito Penal só deve alcançar, à dignidade penal, os bens jurídicos subjacentes aos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição, mas sem a exigência de uma recíproca identidade ou coincidência absoluta, *in verbis*:

No processo de criminalização só devem alcançar a dignidade penal os bens jurídicos subjacentes aos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição, mas sem a exigência de uma recíproca identidade ou coincidência absoluta. Seria a lei fundamental uma espécie de programa preestabelecido e vinculante ao legislador ordinário. Como já fizeram outros, por meio dessa via pretendemos agregar definitivamente a Constituição ao direito penal, como o seu objeto de investigação, pois essa conexão não apenas é possível, senão pertinente, em especial quando se relacionam os limites do poder punitivo com os direitos fundamentais de defesa e de prestação¹⁵.

Também pautados em uma visão mais reducionista, Humberto Fabretti e Gianpolo Smanio defendem que o Direito Penal deve proteger bens jurídicos, mas somente aqueles que a própria sociedade reputa como mais importantes, merecedores da tutela penal. “Daí o conceito de bem jurídico ser mais amplo do que o conceito de bem jurídico penal”¹⁶.

¹³OLIVÉ, Juan Carlos Ferré, *et al. Direito Penal Brasileiro. Parte Geral: Princípios Fundamentais e Sistema*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 77.

¹⁴BRUNO, ANÍBAL. *Direito Penal. Parte Geral: Norma Penal, Fato Punível*. Forense: Rio de Janeiro, 1967. p. 14.

¹⁵MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmit de. *Lições Fundamentais do Direito Penal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 120.

¹⁶FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 82.

Ocorre que a tutela aos bens jurídicos essenciais não é a única forma de conceber o problema criminal. Existe uma corrente funcionalista sistêmica, que ganhou espaço entre os penalistas conservadores da Ibero-América. Apesar de apresentar, poucos seguidores na Europa e na América Latina, pretende desvirtuar o importante papel sistemático do bem jurídico.¹⁷

Günter Jakobs é um dos grandes defensores da aludida corrente, defendendo que o bem jurídico é apenas um motivo para a norma, a representação de um fim:

Trata-se, portanto, diretamente da manutenção (e não: melhoramento) da vigência da norma colocada em perigo pela conduta culpável e, por conseguinte, mediatizada pela proteção de bens, em outras palavras, a vigência da norma é, na verdade, o bem jurídico penal; sua manutenção passa diretamente pela pena. O bem denominado normalmente de bem jurídico – vida, saúde, liberdade, patrimônio etc. – é apenas um motivo para a norma, a representação de um fim¹⁸.

Não obstante, a referida corrente não prosperou uma vez que fora rechaçada pela doutrina nacional, em razão da sua contradição com os princípios mínimos penais/constitucionais. Nesse sentido, lecionam Alexis Couto de Brito, Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz e Willian Terra de Oliveira:

Quando se afirma que a sanção mais grave do ordenamento jurídico – como é a pena – tem como exclusiva tarefa a vigência da norma adota-se um ponto de partida extraordinariamente útil para se consolidar o poder do Estado. Dessa forma, o delito é formalizado, pois será o que o Estado quiser punir, sem limites, e terá de ser respeitado, já que tudo reside no valor supremo da norma. Pelo contrário, defendemos, sem dúvida nenhuma, o papel do bem jurídico como critério fundamentador da intervenção penal, crítico e corretor de qualquer abuso que possam pretender instaurar as instâncias oficiais¹⁹.

Em complemento a discussão apontada acima, isto é, se o direito penal se presta a tutelar bem jurídicos fundamentais ou apenas a proteger a norma, surge uma corrente minimalista, encabeçada por Luigi Ferrajoli, o qual, por meio de sua obra, *Direito e Razão*, defende o garantismo penal, que defende que a punição tem

¹⁷OLIVÉ, Juan Carlos Ferré, *et al. Direito Penal Brasileiro. Parte Geral: Princípios Fundamentais e Sistema*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 77.

¹⁸JAKOBS, Günter. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal*. Tradução Pablo Rodrigo Afllen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 47.

¹⁹*Ibid.*, p. 77.

por finalidade garantir o máximo bem-estar da sociedade e o mínimo mal-estar aos autores das infrações penais por meio de um sistema repressivo mínimo:

(...) “por que punir?”, impondo às proibições às penas duas finalidades distintas e concorrentes, que são, respectivamente, o máximo bem estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes, dentro do objetivo geral da máxima tutela dos direitos de uns e dos outros, da limitação dos árbitros e da minimização da violência na sociedade²⁰.

Nesse contexto, Luigi Ferrajoli justifica que a aplicação de uma pena somente se justifica se o condenado extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais, *in verbis*:

Em particular, ele reconhece que a pena, em razão do seu caráter aflitivo e coercitivo, é, de qualquer forma, um mal que de nada serve envolver com o manto de uma finalidade filantrópica de tipo reeducativo ou ressocializante, e, de fato, ainda mais aflitivo. Entretanto, ainda que seja um mal, a pena é de qualquer forma justificável se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais²¹.

Pautado também em uma visão minimalista, Eugenio Raúl Zaffaroni defende que o Direito Penal deve ser construído de maneira muito parecida com o direito humanitário, pois, tal como esse último, trata-se de um ramo do direito que deve programar o exercício de um poder que está legitimado na medida em que contém, que limita ou que reduz o exercício de outro poder que não está legitimado²². Ainda, no Brasil, há autores que abordam a problemática do direito penal sob outra ótica, não se conformando que a função do direito penal é de dar tutela aos bens jurídicos essenciais. Juarez Tavares defende que a legitimidade e a validade de uma norma incriminadora, em um regime de direito, estão diretamente ligadas, em primeiro plano, ao significado social de sua aceitação. Ou seja, sem que a norma seja acolhida pelos seus destinatários, como norma de vigência obrigatória ou universal, já decaem todos os pressupostos²³.

²⁰FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 270.

²¹FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 272.

²²ZAFFARONI, E. Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p.386.

²³TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 39.

Paralelamente, sem ter por intenção esvaziar o tema, dada a sua complexidade, aponta-se ainda a corrente abolicionista, a qual defende que o direito penal deve ser extirpado da sociedade. O abolicionismo penal tem sua origem no final da Segunda Guerra Mundial, porém, somente nas décadas de 1960 e 1970, que esse movimento ganha maiores proporções. Assim, os defensores desse movimento vislumbram o Direito Penal como o responsável pela violência uma vez que o sistema não preza pela ressocialização do delinquente. O Direito penal é cruel, já que priva a liberdade do indivíduo, não defende a existência da dignidade da pessoa humana sem que o indivíduo goze de liberdade.

Para os abolicionistas, o Direito Penal é seletivo, visto que todo indivíduo já cometeu um delito, mesmo que este seja de menor potencial ofensivo. Pergunta-se, então, quem nunca ofendeu a honra subjetiva de alguém? Nem todos os crimes chegam ao conhecimento da autoridade competente. O sistema penal, por ser seletivo, promove a injustiça e a desigualdade social.

Os adeptos do movimento abolicionista buscam alternativas ao problema da criminalidade, não se utilizando do Direito Penal. Três são os principais autores que falam acerca do abolicionismo penal, a saber, Louk Huslman, Thomas Mathiesen, e Nils Christie.

Para Louk Huslman, o sistema penal é incontrolável, desigual, seletivo, estigmatizador, expropriador dos direitos das vítimas, além de distribuir sofrimentos desnecessários a todos. Ademais, o sistema penal tem por lógica de operacionalidade a impunidade e, não, a criminalização, tendo em vista que nem todos os comportamentos criminosos são punidos. Desse modo, Huslman vislumbra, em face da baixa funcionalidade do sistema, a possibilidade de utilizar reações diversas da punição, como a terapia, a educação, a mediação, dentre outras²⁴.

Para Thomas Mathiesen, as prisões são instituições desumanas que produzem violência e degradação nos valores culturais dos apenados. A prisão é falha no que diz respeito à ressocialização do delinquente uma vez que o estímulo de melhora do condenado é irreal, que o sistema carcerário destrói a sua personalidade e o estimula a delinquir novamente. O autor chama a atenção para a

²⁴HAUSER, Ester Eliana. *Política Criminal*. Ijuí: Unijuí - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, 2010. p. 50.

quantidade de condenados pela prática de crimes patrimoniais. Mathiesen propõe, como proposta de intervenção para o problema da criminalidade e, conseqüentemente, para a redução do uso do cárcere e do sistema penal, uma política social, bem como a descriminalização das drogas, tendo em vista que, se a maioria das pessoas presas cometem crimes patrimoniais, uma política social efetiva poderia diminuir este tipo de conduta e a descriminalização das drogas atingiria em cheio o crime organizado²⁵.

Nils Christie critica o controle social realizado por meio da imposição da dor. Todas as penas que comportam sofrimento e dor pessoal devem ser abolidas. O autor valora a compensação do dano e também a informalização como melhor estratégia para a não utilização do Direito Penal. Desse modo, a vítima deveria ser colocada em uma posição de igualdade processual com o réu, a fim de buscar uma compensação pela prática do crime²⁶.

No presente estudo, embora se reconheça as problemáticas do Direito Penal, defende-se, assim como a doutrina majoritária, que o direito penal tutela bens jurídicos essenciais.

2.2 DO BEM JURÍDICO PENAL E DA SUA CONCEPÇÃO ATUALMENTE

Dentro desse contexto, ao entender que o direito penal detém a finalidade esculpida no capítulo acima, resta discutir o que é um bem jurídico fundamental e, por conseqüência, verificar se a democracia detém esse atributo jurídico. Cunhar um conceito para bem jurídico é uma tarefa árdua,²⁷ tanto que parte dos juristas defensores do princípio da proteção de bens jurídicos se filiam a esta conclusão ao

²⁵HAUSER, Ester Eliana. *Política Criminal*. Ijuí: Unijuí - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, 2010. p. 50.

²⁶ALMEIDA JUNIOR, Rafael Brito de. Olhares abolicionistas penais: as diferentes abordagens e propostas. *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, v. 04, nº 02, p. 209/2022, jul./dez. 2022. Disponível em: <<https://ojs.defensoria.sp.def.br/index.php/RDPSP/article/view/131>>.

²⁷HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. IN: HEFENDEHL, Roland (coord.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 179.

defender que o bem jurídico é uma estrutura extremamente enigmática.²⁸Diversos são os autores que tomam por objeto de estudo a teoria do bem jurídico. Tem-se que o primeiro autor a abordar o tema fora Paul Johann Anselm Ritter von Feurbach.

Ainda sob uma ótica contratualista, o autor concebia o Estado como uma sociedade civil organizada constitucionalmente mediante à submissão das pessoas a uma vontade comum, tendo por principal objetivo a criação da condição jurídica, ou seja, a existência conjunta dos homens conforme as leis do direito. Nessa linha, toda forma de lesão jurídica contradiz o objetivo do Estado, que neste não haja nenhuma lesão jurídica²⁹.Assim, para evitar lesões, era necessária não apenas a coação física, mas também a psicológica, uma vez que a primeira somente se mostrava eficaz no momento do cometimento do crime, não sendo possível determinar o exato momento que o sujeito levaria a prática de um delito a cabo³⁰.

Com o advento do positivismo, Karl Binding inicia o pensamento no qual a norma define quais os bens jurídicos são relevantes e, por consequência, quais são os protegidos³¹. Sob esse prisma, Binding foi o maior representante do positivismo legalista no Direito Penal alemão, o que trouxe sérios impactos na sua acepção de bem jurídico, em especial, consagrando um completo abandono da vertente liberal que, até então, lhe era marcante. Referida mudança de paradigma era inevitável, afinal “o positivismo buscou exportar o método das ciências naturais ao terreno das ciências sociais e, desde uma perspectiva acrítica, despida de enfoques valorativos, aceita os fenômenos como realidades – sem questioná-los –, limitando-se a explicá-los”³².

²⁸SILVA, Davi Castro. *A Teoria dos Direitos Fundamentais e o bem jurídico penal: Análise da vinculação da teoria do bem jurídico penal à Constituição com fundamento na dogmática dos Direitos Fundamentais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011. p. 10. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/10739/1/Silva.pdf>.

²⁹FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 23.

³⁰ *Ibid.*, p. 23.

³¹ GODOY, Regina Maria Bueno de. *A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141076.pdf>> p. 24

³² SILVA, Davi Castro. *A Teoria dos Direitos Fundamentais e o bem jurídico penal: Análise da vinculação da teoria do bem jurídico penal à Constituição com fundamento na dogmática dos Direitos Fundamentais*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade

Para Binding, o delito consiste na lesão de um direito subjetivo do Estado, consubstanciado na ofensa ao direito de obediência estatal, existindo uma correlação entre as normas e os bens jurídicos, de modo que toda a agressão aos direitos subjetivos se produz mediante a uma lesão aos bens jurídicos³³. Em comentários aos ensinamentos de Binding, Luiz Regis Prado afirma que o autor concebe o bem jurídico como a garantia das expectativas contra a sua fraude, *in verbis*:

Para o autor, último representante da orientação positivista, o bem jurídico vem a ser a garantia das expectativas principais contra a sua fraude. A norma obriga a escolha de uma organização não produtora de dano, mas o projeto de conformação do mundo do autor se opõe ao da norma. A fonte de criação do bem jurídico e de sua norma de tutela se encontra tão somente limitada ao aspecto lógico-normativo³⁴.

Posteriormente, como reação contrária ao tratamento científico formal da norma, origina-se a dimensão material do conceito de injusto penal, enquanto o bem jurídico desenvolve toda a sua capacidade de limite à ação legiferante com os estudos de Franz von Liszt³⁵. Nesse contexto, pautado nos ensinamentos de Von Litz, Aníbal Bruno ensina que o bem jurídico é tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana e, por consequência, é tutelado pelo direito. Nesses moldes, o autor ensina que:

O bem jurídico é o elemento central do preceito contido na norma jurídico-penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito. E na parte especial do Código é segundo o bem jurídico ameaçado ou agredido que os fatos puníveis se classificam. Através da proteção de bens jurídicos, o fim do Direito Penal transcende da defesa de condições puramente materiais à proteção de valores, pois o que chamamos, em linguagem técnica, bens jurídicos, são valores, valores da vida individual ou coletiva, valores da cultura, que, na maioria dos casos, fazem objeto de preceitos tanto jurídicos quanto morais³⁶.

Federal da Bahia, Bahia, 2011. p. 10. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/10739/1/Silva.pdf>>. p. 19

³³ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 12.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. P. 13

³⁵ *Ibid.*, p. 15.

³⁶ BRUNO, ANÍBAL. *Direito Penal. Parte Geral: Norma Penal, Fato Punível*. Forense: Rio de Janeiro, 1967. p. 16/17

Com as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, o conceito de bem jurídico ganha uma reavaliação com vistas a definir os limites da intervenção penal, impedindo as diversas violações que ocorreram em referido período. Diversas teorias surgiram, sendo duas as vertentes principais: as sociológicas e as constitucionais. Não obstante, adianta-se desde já que a tutela penal ao Estado Democrático de Direito se mostra legítima independentemente da teoria, sociológica ou constitucional, uma vez que tal encontra-se prevista na Constituição Federal como um fundamento da República Federativa do Brasil.

As teorias sociológicas do bem jurídico apresentam variadas concepções. Em geral, buscam identificar o conteúdo do bem jurídico a partir de “argumentos sistêmicos ou de danosidade social³⁷”. Dentre as concepções mais modernas aparecem aquelas de fundo sociológico, defendidas por Gunther Jakobs e Winfried Hassemer.

Para Jakobs, o Direito Penal é encarado como sistema específico, que tem por objetivo a estabilização social pela via da restauração da confiança na vigência das normas. A disfuncionalidade da infração não reside essencialmente na lesão a um bem jurídico, mas, no seu significado simbólico, como negação da fidelidade ao direito³⁸. Defende o autor que:

O real sentido do direito não consiste em afastar todos os efeitos lesivos dos bens jurídicos idealizados como incólumes, senão... em escolher e proibir os incompatíveis com a existência de uma comunidade eticamente organizada³⁹.

Nesses moldes, o autor sustenta que a pena se justifica pela necessidade de reafirmação da validade da norma, devido ao fato de sua violação abalar o sistema. em outras palavras, a pena não tem a função de prevenir delitos (prevenção

³⁷SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, nº 197, jan./mar. 2013, p. 70. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p65.pdf>. Acesso em 10 de out. 2023.

³⁸JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 8 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 13.

³⁹JAKOBS, Günter. *Proteção de Bens Jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal*. Tradução Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 47-48.

negativa). *A priori*, o seu objetivo é garantir a vigência da norma (prevenção positiva), demonstrando que esta continua determinante, o que torna irrelevante o comportamento do infrator⁴⁰.

Acerca das premissas defendidas por Gunther Jakobs, Miguel Tassinari tece críticas em relação à possibilidade da instrumentalização da pessoa humana: “[i]mpulsionar o Direito Penal nesse sentido é extremamente perigoso, em razão da evidente instrumentalização da pessoa humana”⁴¹. A conclusão categórica à qual se extrai do jurista é de que o Direito Penal garante a vigência da norma e, não, a proteção de bens jurídicos⁴².

Por sua vez, Hassemer ensina que a conduta humana somente pode ser, então, injusto penal quando lesiona um bem jurídico. Com esta máxima, a vítima entrou (novamente) no plano, depois que esteve por séculos desaparecida atrás dos princípios de reprovabilidade, de contrariedade à norma, de procedimento criminal. A repreensão à violação de uma norma (moral ou ética) não pode ser suficiente ao legislador como fundamento da condição humana merecedora de pena. Ele precisa antes provar a lesão de um bem jurídico: apresentar uma vítima dessa conduta e indicar quanto a essa lesão de bens de interesse⁴³.

A concepção de bem jurídico defendida por Hassemer parte das relações sociais, reduzindo os bens jurídicos aos interesses individuais das pessoas. O

⁴⁰NIKITENKO, Viviani Gianine. Funcionalismo – Sistêmico Penal de Gunther Jakobs: uma abordagem à luz do Direito penal mínimo e garantista. *Revista Direito em Debate*, ano XIX, nº25. jan./jun. 2006. p. 127. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/688>.

⁴¹OLIVEIRA, Miguel Tassinari de. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 2010. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Faculdade de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8941/1/Miguel%20Tassinari%20de%20Oliveira.pdf>. p. 42.

⁴²SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, nº 197, jan./mar. 2013, p. 70. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p65.pdf.

⁴³HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. 2 ed. Tradução Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 56.

conteúdo do bem jurídico não pode ser tomado segundo a mera descrição normativa formal⁴⁴. Conforme apontado por Luiz Regis Prado,

nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitiva, como também responder, de modo convincente, porque uma certa sociedade criminaliza exatamente determinados comportamentos e não outros⁴⁵.

Frente à problemática explanada acima, parte da doutrina atual proclamou a Constituição como um adequado meio para que a noção de bem jurídico venha limitar o poder punitivo do Estado, surgindo as teorias constitucionais⁴⁶. Por sua vez, os adeptos das teorias constitucionalistas encontram critérios que delimitam o campo de atuação do legislador no bem jurídico quando da elaboração do tipo penal⁴⁷.

Nessa senda, Luiz Luisi defende que a criação dos bens jurídicos penais deve se embasar nas constituições uma vez que um Direito Penal respaldado nos textos constitucionais será certamente um Direito Penal pautado na dignidade da pessoa humana⁴⁸. As teorias constitucionais do bem jurídico são classificadas em amplas e de caráter restrito. Aquelas de caráter amplo defendem que a Constituição serve de parâmetro para o reconhecimento dos bens jurídicos, sem, no entanto, ser taxativa. Já estas de caráter restrito preceituam que o texto constitucional determina, de forma taxativa, os bens jurídicos que devem ser penalmente tutelados⁴⁹.

A nível internacional, Claus Roxin é um dos grandes expoentes da teoria

⁴⁴BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.130.

⁴⁵PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, p. 44.

⁴⁶ALMEIDA, Bruno Rotta. A Teoria do Bem Jurídico e a Proteção Penal de Valores Supraindividuais. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, nº 25, p. 305-313, 2009. p. 39. Disponível em: < <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/16-50-1-pb.pdf>

⁴⁷GOMES, Carla Silene. Bem Jurídico e Teoria Constitucional do Direito Penal. *Revista Delictae*, vol. 04, nº 6, jan.-jun.2019, p. 266. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/96/67>.

⁴⁸LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 177.

⁴⁹ SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, nº 197, jan./mar. 2013, p. 70. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p65.pdf.

constitucional do bem jurídico⁵⁰. Ao buscar um conceito para o bem jurídico, o autor defende que a função do direito penal consiste em garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura. Assim, defende o autor que:

(...) em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídicos-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos⁵¹.

Pautado na premissa de que o Estado deve garantir, por meio das normas penais, as condições necessárias para uma coexistência livre e pacífica, Claus Roxin entende por bem jurídico todos os objetos legítimos de proteção da norma que subjazem aos fins ora indicados⁵². Frente ao rol exemplificativo de objetos que podem ser bem jurídicos, Claus Roxin inclui os direitos fundamentais e humanos, enfatizando que tais bens não necessitam deter realidade material, mas precisam de circunstâncias reais dadas, como a vida, a integridade, a propriedade.⁵³

Desse modo, pode se definir bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que podem existir antes mesmo da atividade legislativa, como a vida humana ou que podem ser criados pelo legislador⁵⁴. Continuamente, o autor *sob judice* ressalta a importância do desapego acerca da ideia de que os bens jurídicos podem somente tutelar direitos individuais, indicando para a possibilidade de bem jurídicos de generalidade:

Um conceito de bem jurídico semelhante não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também bem jurídicos de generalidade. Entretanto, estes somente são legítimos quando servem definitivamente ao cidadão do Estado em particular. Isto é, assim quando se trata de bens jurídicos universais transmitidos e reconhecidos em geral⁵⁵.

⁵⁰BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.124

⁵¹ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 17.

⁵²*Ibid.*, p. 18

⁵³*Ibid.*, p.18

⁵⁴ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19

⁵⁵*Ibid.*, p. 19.

Ainda na discussão sobre o conceito de bem jurídico, Claus Roxin elenca nove limites que devem ser observados pelo legislador quando da criação de um novo tipo penal. Em primeiro lugar, o autor toma por premissa que as normas jurídico-penais não podem ser motivadas unicamente por questões ideológicas ou atentar contra direitos fundamentais e humanos, como, por exemplo, a criminalização do casamento de pessoas pertencentes a raças distintas, fato que atentaria contra o princípio da igualdade⁵⁶. Em segundo lugar, a simples transcrição do objeto da lei não é suficiente para fundamentar um bem jurídico⁵⁷. Em terceiro lugar, os simples atentados contra a moral não são suficientes para justificar a criação de um tipo penal. Nesse esteio, para que a norma penal seja justificável, deve impedir que a liberdade ou a segurança do indivíduo seja diminuída.⁵⁸

Já em quarto lugar, o atentado contra a própria dignidade humana não é, em todas as vezes, lesão a um bem jurídico, deve-se, então, analisar o fim a que aquela norma se destina, sob pena, por exemplo, de toda modificação artificial de informação hereditária de uma célula ser punível. Assim, se aludidas intervenções ocorrem com o objetivo de impedir doenças hereditárias ou melhoram as possibilidades e o desenvolvimento de uma criança, não há lesão a um bem jurídico⁵⁹. Em quinto lugar, a tutela penal ao sentimento somente pode se ter como proteção de bens jurídicos, caso seja para impedir ameaças, com vistas a assegurar uma vida em sociedade e livre do medo aos cidadãos⁶⁰. Em sexto lugar, a autolesão não legitima uma sanção punitiva uma vez que a tutela de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo, assim, não seria possível a criminalização do consumo de álcool e de tabaco.⁶¹ Em sétimo lugar, as leis penais simbólicas não possuem a finalidade da proteção de bens jurídicos. Segundo o autor, são aquelas que não são necessárias para o asseguramento de

⁵⁶ *Ibid.*, p. 20/21.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 21.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 21.

⁵⁹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 21/22

⁶⁰ *Ibid.*, p. 22.

⁶¹ *Ibid.*, p. 23.

uma vida em comunidade, mas, sim, perseguem fins externos ao Direito Penal, exemplo do apaziguamento do eleitor⁶².

Já em oitavo lugar, a regulação de tabus também não pode ser concebida como um bem jurídico e, por consequência, não deve ser tutelada pelo direito penal, como o exemplo do incesto, o qual é criminalizado pelo direito alemão⁶³. E, por fim, os objetos de proteção de abstração incompreensível também não podem ser reconhecidos como bens jurídicos⁶⁴.

De forma semelhante aos ensinamentos de Claus Roxin, Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini apontam que o Direito Penal deve tutelar bens jurídicos penais e, não, meros valores morais, éticos, políticos ou religiosos. O princípio da exclusiva proteção a bens jurídico-penais tem íntima conexão com o conceito de “Estado Social e Democrático de Direito”. “Em um Estado em que o poder emana do povo e a dignidade da pessoa humana ocupa lugar central, só se justifica a perda da liberdade se o objetivo for a preservação de bens de mesmo quilate”⁶⁵.

Bens jurídico-penais podem ser definidos, grosso modo, como as condições mínimas de coexistência social cuja importância justifica a sua tutela através do Direito Penal. Segundo o princípio da exclusiva proteção a bens jurídico-penais, o direito penal não é o meio legítimo para a persecução dos estados ótimos ou ideais para o indivíduo ou para a sociedade, mas apenas o meio para garantir os pressupostos mínimos sem os quais a vida em comunidade estaria seriamente arriscada. A fidelidade conjugal, por exemplo, pode ser considerada um estado ótimo, sob a perspectiva de um relacionamento monogâmico, mas não é uma condição mínima para a coexistência social, de modo que não é considerada um bem jurídico digno da proteção penal⁶⁶.

Luigi Ferrajoli, de forma bastante próxima a Claus Roxin, defende uma política penal orientada à tutela máxima de bens, com o mínimo necessário de proibições e de castigos ao discutir sobre a teoria dos bens jurídicos. O primeiro critério e mais elementar, segundo o autor,

⁶²*Ibid.*, p. 24.

⁶³*Ibid.*, p. 24.

⁶⁴*Ibid.*, p. 25.

⁶⁵JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 8 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 11.

⁶⁶JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 8 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 13.

é o de justificar as proibições somente quando se dirigem a impedir ataques concretos a bens fundamentais de tipo individual ou social e, em todo caso, externos ao mesmo direito, entendendo por ataque não somente o dano causado, senão, também - por ser inerente à finalidade preventiva do direito penal- o perigo causado.

Nesse esteio, o autor entende que uma política penal de tutela de bens tem justificação e credibilidade somente quando é subsidiária de uma política extrapenal de proteção dos mesmos bens. Em outras palavras, os resultados lesivos prevenidos pelo direito penal podem ser evitados de forma mais eficaz por meio de medidas protetoras de outras áreas⁶⁷.

Também sobre uma ótica constitucional, Claudio Brandão defende que os bens jurídicos devem ter guarida constitucional, seja de natureza individual, seja constitucional.

Todavia, deve-se concluir com esse alerta: a tutela de bens jurídicos não pode ser realizada de qualquer modo e a qualquer preço. Em primeiro lugar, essa tutela somente poderá ser realizada e considerada como legítima se forem observados os requisitos impostos pelo Estado de Direito (v.g., Legalidade, Culpabilidade, Intervenção Mínima). Em segundo lugar, porque a pena retira direitos constitucionais da pessoa humana, somente haverá proporcionalidade se o bem jurídico tutelado tiver guarida constitucional, isto é, se se situar entre aqueles bens protegidos pela Carta Magna, quer sejam de natureza individual (vida, patrimônio, etc.) ou supraindividual (meio ambiente, ordem econômica etc.)⁶⁸

Sob esse prisma, o bem jurídico desempenha, na atualidade, duas funções relevantes, sendo tais: a) de garantidora ou de limitadora da tarefa legiferante penal; b) teleológica-sistemática, básica para limitar a tentação de aumento da matéria de proibição, avassaladora do Direito Penal. Nos dizeres de Álvaro Mayrink da Costa, referidas funções “implica[m] introduzir o pensamento teleológico na construção dogmática”⁶⁹. Ainda, a doutrina classifica os bens jurídicos em (i) individuais (vida, integridade física, honra, liberdade, patrimônio), (ii) coletivos (incolumidade pública,

⁶⁷FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 379.

⁶⁸BRANDÃO, Claudio. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Gen, Editora Forense, 2010. p. 14/15.

⁶⁹COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal e Proteção dos Bens jurídicos. *Revista EMERJ*, v. 14, n. 53, p.07/15. 2011. Disponível em: https://www.emerj.trj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53_7.pdf. p. 14

meio-ambiente, fé pública e paz pública), (iii) estatais (administração da justiça, soberania, ordem pública e econômica)⁷⁰.

Nesse contexto, o bem jurídico-penal constitui-se como limite e fundamento para a intervenção penal, simultaneamente. Portanto, a concepção e a definição de bem jurídico assumiu uma dimensão fundante da intervenção penal, já que funciona como fundamento e como limite da legitimidade do Direito Penal⁷¹. Isto é, o bem jurídico-penal constitui-se como limite e, simultaneamente, fundamento para a intervenção penal.

Em suma, a teoria do bem jurídico deixa de ser apenas uma orientação para a interpretação das normas penais e passa a ser um instrumento de contenção à criação e à aplicação de normas incriminadoras. O legislador não pode criar crimes sem justificá-los com o risco ou a lesão a um bem jurídico. Ao aplicar a norma incriminadora, o juiz deve restringir seu alcance à verificação de risco ou à lesão ao bem jurídico⁷². Em outras palavras, deve-se criminalizar condutas que atentem ou exponham, a perigo concreto, bens imprescindíveis a uma qualificação da existência do indivíduo em sociedade⁷³.

De forma crítica à teoria constitucional de bem jurídico, dado o caráter aberto e analítico da Constituição brasileira, Ana Elisa Bechara defende que a Carta Maior deve ser apenas um limite negativo na definição de bens jurídicos na medida em que espalha os ideais de uma sociedade⁷⁴. A autora ressalta que a adoção de uma concepção constitucionalista de bem jurídico não consegue separar Direito Penal e Moral:

⁷⁰COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal e Proteção dos Bens jurídicos. *Revista EMERJ*, v. 14, n. 53, p.07/15. 2011. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53_7.pdf.

⁷¹SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 50, n. 197, p. 65-74, jan./mar. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p65.pdf. p.74.

⁷²JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 8 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 13.

⁷³BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 51.

⁷⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.124.

Na verdade, a partir da adoção de uma concepção constitucionalista de bem jurídico, não se consegue separar Direito Penal e moral, pois o desenvolvimento efetivo dos princípios fundamentais reconhecidos na Constituição não permite necessariamente a exclusão de valores morais por seu caráter inessencial. Assim, em razão de sua falta de concreção e de determinação, a proteção penal de tais valores acaba sendo pretensamente factível em um contexto espiritualizado. Portanto, a Constituição não oferece garantias de segurança mínimas necessárias para erigir-se em instrumento exclusivo de estabelecimento dos interesses a proteger no âmbito penal, e qualquer decisão nesse sentido há de ser considerada um retrocesso ao marco metodológico próprio do neokantismo⁷⁵.

Verificando a mutabilidade das relações sociais, Ana Elisa Bechara defende que o conceito de bem jurídico não pode ser fechado, sendo capaz de permitir que se conclua automaticamente o que deve ou não ser criminalizado a partir dele, *in fine*:

Assim, o conceito de bem jurídico não pode ser fechado, capaz de permitir que a partir dele se conclua automaticamente o que deve ou não ser criminalizado. Se o pudesse ser, ele veria comprometida sua função político- criminal nos movimentos de criminalização e descriminalização, no âmbito das reformas penais. O bem jurídico-penal deve, nessa linha, ser considerado fundamentalmente como o padrão crítico com o qual se deve verificar a legitimidade da função do direito penal no caso concreto⁷⁶.

Assim, como forma de solução da problemática ora apontada, Ana Elisa Bechara defende que a Constituição deve ser apenas um limite negativo na definição de bens jurídicos em razão de espelhar os ideais de uma sociedade. “Nesse sentido, justamente por não refletirem muitas vezes a própria realidade presente, não se pode querer aplicar os preceitos constitucionais diretamente às relações sociais na esfera jurídico-penal⁷⁷.”

Em complemento, José de Faria Costa, ao defender que a função essencial do direito penal é a proteção dos bens jurídicos fundamentais, enfatiza que a criação de um tipo penal deve se ater ao princípio da fragmentaridade:

⁷⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.129.

⁷⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal. *Revista Liberdades*, nº01, 2009, p.16-29. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/posts/arquivos/1/artigo1.pdf>. Acesso em 01 mai. 2023.

⁷⁷BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 368.

Este é o modo de perceber um dos traços fundamentais do actual direito penal que mereceu até a positivação legislativa (artigo 40.). No entanto, convém ter presente que o entendimento do que seja um bem jurídico com dignidade penal – isto é, um bem jurídico que mereça a protecção do direito penal – insere-se no desenvolvimento teórico da doutrina do bem jurídico- penal que, muito embora esteja, nos tempos que passam, relativamente estabilizada, havendo, por isso, nelas grandes espaços de consenso, não pode nem deve ser apreciada sem o sentido de relatividade histórica. Para lá de tudo o que se disse convém ainda salientar que a ideia molecular de protecção de bens jurídicos tem de ser vista e enquadrada desde logo, com o princípio da fragmentariedade, sem esquecer, obviamente, um posterior tratamento autónomo da noção de bem jurídico⁷⁸.

Assim como o princípio da fragmentariedade, a doutrina aponta outros princípios norteadores, os quais deverão ser considerados quando da criação de um novo tipo penal, tais como: (i) legalidade, (ii) dignidade da pessoa humana, (iii) intervenção mínima fragmentariedade, (iv) proporcionalidade e (vi) culpabilidade. Nesse esteio, o princípio da legalidade possui previsão internacional, constitucional e infraconstitucional, de modo que erradia sob todo ordenamento jurídico.

A nível internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 preceitua:

“Artigo 11.2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso”.

Por sua vez, o Pacto de San José da Costa Rica, cuja finalidade é a protecção dos direitos humanos com incidência na América Latina, , determina:

“Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade: Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se”.

⁷⁸COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 2 ed. Coimbra: Editora Coimbra S.A, 2010. p. 23

No Brasil, determina a Constituição Federal, em seu rol de direitos fundamentais, notadamente no artigo 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Outrossim, o Código Penal, em seu primeiro artigo, preceitua que “[n]ão há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

O dispositivo supramencionado exige que todas as condutas penalmente proibidas estejam previstas em lei. Isto é, “[t]rata-se de estabelecer claramente, de forma prévia, quais condutas estão penalmente proibidas, exonerando de responsabilidade penal os demais comportamentos”⁷⁹.

Nos ensinamentos de Nelson Hungria, a fonte única do Direito Penal é a norma legal, de modo que inexistente direito penal fora da lei escrita. Nos dizeres do autor, a lei penal é assim, “um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos ‘princípios gerais de direito’, ou pelo costume⁸⁰”. Com efeito, coadunando com os ensinamentos expostos, se há uma lacuna na lei vigente, somente uma nova lei penal, sem efeito retroativo, poderá preenchê-la⁸¹

Como direito fundamental, o princípio detém a finalidade de efetivar duas garantias, (i) garantia criminal (*nullun crimen sine legen*) e (ii) garantia penal (*nullun poena sine lege*). Em comento a essas duas finalidades, Basileu Garcia aponta os antecedentes históricos que culminaram na positivação do referido princípio:

Em tempos idos, o Direito Penal era arbitrário, tirânico. A autoridade pública aplicava discricionariamente as penas, sem que leis obrigatoriamente as preestabelessem. Bastavam certas fórmulas imprecisas. O cidadão, ao qual fosse imputado um fato, nem sempre poderia defender-se afirmando que tal ocorrência não se circunscrevia a nenhuma figura delituosa especialmente prevista.

Não só em si mesmo, como também nas consequências que era apto a gerar, o princípio da legalidade dos delitos e das penas se destinava a proteger contra os demandas do poder, a liberdade

⁷⁹OLIVÉ, Juan Carlos Ferré, *et al. Direito Penal Brasileiro. Parte Geral: Princípios Fundamentais e Sistema*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.85.

⁸⁰HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953. p. 11.

⁸¹*Ibid.*, p. 11.

individual. Uma das suas ocorrências é a regra positiva proibitiva do emprego da analogia para configurar crimes e impor penas⁸².

Nesses moldes, a garantia criminal exige que a descrição dos elementos essenciais do delito esteja contida em uma lei em sentido, enquanto a garantia penal determina que as penas e as medidas de segurança devem ser estabelecidas em lei em sentido formal. Assim, sob essa premissa, devem ser excluídas, como fontes do direito penal, os costumes e a jurisprudência⁸³.

Não menos importante, o princípio da legalidade importa no respeito ao princípio da taxatividade, devendo a lei ser *stricta* além de *praevia* e *scripta*⁸⁴. A taxatividade impõe uma leitura precisa e clara da norma, definindo para além de toda dúvida, os limites e as fronteiras do punível⁸⁵.

Outro princípio norteador é o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*. Este detém o condão de limitar o *jus puniendi* do Estado, exigindo que a criminalização de uma conduta só é legítima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos essenciais.

⁸²GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1976. p. 20.

⁸³GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1976. p. 86.

⁸⁴Importante destacar que, embora a doutrina majoritária defenda que o princípio da legalidade é a premissa maior do direito penal, que vem sendo relativizado em razão da proteção aos direitos fundamentais, conforme se observa na decisão do Supremo Tribunal Federal em 2019, que enquadrava as condutas de homofobia e de transfobia ao crime de racismo.

Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar a lei que criminaliza atos de homofobia e de transfobia. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, foi concluído na tarde desta quinta-feira (13).

Por maioria, a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em 10 de jan. 2024.

⁸⁵REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 37.

Por força do princípio da intervenção mínima, deve-se deixar a disciplina das relações jurídicas aos demais ramos do Direito. Somente se deve recorrer à intervenção do Direito Penal em situações extremas, (*ultima ratio*). No Brasil, deriva do princípio da dignidade da pessoa humana e do fato de o art. 5º, *caput*, da CF declarar a inviolabilidade da liberdade, da vida, da segurança e da propriedade⁸⁶. Assim, se, para o restabelecimento da ordem jurídica violada, forem suficientes as medidas civis ou administrativas, tais devem ser empregadas em detrimento das penais.

Nos dizeres de Cezar Roberto Bitencourt, o princípio sob análise preconiza que, antes de se recorrer ao Direito Penal, se deve esgotar todos os meios extrapenais de controle social. Contudo, somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da agressão e da importância daquele para a convivência social, justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social⁸⁷.

Complementarmente, Lenio Streck aponta que o princípio da proporcionalidade possui duas finalidades, sendo tais, a proteção positiva e a proteção de omissão estatal:

“Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.⁸⁸”

⁸⁶ESTEFAM, André. *Direito Penal: Parte Geral – Arts. 1º a 120*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 74.

⁸⁷GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. 24 ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 151.

⁸⁸STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Ano XXXII, p.180.

Nesses moldes, a proporcionalidade, enquanto princípio jurídico, angaria para si dois significados, a proibição de proteção excessiva do estado em prol do indivíduo, restringindo a sua liberdade, bem como a proibição da proteção deficiente do bem jurídico o qual se encontra intimamente relacionado aos direitos fundamentais⁸⁹. Assim, a proibição de proteção excessiva do estado em prol do indivíduo possui dois destinatários: o poder legislativo e o poder judiciário.

Em relação ao poder legislativo, tem-se que este deve se ater à gravidade do delito na elaboração da norma penal, fixando, ao tipo penal, as respectivas penas de acordo com a lesividade do delito ao bem jurídico⁹⁰. Outrossim, o poder judiciário, notadamente o Juiz, quando da dosimetria da pena, deve impor, ao sujeito ativo do crime, as penas de acordo com a gravidade do resultado, provocado pelo seu ato criminoso⁹¹.

Em resumo, pode-se entender que o princípio em questão detém a finalidade de impedir os excessos do Estado ao criminalizar condutas e ao aplicar as respectivas penas, bem como objetiva obstar uma tutela deficiente a um bem jurídico fundamental. Por fim, não menos importante, o princípio da culpabilidade também norteia o direito penal. O princípio supracitado tem sua matriz constitucional decorrente do princípio da pessoalidade das penas, podendo ser entendido como a responsabilidade penal subjetiva. Em outras palavras, trata-se da capacidade de responsabilização penal do agente em relação a outros membros da sociedade. Isto é, “a capacidade do agente de entender o caráter ilícito do fato e direcionar sua atuação de acordo com esse entendimento⁹²”.

⁸⁹MARQUES, Fernando Tadeu. *O excesso do Estado na criminalização do terrorismo por meio dos tipos penais abertos e a possibilidade de criminalização do direito de resistência*. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2021. p. 94. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/25769/1/Fernando%20Tadeu%20Marques.pdf>. Acesso em 20 de dez. 2023.

⁹⁰MARQUES, Fernando Tadeu. *O excesso do Estado na criminalização do terrorismo por meio dos tipos penais abertos e a possibilidade de criminalização do direito de resistência*. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2021. p. 94. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/25769/1/Fernando%20Tadeu%20Marques.pdf>. Acesso em 20 de dez. 2023.

⁹¹*Ibid.*, p. 94.

⁹²ESPECIATO, Ian Matozo. *Medidas de Segurança e os princípios constitucionais no Direito Penal*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo,

Nesse esteio, o princípio em comento detém dois objetivos, o primeiro é o fundamento da pena, pelo qual se permite atribuir a responsabilidade pela prática de um fato típico e antijurídico a uma determinada pessoa por meio de um juízo de valor. Por sua vez, o segundo possibilita a medição da pena, de acordo com a gravidade do injusto⁹³.

Complementarmente a culpabilidade é um elemento que fundamenta e limita a pena, dando lugar às causas de exclusão da culpabilidade. Ademais, é um critério para a individualização judicial da pena⁹⁴. Decorre desse princípio o impedimento da pena ultrapassar a pessoa do condenado. Ou seja, caso este venha a falecer, terá sua punibilidade por extinta, não podendo ser transferida a outrem. É mais um princípio positivado pela Constituição Federal: Art. 5º, XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Nos moldes do princípio sob análise, o princípio de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: (i) legislativo, (ii) judicial e (iii) executivo. A primeira etapa se concretiza por meio do legislador, assim, por meio da lei, fixa-se para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais à importância do bem tutelado e à gravidade da ofensa. Ainda, há previsão acerca das espécies de pena⁹⁵. Por sua vez, a segunda etapa se refere ao momento da individualização judiciária, na qual o Juiz fixará qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertará o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo, além de determinar o modo de sua execução⁹⁶.

Por fim, determinada a sanção penal e seu respectivo *tantum* de pena, tal será efetivada por meio de sua execução, sendo referido ato nomeado pela doutrina

2017. p. 123. Disponível em: < https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11122020-021435/publico/8033314_Dissertacao>. Acesso em: 07. jan. 2023.

⁹³BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral - arts. 1 a 120*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 73.

⁹⁴OLIVÉ, Juan Carlos Ferré, *et al. Direito Penal Brasileiro. Parte Geral: Princípios Fundamentais e Sistema*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.85.

⁹⁵LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 52.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 53.

como individualização administrativa ou executória⁹⁷. Pautado nesses princípios, conforme será exposto a seguir, a tutela penal ao Estado Democrático de Direito, desde que alicerçada em tais, se mostra válida e indispensável para a proteção da ordem democrática vigente e de todos os direitos fundamentais a ela atrelados.

2.3 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ENQUANTO BEM JURÍDICO PENAL

Com a cessação do regime autoritário, advindo da ditadura militar, a Constituição de 1988, logo, em seu preâmbulo, estabeleceu que o Estado deva ser democrático:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha se manifestado que o preâmbulo em questão não constitui norma central, de reprodução obrigatória pelas Constituições Estaduais, não possuindo, portanto, força normativa, há de se reconhecer que o aludido texto expõe os valores aos quais deve se destinar a vocação do Brasil, possuindo natureza diretiva, no sentido de apontar os caminhos e os objetivos a serem perseguidos pela nova ordem constitucional⁹⁸. Reforçando a importância do Estado Democrático de Direito, em seu primeiro título, nomeado de princípios fundamentais, o poder constituinte originário determinou expressamente que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito,

⁹⁷LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 55.

⁹⁸ VINCI, Luciana Vieira Dallaqua. *A relação entre democracia e direitos e garantias fundamentais*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 28. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20483/2/Luciana%20Vieira%20Dallaqua%20Vinci.pdf>.

sendo seus fundamentos (i) a soberania, (ii) a cidadania, (iii) a dignidade da pessoa humana, (iv) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e (v) o pluralismo político⁹⁹. Importante também pontuar que princípios são normas jurídicas de observância obrigatória, os quais devem ser interpretados diante dos casos concretos para ganharem densidade e se desdobrarem em regras para o caso em que permitam resolver conflitos e garantir os direitos das pessoas¹⁰⁰.

Não bastasse a exigência indicada acima, a Constituição Federal, por meio do seu artigo 5º, inciso XLVI, considera a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático como crime inafiançável e imprescritível. Nesse esteio, tem-se que o Estado Democrático de Direito surgiu a partir de dois conteúdos: o Estado de Direito e o Estado Democrático. O primeiro conteúdo, criado pelo liberalismo, possui o império da lei, a distribuição do poder estatal, a previsão de direitos fundamentais e a garantia de tais direitos por características. Por sua vez, o Estado Democrático se fundamenta na soberania popular, de modo que o vocábulo democrático se trata de um qualificativo do Estado¹⁰¹.

A presença da referência a um Estado Democrático de Direito pode, dessa forma, ser interpretada como a busca de uma fusão entre democracia e direito, e, mais, entre democracia e Constituição¹⁰². Ademais, o Estado Democrático de Direito tem por premissa que o poder do Estado deve se organizar e ser exercido, em termos democráticos, por meio do poder político, originário e titularizado do povo, sendo um fator indispensável para a legitimação do poder¹⁰³.

⁹⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

V - o pluralismo político.

¹⁰⁰BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 8.

¹⁰¹FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 179.

¹⁰²BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 13.

¹⁰³VINCI, Luciana Vieira Dallaqua. *A relação entre democracia e direitos e garantias fundamentais*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de

Em comentários ao Estado Democrático de Direito, Enio Moraes da Silva elenca dez características essenciais para a concretização do referido princípio fundamental da República Federativa do Brasil¹⁰⁴. Como primeira característica, o Estado Democrático de Direito se fundamenta na soberania popular e, como segunda característica por consequência, deve o Estado providenciar mecanismos de apuração e de efetivação da vontade popular nas decisões políticas fundamentais do Estado¹⁰⁵. Como terceira característica fundamental, exige-se a existência de uma constituição materialmente legítima, rígida, emanada da vontade popular e que vincule todos os poderes¹⁰⁶.

Continuamente, o autor elenca mais duas características essenciais relacionadas ao poder judiciário. A primeira consistente na existência de um órgão guardião da Constituição e dos valores fundamentais da sociedade e a segunda, na existência de órgãos judiciais livres e independentes para a solução dos conflitos¹⁰⁷.

Ainda sob a ótica dos direitos fundamentais e sociais, o autor indica mais duas características. A primeira consistente na existência de um sistema de garantia dos direitos humanos em todas as suas expressões e a segunda na efetivação da democracia em todos os seus contornos políticos, sociais, econômicos e culturais com vistas a promover a justiça social¹⁰⁸.

E, por fim, sob uma ótica principiológica, o autor elenca mais três características que o Estado Democrático deve observar, sendo tais, (i) o princípio da igualdade, (ii) o princípio da legalidade, por meio do qual a lei é elaborada pela legítima vontade popular e é informada pelos princípios da justiça e (iii) o princípio

São Paulo, São Paulo, 2017. p. 28. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20483/2/Luciana%20Vieira%20Dallaqua%20Vinci.pdf>

¹⁰⁴SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 42, jul./set. 2005. p. 228. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p213.pdf.

¹⁰⁵SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 42, jul./set. 2005. p. 228. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p213.pdf.

¹⁰⁶*Ibid.*, p. 228.

¹⁰⁷*Ibid.*, p. 228.

¹⁰⁸*Ibid.*, p. 228.

da segurança jurídica, o qual deve controlar os excessos de produção normativa com vistas a possibilitar a previsibilidade jurídica¹⁰⁹.

José Afonso da Silva indica ainda como princípios essenciais o da constitucionalidade e o democrático. O primeiro exige que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, a qual vincule todos os poderes e os atos deles provenientes com a garantia de atuação livre da jurisdição constitucional. Por sua vez, o princípio democrático, pautado na Constituição Federal, exige a concretização de uma democracia representativa e participativa, pluralista com vistas a garantir a vigência e a eficácia dos direitos fundamentais¹¹⁰.

Nesses moldes, entende-se que a democracia representativa é a verdadeira conquista do Estado Democrático de Direito. Em tal regime, o povo, democraticamente, elege seus representantes, concedendo-lhes mandato para elaboração das leis, as quais deverão traduzir a vontade do povo, sendo de observância obrigatória para toda e qualquer autoridade¹¹¹. Já a democracia participativa exige um processo de convivência social em uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, II, da Constituição Federal), em que o poder emana do povo e deve ser exercido em seu proveito diretamente ou por seus representantes eleitos (art. 1.º, parágrafo único, da Constituição Federal)¹¹². Outrossim, a democracia pluralista respeita a pluralidade de ideias, de culturas e de etnias e pressupõe, assim, o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e de interesses diferentes na sociedade¹¹³.

Continuamente, no Estado Democrático de Direito, há um acréscimo ao rol de direitos e, principalmente, uma transformação no seu conteúdo, a fim de promover a sociedade e a democracia, rompendo com o formalismo jurídico para uma

¹⁰⁹*Ibid.*, p. P. 229.

¹¹⁰SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, nº 173, 1988. p. 21. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45920/44126>.

¹¹⁰*Ibid.*, p. 23.

¹¹¹REGO, Werson Franco. Estado Democrático de Direito, Democracia e Função Jurisdicional. *Revista Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 18, nº 25. p. 195. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/143/85>

¹¹² SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, p. 21.

¹¹³*Ibid.*, p. 21.

concepção material de justiça¹¹⁴. Assim, a lei se torna um mecanismo de transformação social, de modo a manter o espaço vital da humanidade, impondo, ao ordenamento jurídico e à ação estatal, o conteúdo da transformação da realidade por meio de um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos¹¹⁵. No Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal “trata-se do instrumento básico de segurança jurídica, estabelecedor das regras que definem quem tomará as decisões coletivas em nome da sociedade e quais procedimentos deverão ser observados”¹¹⁶.

Em análise aos diversos conceitos cunhados acima, verifica-se um consenso no sentido de que o Estado Democrático se rege por normas democráticas, com eleições livres e periódicas, bem como pelo respeito das autoridades públicas aos direitos e às garantias fundamentais¹¹⁷. Assim, não haverá democracia e, por consequência, nem Estado Democrático de Direito, sem veneração à soberania, à cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho, aos da livre iniciativa e ao pluralismo político¹¹⁸.

Dada a estrita interdependência entre o Estado Democrático de Direito e a democracia, há de se analisar a relação desta última com os direitos fundamentais, a fim de sanar qualquer dúvida acerca da legitimidade do direito penal para tipificar os crimes contra o Estado Democrático de Direito. Ao analisar as doutrinas nacional e internacional, infere-se que não há um consenso acerca do *status* da democracia no ordenamento jurídico, isto é, discute-se se tal é um direito fundamental, e, se for, comenta-se também qual seria a sua dimensão.

¹¹⁴ MADERS, Angelita Maria. O Estado Democrático de Direito Brasileiro e a Proteção do Direito à Saúde. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 3, p. 07–33, 2022. p. 18. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/449>.

¹¹⁵ MADERS, Angelita Maria. O Estado Democrático de Direito Brasileiro e a Proteção do Direito à Saúde. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 3, p. 07–33, 2022. p. 18. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/449>.

¹¹⁶ REGO, Werson Franco. Estado Democrático de Direito, Democracia e Função Jurisdicional. *Revista Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 18, nº 25. p. 195. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/143/85>

¹¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 43.

¹¹⁸ MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia Participativa na Constituição Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 78, abr./jun. 2008. p. 187. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p181.pdf.

Em rápida síntese, sem esgotar o tema, uma vez que conceituar os direitos fundamentais não é o escopo da presente dissertação, tem-se que tais direitos consubstanciam limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado, conforme pontuado por Alexandre Gavião. Estes são encarados como o inevitável resultado de diversos eventos históricos e de ideologias marcadas de forma indelével pelos primados da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, cujas ideias foram inspiradas tradicionalmente nos movimentos que se voltaram para a reforma do Estado e para a formação do Estado Democrático de Direito¹¹⁹.

Nesse sentido, a literatura defende, de forma sistemática, que a democracia é o ambiente propício para a efetivação dos direitos fundamentais, conforme será exposto a seguir. Nesse contexto, a doutrina, além de defender a democracia como o ambiente propício para a efetivação dos direitos fundamentais, indica ser esta também um objeto dos direitos de terceira ou de quarta dimensão, consoante ao apontado por Antônio Cláudio da Costa Machado, por Carlos Eduardo Volante e por Waleska Cariola Viana:

Mas, o que nos importa dizer agora é que, além de ser a democracia o ambiente político próprio e natural dos direitos fundamentais, ela também se posiciona ou se configura como o objeto de um direito de terceira dimensão, com o que se busca proteger o ser humano não mais como indivíduo, mas como gênero, tendo em vista os ideais de solidariedade e fraternidade que devem nortear as relações humanas, até mesmo as políticas. Nessa nova perspectiva, o direito à democracia significa a ampliação dos horizontes de proteção e de emancipação dos indivíduos, porque corresponde à própria exigência de construção de um regime democrático, de instituições democráticas, de um Estado de configuração democrática¹²⁰.

Outrossim, Paulo Bonavides aponta que a democracia é um princípio jurídico, além de ser um direito fundamental também:

¹¹⁹PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos Fundamentais legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e fraternidade. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 12, nº 46, 2009. p. 126. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_126.pdf.

¹²⁰MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; VOLANTE, Carlos Eduardo; VIANA, Waleska Cariola. Democracia como Direito Fundamental de Terceira Geração ou Dimensão. *Revista ESMAT*, nº 10, p. 149-172. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/115/120. Acesso em 30 abr. 2023.

(...) A democracia é o princípio contemporâneo mediante o qual se confere legitimidade a todas as formas possíveis de convivência; pode-se-ia até dizer o único princípio legitimante da cidadania e da internacionalidade. Foi princípio filosófico nas revoluções; é jurídico nas elaborações pacíficas de cada sistema de governo que deve reger os cidadãos ou dirigir os Estados nas suas relações mútuas¹²¹.

(...) Sendo, de necessidade, um direito fundamental- e esta é a premissa da qual partimos e que tem por argumento mais persuasivo a impossibilidade fática da igualdade e da justiça fora de tal esfera de compreensão (...) ¹²².

Não bastasse o atributo de direito fundamental, parte da doutrina ainda indica que a democracia é o regime para a concretização dos direitos humanos, existindo uma clara relação de independência: “[n]ão há democracia sem direitos humanos, e não há direitos humanos sem democracia. Uma não existe sem a outra”¹²³. Nesse sentido, ao reconhecer que a democracia é um direito fundamental, tal pode ser reivindicada, sendo sua implementação obrigatória¹²⁴.

Pautado nessas premissas, em que a democracia é um direito fundamental, a doutrina nacional justifica a criação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. “Pelo caráter vital da democracia, toda sua defesa é urgente, legítima e necessária”¹²⁵.

Em comentários ao projeto de Lei que originou os crimes contra o Estado Democrático de Direito, o Relator no Senado, Senador Rogério Carvalho, apontou que a Lei de Segurança Nacional constituiu um dos últimos diplomas normativos de cunho autoritário, a qual fora utilizada, nos últimos tempos, com o objetivo de punir

¹²¹BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 350.

¹²²*Ibid.*, p. 350.

¹²³“Não há democracia sem direitos humanos”, afirma professor Renato Duro Dias, da FURG. Aula disponível em: < [¹²⁴VINCI, Luciana Vieira Dallaqua. *A relação entre democracia e direitos e garantias fundamentais*. 2017. Dissertação \(Mestrado em Direito\), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 102. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20483/2/Luciana%20Vieira%20Dallaqua%20Vinci.pdf>.](https://www.ufmg.br/proex/noticia/nao-ha-democracia-sem-direitos-humanos-e-nao-ha-direitos-humanos-sem-democracia-afirma-professor-renato-duro-dias-da-furg/#:~:text=%E2%80%99CN%C3%A3o%20h%C3%A1%20democracia%20sem%20direitos%20humanos%2C%20e%20n%C3%A3o%20h%C3%A1%20direitos,n%C3%A3o%20existe%20sem%20a%20outra%E2%80%99D>.”</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹²⁵HAMMERSCHMIDT, Denise *et al.* *O Grito pela Democracia: Crimes Contra o Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 13.

manifestações críticas ao governo da época e de calar adversários políticos¹²⁶. Segundo dados apontados no parecer em questão, houve um aumento do número de inquéritos instaurados com base na Lei de Segurança Nacional a partir de 2019, chegando a 51 no ano de 2020¹²⁷.

Ao justificar os crimes contra o Estado Democrático de Direito, o Senador argumentou que as nações democráticas se utilizam das normas penais para impedir a ruptura do Estado Democrático de Direito:

As nações democráticas se valem de normas penais para coibir tentativas de comprometer a existência soberana da nação ou ainda de quebrantar o Estado de Direito. Normas que se destinam, portanto, a proteger o Estado e suas instituições contra ameaças externas e internas. Conveniente e oportuno, portanto, o Projeto de Lei sob exame, que estabelece normas penais incriminadoras apropriadas para a defesa da soberania nacional e do Estado Democrático de Direito¹²⁸.

Miguel Reale Júnior e Alexandre Wunderlich, por meio de parecer apresentado ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, defendem a intervenção do direito penal para tutelar o Estado Democrático de Direito, superando o conceito de segurança nacional e coadunando com a tendência internacional, *in verbis*:

Em nossa opinião, em favor da proteção e da defesa do Estado de Direito e de suas Instituições Democráticas, a conduta humana que coloque em risco ou afete a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito deve receber a intervenção penal. Aliás, esta é uma tendência legislativa internacional demonstrada em outra consulta, além de ser o que se interpreta das normas da Constituição Federal de 1988, representando uma orientação fundamental para que seja ultrapassado o recurso ao conceito de Segurança Nacional como eixo expressivo da criminalidade política, ficando adequado o conceito de crime político à Carta Federal, como um crime

¹²⁶SENADO FEDERAL. *Parecer sobre o Projeto de Lei nº 2.108/2021*. Brasília: Senado Federal, 2021. p. 05. Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8986057&ts=1654270101405&disposition=inline&_gl=1*1tcjo6z*_ga*MTQ4MDEwNjg2OS4xNzA1NTI3NTk4*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwODAwODA5OC4yLjEuMTcwODAwOTAxNi4wLjAuMA..>. Acesso em 01 de jan. 2024.

¹²⁷*Ibid.*, p. 06.

¹²⁸*Ibid.*, p. 06.

pluriofensivo que afeta o Estado de Direito, representado por suas Instituições Democráticas¹²⁹.

Nesse sentido, Alaor Leite e Adriano Teixeira, em estudo desenvolvido na Comissão de Estudos de Direito Penal da Ordem dos Advogados do Brasil, afirmam inexistir dúvida sobre a proteção ao Estado de Direito por meio do Direito Penal, a qual deve ser reduzida à proteção do núcleo fundamental de funcionamento real das instituições e à livre da proteção da “honorabilidade” do Estado:

O diagnóstico não permite hesitação: é imprescindível a proteção limitada do Estado de Direito por meio do Direito Penal, reduzida à proteção do núcleo fundamental de funcionamento real das instituições, e livre da proteção da “honorabilidade” do Estado – que não deve ter lugar – e de seus membros – que deve ter lugar em outro setor. O aspecto institucional deve prevalecer em face do aspecto individual, cuja proteção deve estar reservada ao capítulo dos crimes contra a honra, limitada, como visto, por uma interpretação conforme os parâmetros da liberdade de expressão. A proteção jurídico-penal do Estado de Direito será tanto mais legítima e eficiente quanto mais reduzida ao relicário do que constitui o Estado de Direito constitucionalmente estabelecido. Essa proteção não deve ativar mecanismo de exceção, tal como ocorre no modelo de segurança nacional: o Estado de Direito deve se proteger reafirmando as suas bases e reconhecendo as suas infranqueáveis fronteiras¹³⁰.

O Brasil, desse modo, está em compasso com outras nações democráticas que se valem de normas penais para manter a integridade nacional coesa, a soberania do Estado e para preservar a democracia e o Estado de Direito¹³¹.

¹²⁹ REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. *Parecer Lei de Segurança Nacional e Defesa do Estado de Direito no Brasil*. 2020. p. 64. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pa/parecer-oab-lsn-reale-jr-wunderlich.pdf>

¹³⁰ LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Defesa do Estado Democrático de Direito por meio do Direito Penal*. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pa/parecer-oab-lsn-alaor-teixeira.pdf>>. Acesso em 10 de jan. 2024.

¹³¹ ESTEFAM, André. *Direito Penal: Parte Especial – arts. 235 a 359-T*. P. 354. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 352.

3. DAS LEIS DE SEGURANÇA NACIONAL E DA ATUAÇÃO DO BRASIL FRENTE ÀS VIOLAÇÕES OCORRIDAS NOS REGIMES AUTORITÁRIOS

3.1 DAS LEIS DE SEGURANÇA NACIONAL

No Brasil, dois foram os períodos de cessação do regime democrático. O primeiro, no Estado Novo com Getúlio Vargas (1937-1945) e o segundo com a ditadura militar (1964 a 1985). Por tal motivo, será considerado, para fins de análise, como se deu a punição dos crimes políticos em referidos períodos, não obstante, em que pese a limitação temporal em questão, é preciso retroceder alguns anos para entender o início da tutela penal à segurança nacional.

Nesse esteio, tem-se que a primeira Constituição a prever expressamente um título para a segurança nacional foi a elaborada em 1934, a qual, por meio dos artigos 159 a 167, disciplinou o tema, destinando ao Presidente da República, diversas atribuições privativas, com um amplo poder em relação aos demais poderes. Por meio do artigo 160, da referida Constituição, destinou-se a direção da política de guerra ao Presidente da República, bem como, no artigo seguinte, a possibilidade de suspensão das garantias constitucionais em caso de estado de guerra. O referido texto normativo serviu de base para a edição da Lei nº 38, de 1935, responsável por definir os crimes contra a ordem política e social, sendo considerada como a matriz da tradição legislativa autoritária brasileira¹³².

A lei *sob judice* possuía características autoritárias, as quais foram elencadas por Nilo Batista, que mapeou os principais delitos da legislação em comento de forma sistemática:

(...) a) hipertrofia do governo federal (para ficar num exemplo expressivo, o crime de oposição a agente político"- art. 3º- tem sua pena reduzida de 2/3, se o funcionário for do Estado, e de 1/2 se for do município; b) anticomunismo (o art. 5º fala em "instigar classes sociais"); c) incriminação da grave (arts. 8º, 18 e 19), da conspiração (art. 20) e da instigação das classes sociais à luta pela violência" (art. 15); d) moldada por uma "teoria geral" unificadora, que cunha no art. 22, as expressões "ordem política" e "ordem social", que até pouco tempo atrás nominavam repartições policiais; e) severidade com estrangeiros (cancelamento de naturalização, expulsão), exoneração

¹³²BATISTA, Nilo; BOGES, Rafael. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Revan, 2023. p. 19.

de funcionários públicos por razões ideológicas e uso de processo sumário¹³³.

Posteriormente, em 1935, a Lei nº 136 foi editada, a qual alterou e agravou o disposto na Lei nº 38/1935, especificamente, os seguintes pontos, (i) o impedimento à filiação de funcionários públicos e militares ao Partido Comunista, (ii) a criação do delito de incitação, de desprezo ou de ódio contra as Forças Armadas, (iii) a proibição das empresas, dos institutos e dos serviços criados ou mantidos pelo Poder Público de contratar pessoas a partidos políticos¹³⁴.

De forma a agravar o tom autoritário do Estado, a Constituição de 1937 manteve o título da Segurança Nacional e ensejou a edição de decretos que suprimiram direitos políticos. Por meio do artigo 161 a 165 da aludida Constituição, foram disciplinados os temas afetos à Segurança Nacional, sendo mais uma vez destinado, ao Presidente da República, bem como aos comandantes das forças armadas, um amplo poder em detrimento dos demais poderes constituídos. Ainda, em 1937, o então Presidente Getúlio Vargas, na justificativa de evitar as lutas partidárias, editou o Decreto-Lei nº 37, o qual dissolveu todos os partidos políticos. Nesse contexto, nos moldes do artigo 1º, do referido diploma, todas as arregimentações partidárias eram consideradas partidos políticos, especificamente, aquelas que fossem registradas no Tribunal Superior e nos Tribunais Regionais da Justiça Eleitoral, órgãos extintos à época¹³⁵.

Posteriormente, em 1938, entrou em vigência o Decreto nº 428, o qual estabeleceu o procedimento para julgamento dos delitos previstos nas Leis 38 e 136, ambas de 1935. Nessa data, foi determinada a competência do Tribunal de Segurança Nacional, subordinado à Justiça Militar, para o julgamento dos delitos contra a segurança nacional e a ordem social¹³⁶.

¹³³ *Ibid.*, p. 20.

¹³⁴ BATISTA, Nilo; BOGES, Rafael. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Revan, 2023. p. 21.

¹³⁵ Art. 1º Ficam dissolvidos, nesta data, todos os partidos políticos.

§ 1º São considerados partidos políticos, para os efeitos desta Lei, tôdas as arregimentações partidárias registadas nos extintos Tribunal Superior e Tribunais Regionais da Justiça Eleitoral assim como as que, embora não registadas em 10 de novembro do corrente ano, já tivessem requerido o seu registro.

¹³⁶ SANTOS, Fabiana Figueiredo Felício dos Santos. *Lei de Segurança Nacional: uma leitura à luz da Constituição da República de 1988 e do Direito Internacional de Direitos Humanos*.

Com o fim do Estado Novo em 1945, a nova Constituição de 1946 inseriu o tema da Segurança Nacional ao Título das Forças Armadas e, posteriormente, por meio da Lei 1.802/1953, o tema em questão passou a ser tratado por meio da lei infraconstitucional em pauta, a qual buscou abrandar as legislações anteriores e que retirou, de seu texto, qualquer menção ao termo “Segurança Nacional”¹³⁷. A legislação ora indicada, logo em sua ementa, deixou expresso que seus objetivos eram definir os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social. Em que pese a tentativa de abrandamento, a legislação em análise ainda considerava como crime a conduta de reorganizar ou de tentar reorganizar qualquer partido político ou associação que haviam sido dissolvidos anteriormente por meio do Decreto-Lei nº 37, de 1937¹³⁸.

Não obstante, após a implantação do regime ditatorial (1964-1985), os militares promulgaram uma nova Constituição em 1967, na qual fora enrijecida a tutela à segurança nacional. O novo texto constitucional permitia, ao Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, a expedição de decretos com força de lei sobre as matérias de Segurança Nacional¹³⁹. No período ditatorial em questão, fora adotada uma nova concepção acerca da segurança nacional, inspirada na doutrina elaborada pela *National War College* estadunidense logo após a Segunda Guerra Mundial.

O primeiro texto jurídico a trazer a nova doutrina foi o Decreto-Lei nº 314, de 1967, o qual foi duramente criticado, notadamente o seu artigo 44, que atribuía a competência para julgar e para punir os crimes contra a segurança nacional cometidos por militares e civis diretamente aos tribunais militares. A nova doutrina

2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 62. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-AY6MHV/1/fabiana_f_f_dos_santos_2_.pdf. Acesso em 10 de jan. 2023.

¹³⁷BATISTA, Nilo; BORGES, Rafael. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Revan, 2023. p. 24.

¹³⁸Art. 9º Reorganizar ou tentar reorganizar, de fato ou de direito, pondo logo em funcionamento efetivo, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação dissolvidos por força de disposição legal ou fazê-lo funcionar nas mesmas condições quando legalmente suspenso.

Pena: - reclusão de 2 a 5 anos; reduzida da metade, quando se tratar da segunda parte do artigo.

Parágrafo único. A concessão do registro do novo partido, uma vez passada em julgado, porá imediatamente termo a qualquer processo ou pena com fundamento neste artigo.

¹³⁹BATISTA, Nilo; BORGES, Rafael. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Revan, 2023. P. 25

colocou mais ênfase na ideia de "nação", em detrimento do "Estado" ou de "instituições do Estado"¹⁴⁰.

Conforme apontado por Arno Dal Ri Júnior, a referida doutrina defendia que cada brasileiro poderia manter a própria liberdade, dignidade e o próprio bem-estar somente se a atuação do governo se realizasse por meio de uma forte estratégia de repressão da delinquência política, isto é, no combate aos inimigos do Estado, que se tornariam, conseqüentemente, inimigos da nação e dos cidadãos individuais¹⁴¹. Com a manutenção do regime militar, foi se tornando cada vez mais frequente o uso do termo segurança nacional, o qual não continha nenhuma definição precisa. A Emenda Constitucional de 1969 deu início a uma nova fase nos usos e nas representações da noção de segurança nacional, elevando-a a norma constitucional, mas, dessa vez, de modo ainda mais genérico, sem fornecer qualquer apoio conceitual¹⁴². Na aludida Emenda Constitucional¹⁴², o legislador se limitou a indicar os responsáveis pela segurança nacional, os integrantes do Conselho de Segurança e suas respectivas atribuições¹⁴³.

¹⁴⁰DAL RI JÚNIOR, Arno. O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira: usos e representações do Estado Novo à Ditadura Militar. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 525-543, julho/dezembro de 2013.p. 530.

¹⁴¹DAL RI JÚNIOR, Arno. O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira: usos e representações do Estado Novo à Ditadura Militar. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 525-543, julho/dezembro de 2013.p. 534.

¹⁴²DAL RI JÚNIOR, Arno. O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira: usos e representações do Estado Novo à Ditadura Militar. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 525-543, julho/dezembro de 2013.p. 534.

¹⁴³Art. 86. Toda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei.

Art. 87. O Conselho de Segurança Nacional é o órgão de mais alto nível na assessoria direta ao Presidente da República, para formulação e execução da política de segurança nacional.

Art. 88. O Conselho de Segurança Nacional é presidido pelo Presidente da República e dele participam, no caráter de membros natos, o Vice-Presidente da República e todos os Ministros de Estado.

Parágrafo único. A lei regulará a sua organização, competência e funcionamento e poderá admitir outros membros natos ou eventuais.

Art. 89. Ao Conselho de Segurança Nacional compete:

I - estabelecer os objetivos nacionais permanentes e as bases para a política nacional;

II - estudar, no âmbito interno e externo, os assuntos que interessem à segurança nacional;

III - indicar as áreas indispensáveis à segurança nacional e os municípios considerados de seu interesse;

IV - dar, em relação às áreas indispensáveis à segurança nacional, assentimento prévio para:

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 510, de 1969, alterou o Decreto-Lei nº 314, de 1967, agravando ainda mais a punição aos crimes políticos, inclusive, prevendo a possibilidade de punição de atos preparatórios, bem como a criação de um novo tipo penal, qual seja: a conduta de afiliar-se a organização de tipo militar, já que, até então, o Decreto-Lei nº 314, de 1967, punia somente o ato de fundar e de manter instituições do tipo militar¹⁴⁴. De forma a agravar a situação, fora editado o Decreto-Lei nº 898, de 1969, considerado a lei de segurança nacional da ditadura por excelência¹⁴⁵, o qual, inclusive, inovou ao prever a pena de morte por fuzilamento para o caso de crimes de mais gravidade ou cujo resultado seja a morte¹⁴⁶. Com um tom bastante autoritário, a lei *sob judice*, logo em seu artigo 1º, destinava, às pessoas naturais e jurídicas, a responsabilidade pela segurança nacional, afirmando que a tutela penal em questão detinha a finalidade de impedir contra antagonismos, tanto internos como externos¹⁴⁷.

a) concessão de terras, abertura de vias de transporte e instalação de meios de comunicação;

b) construção de pontes, estradas internacionais e campos de pouso; e

c) estabelecimento ou exploração de indústrias que interessem à segurança nacional;

V - modificar ou cassar as concessões ou autorizações mencionadas no item anterior; e

VI - conceder licença para o funcionamento de órgãos ou representações de entidades sindicais estrangeiras, bem como autorizar a filiação das nacionais a essas entidades.

Parágrafo único. A lei indicará os municípios de interesse da segurança nacional e as áreas a esta indispensáveis, cuja utilização regulará, sendo assegurada, nas indústrias nelas situadas, predominância de capitais e trabalhadores brasileiros.

¹⁴⁴ BATISTA, Nilo; BOGES, Rafael. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Revan, 2023. p. 28.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 29.

¹⁴⁶ SANTOS, Fabiana Figueiredo Felício dos Santos. *Lei de Segurança Nacional: uma leitura à luz da Constituição da República de 1988 e do Direito Internacional de Direitos Humanos*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 74. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-AY6MHV/1/fabiana_f._f._dos_santos__2_.pdf. Acesso em 10 de jan. 2023.

¹⁴⁷ Art. 1º Toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei.

Art. 2º A segurança nacional a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos.

Art. 3º A segurança nacional compreende, essencialmente, medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva.

§ 1º A segurança interna, integrada na segurança nacional, diz respeito às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, fôrma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no país.

§ 2º A guerra psicológica adversa é o emprêgo da propaganda, da contra-propaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar

Ainda, a fim de permitir uma maior incidência, a legislação usou de termos genéricos e imprecisos, como: “guerra psicológica adversa”, “guerra revolucionária” e “guerra subversiva”. Nos moldes do referido decreto, a segurança nacional era compreendida, essencialmente, como medidas destinadas à preservação das seguranças externa e interna, inclusive, à prevenção e à repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva. O decreto em questão conceituava a guerra psicológica adversa como o emprego da propaganda, da contrapropaganda e das ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou de provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais.

Por sua vez, a guerra revolucionária era compreendida como o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia ou auxiliado do exterior, que visava à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação. Com o fim dos anos de chumbo (1969-1974), uma nova legislação de segurança nacional foi editada, Lei nº 6.620/1978. Em uma análise comparativa dos dispositivos legais de 1969 e 1978, percebe-se um abrandamento das penalidades e dos tipos penais atinentes à segurança nacional. Cita-se, como exemplo, a exclusão da pena de morte, bem como da prisão perpétua¹⁴⁸.

Não obstante, no intuito de preservar o poderio das forças armadas, a legislação em comento, por meio de seu artigo 52¹⁴⁹, manteve a competência da Justiça Militar para processo e para julgamento dos crimes contra a segurança nacional. Outrossim, por meio de seus artigos 9º, 21, 22 e 23, a citada norma

ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais.

§ 3º A guerra revolucionária é o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia, ou auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação.

¹⁴⁸SANTOS, Fabiana Figueiredo Felício dos Santos. *Lei de Segurança Nacional: uma leitura à luz da Constituição da República de 1988 e do Direito Internacional de Direitos Humanos*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 80. Disponível em: < https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-AY6MHV/1/fabiana_f_f_dos_santos__2_.pdf>. Acesso em 10 de jan. 2023.

¹⁴⁹Art. 52 - O processo e julgamento dos crimes contra a Segurança Nacional são da competência exclusiva da Justiça Militar e reger-se-ão pelas disposições do Código de Processo Penal Militar, no que não colidirem com as disposições especiais desta Lei.

tipificou como condutas atentatórias à segurança nacional aquelas praticadas contra o governo militar imposto¹⁵⁰.

A primeira conduta atentatória ao governo militar se referia à sabotagem de quaisquer instalações militares, navios, aviões, materiais utilizáveis pelas Forças Armadas, ou, ainda, meios de comunicação, vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, depósitos ou outras instalações. A segunda conduta, sob a justificativa de impedir a suposta instalação de um regime comunista, criminalizava a tentativa de subverter a ordem ou a estrutura político-social vigente no Brasil com o fim de estabelecer ditadura de classe, de partido político, de grupo ou de indivíduo. Outrossim, a terceira conduta atentatória consistia em promover insurreição armada ou tentar mudar, por meio violento, a Constituição, no todo ou em parte, ou a forma de governo adotada. Semelhantemente, a quarta conduta atentatória criminalizava os atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva. Posteriormente, em 14 de dezembro de 1983, promulga-se a nova Lei de Segurança Nacional, a qual, diferentemente das anteriores, tentou romper com a doutrina da segurança nacional com a redemocratização do país, e, logo, substituiu a simples referência à segurança nacional em sua epígrafe, típica dos diplomas anteriores, pelos

¹⁵⁰Art. 9º - Comprometer a Segurança Nacional, sabotando quaisquer instalações militares, navios, aviões, material utilizável pelas Forças Armadas, ou, ainda, meios de comunicação e vias de transporte, estaleiros, portos e aeroportos, fábricas, depósitos ou outras instalações. Pena: reclusão, de 4 a 15 anos.

§ 1º - Se, em decorrência da sabotagem, verifica-se paralisação de serviço público ou atividade essencial.

Pena: reclusão, de 6 a 20 anos.

§ 2º - Se, da sabotagem, resultar lesão corporal grave ou morte.

Pena: reclusão, de 8 a 30 anos.

(...)

Art. 21 - Tentar subverter a ordem ou estrutura político-social vigente no Brasil, com o fim de estabelecer ditadura de classe, de partido político, de grupo ou indivíduo.

Pena: reclusão, de 2 a 12 anos.

(...)

Art. 22 - Promover insurreição armada ou tentar mudar, por meio violento, a Constituição, no todo ou em parte, ou a forma de governo por ela adotada.

Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.

Parágrafo único - Se, da prática do ato, resultar lesão corporal grave ou morte.

Pena: reclusão, de 8 a 30 anos.

(...)

Art. 23 - Praticar atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva.

Pena: reclusão, de 2 a 12 anos.

Parágrafo único - Se, em virtude deles, a guerra sobrevém.

Pena: reclusão, de 8 a 30 anos.

vocábulos: “define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento”¹⁵¹.

Nos dizeres de Heleno Cláudio Fragoso, a legislação em análise restringiu o conceito de segurança nacional de acordo com a tendência mais liberal e democrática da época, de modo que tal passou a se referir à nação como um todo, dizendo respeito à própria existência do Estado e a sua independência à soberania. “Ela não se confunde com a segurança do governo ou da ordem política e social, que é coisa bem diversa. Esse conceito de segurança nacional é o que prevalece no direito internacional”.¹⁵²

Nesses moldes, por meio de seu artigo 1º, a legislação em comento definiu a incidência normativa, bem como crimes contra a segurança nacional, sendo estes aqueles que lesam ou expõem a perigo de lesão (i) a integridade territorial e a soberania nacional, (ii) o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito e (iii) a pessoa dos chefes dos Poderes da União. Não obstante, em que pese a tentativa legislativa de compatibilização da tutela penal à segurança nacional com o processo de redemocratização, a nova legislação manteve a jurisdição militar para o processo e para o julgamento desses crimes, fato duramente criticado pela doutrina¹⁵³. Ademais, a lei em questão manteve alguns delitos previstos nas legislações anteriores, de cunho autoritário, como exemplo da associação subversiva e da incitação subversiva.

Nos moldes do referido diploma, a associação subversiva era o ato de integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tinha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça¹⁵⁴. Por sua vez, a incitação subversiva entendia o ato de incitar à subversão da ordem política ou social, à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou

¹⁵¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Nova Lei de Segurança Nacional. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, nº 35, Rio de Janeiro, jan./jun, 1983, p. 60-69.

¹⁵²*Ibid.*, p. 62.

¹⁵³FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Nova Lei de Segurança Nacional. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, nº 35, Rio de Janeiro, jan./jun, 1983. p. 62.

¹⁵⁴Art. 16 - Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça.
Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.

instituições civis, à luta com violência entre as classes sociais e à prática de qualquer dos crimes previstos naquela legislação¹⁵⁵.

Ainda, passou-se a punir os atos preparatórios do crime de sabotagem, o que não ocorreu nos diplomas anteriores¹⁵⁶. Outro ponto criticado se dava em relação à aplicação subsidiária do Código Penal Militar em detrimento do Código Penal comum uma vez que a lei em questão, ao definir crimes contra a segurança do Estado, tratava de matéria de direito penal complementar e a ele deveria ser aplicado, subsidiariamente, as disposições do direito penal fundamental, o qual se encontra previsto no estatuto repressivo comum¹⁵⁷.

3.2 DA RESPOSTA BRASILEIRA AOS ATOS LESIVOS PRATICADOS NA DITADURA MILITAR

Com o apogeu do conclave popular por democracia, em 1979, o Presidente da República, o militar João Figueiredo, sancionou a Lei nº 6.683, por meio da qual se concedeu anistia a todos que haviam cometido crimes políticos ou eleitorais, além dos conexos com estes, no período compreendido de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Ao ser duramente criticada, a lei em comento teve sua validade questionada perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nº 153, de autoria da Ordem dos Advogados do Brasil.

Notadamente, a Ordem dos Advogados do Brasil, na qualidade de impetrante da ação, objetivava a declaração do não recebimento pela Constituição Federal de

¹⁵⁵ Art. 23 - Incitar:

I - à subversão da ordem política ou social;

II - à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;

III - à luta com violência entre as classes sociais;

IV - à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

¹⁵⁶ Art. 15 - Praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragem, depósitos e outras instalações congêneres.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

§ 2º - Punem-se os atos preparatórios de sabotagem com a pena deste artigo reduzida de dois terços, se o fato não constitui crime mais grave.

¹⁵⁷FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Nova Lei de Segurança Nacional. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, nº 35, Rio de Janeiro, jan./jun, 1983, p. 63.

1988, do disposto no artigo 1º, da Lei nº 6.683, o qual permitiu a anistia aos crimes políticos e conexos, independentemente de sua gravidade. Em análise da ação em questão, o Supremo Tribunal Federal, pela maioria dos seus ministros, em um placar de 7 a 2, denegou a ordem e declarou a validade do artigo 1º da Lei de Anistia¹⁵⁸. Ocorreu que o recurso interposto pela Ordem dos Advogados em face da decisão ainda se encontra pendente de julgamento, oportunidade na qual a Egrégia Corte deverá analisar a convencionalidade da lei de anistia.

Posteriormente ao julgamento da Egrégia Corte Brasileira, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Gomes Lund, entendeu que as disposições da Lei de Anistia brasileira impedem a investigação e a sanção de graves violações de direitos humanos, razão pela qual são incompatíveis com a Convenção Americana, bem como carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos praticados durante a ditadura militar. No aludido veredicto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial em virtude da falta de investigação, de julgamento e de eventual sanção dos responsáveis pelos fatos praticados durante a ditadura militar¹⁵⁹. Assim, o colegiado de Juízes, em sede de sentença, determinou que o Estado Brasileiro é o responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal.

Ademais, o Brasil, enquanto signatário da Convenção de Direitos Humanos, descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno às recomendações do aludido instrumento de tutela aos direitos humanos, como consequência da interpretação e da aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Nesse esteio, diante da omissão brasileira, a Corte Regional de Direitos Humanos determinou ao Estado Brasileiro a,

¹⁵⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515#:~:text=No%20julgamento%20da%20Arguição%20de,por%207%20votos%20a%202.>>. Acesso em 10 de nov. 2023.

¹⁵⁹CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. p. 95. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 10 de nov. 2023.

- (i) iniciar as investigações pertinentes com relação aos fatos relatados pela Comissão, considerando o padrão de violações de direitos humanos existente na época, a fim de que o processo e as investigações pertinentes fossem conduzidos de acordo com a complexidade de tais fatos e com o contexto em que ocorreram, com vistas a impedir omissões no recolhimento da prova e no seguimento de linhas lógicas de investigação¹⁶⁰;
- (ii) identificar os autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das vítimas e da execução extrajudicial, estando impedido o Estado Brasileiro de aplicar a Lei de Anistia, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade para se eximir dessa obrigação¹⁶¹;
- (iii) Adotar medidas que permitam, às autoridades competentes, realizar, *ex officio*, as investigações correspondentes, as quais deverão ser conduzidas por meio do uso de recursos logísticos e científicos necessários para recolher e para processar as provas, sempre se valendo pela segurança da vítima e de seus familiares¹⁶².
- (iv) Criar uma Comissão da Verdade para cumprir a obrigação do Estado de garantir o direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido¹⁶³.

Com vistas a entender o quantum requerido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em maio de 2012, foi instalada a Comissão Nacional de Verdade, a qual teve seu fim em 2014, após a elaboração do relatório final das investigações. A Comissão em questão se debruçou em entender todos os atos lesivos que ocorreram na ditadura militar e, para tanto, realizou-se uma análise dos primeiros eventos que colocaram a democracia brasileira, os quais tiveram início em 1946 e apenas se cessaram em 1988. Segundo apurado pela Comissão, diversas foram as violações de direitos humanos entre 1946 à 1988, que ocorreram por meio da prática

¹⁶⁰CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. p. 95. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 10 de nov. 2023.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 96.

¹⁶² *Ibid.*, p. 96.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 106.

sistemática de detenções ilegais, arbitrárias e de tortura, assim como o cometimento de execuções, os desaparecimentos forçados e a ocultação de cadáveres por agentes do Estado brasileiro¹⁶⁴.

Por meio das evidências obtidas por órgãos públicos, entidades da sociedade civil, vítimas e seus familiares, foram confirmadas 434 (quatrocentos e trinta e quatro) mortes e desaparecimentos de vítimas do regime militar, sendo 191 (cento e noventa um) de mortos, 210 (duzentos e dez) de desaparecidos e 33 (trinta) de desaparecidos cujos corpos tiveram seu paradeiro posteriormente localizado. Entendeu a Comissão que a eliminação de opositores políticos se converteu em política de Estado, concebida e implementada a partir de decisões emanadas da Presidência da República e dos ministérios militares, culminando com a prática de crimes contra a humanidade.

Como primeira recomendação, a Comissão pugnou acerca do reconhecimento de sua responsabilidade institucional pela ocorrência de graves violações de direitos humanos durante a ditadura militar (1964 a 1985) pelas Forças Armadas uma vez que o resultado das investigações demonstrou a participação de militares e a utilização de instalações do Exército, da Marinha e da Aeronáutica na prática dos atos lesivos¹⁶⁵. Segundamente, a Comissão determinou que os órgãos competentes procedam com a responsabilização criminal, cível e administrativa dos agentes públicos que deram causa às graves violações de direitos humanos ocorridas no período ditatorial, afastando-se, em relação a esses agentes, da aplicação dos dispositivos concessivos de anistia, inscritos nos artigos da Lei no 6.683, de 28 de agosto de 1979, e em outras disposições constitucionais e legais¹⁶⁶.

Seguindo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão considerou que a extensão da anistia a agentes públicos, que deram causas às detenções ilegais e arbitrárias, à tortura, às execuções, aos desaparecimentos forçados e à ocultação de cadáveres, é incompatível com o

¹⁶⁴ BRASIL. *Comissão Nacional da Verdade*. Brasília: CNV, 2014. p. 962. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf. Acesso em 10 de set. 2023.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 564.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 565.

direito brasileiro e com a ordem jurídica internacional¹⁶⁷. Como terceira medida institucional, diante da gravidade dos atos lesivos praticados pelos agentes públicos, a Comissão se manifestou pela responsabilização dos agentes públicos em ressarcir o erário público das verbas despendidas a título de regresso, conforme prevê o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, em razão das condutas terem sido perpetradas de forma manifestamente ilícita¹⁶⁸.

Ainda, a Comissão elaborou 29 (vinte e nove) recomendações com vistas a prevenir e a reprimir as violações de direitos humanos ocorridas na época da ditadura militar. Nesse esteio, diante da extensão do relatório, a presente dissertação se limitará em discorrer sobre as principais reformas constitucionais e legais uma vez que esses estão atrelados ao escopo dessa pesquisa¹⁶⁹.

Como uma das principais recomendações, a Comissão pugnou pela revogação da antiga Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983) uma vez que esta foi criada ainda na ditadura militar e, por consequência, refletia as concepções doutrinárias que prevaleceram no período repressivo¹⁷⁰. Sob a égide da Constituição de 1988, a qual inaugurou uma nova era na história brasileira, configurando a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, a Comissão enalteceu a importância da revogação da Lei de Segurança Nacional em vigor até então e sua substituição por uma legislação de proteção ao Estado Democrático de Direito¹⁷¹. Continuamente, a Comissão reforçou a necessidade de aperfeiçoamento da legislação brasileira para tipificação das figuras penais correspondentes aos crimes contra a humanidade e ao crime de desaparecimento forçado¹⁷².

Tendo por premissa o direito internacional dos direitos humanos, o relatório em questão argumentou que, por meio de tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, entre eles o Estatuto de Roma, o constitutivo do Tribunal Penal Internacional, as condutas praticadas na ditadura militar são de extrema gravidade,

¹⁶⁷BRASIL. *Comissão Nacional da Verdade*. Brasília: CNV, 2014. p. 966. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>.

¹⁶⁸*Ibid.*, p. 966.

¹⁶⁹*Ibid.*, p. 966.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 967.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 968.

¹⁷² *Ibid.*, p. 968.

as quais não podem ser admitidas em nenhuma circunstância¹⁷³. Nesse sentido, recomendou-se o aperfeiçoamento da legislação brasileira para que os tipos penais caracterizados internacionalmente como crimes contra a humanidade e a figura criminal do desaparecimento forçado sejam plenamente internalizados ao ordenamento jurídico¹⁷⁴.

Em 2018, tomando por base os fatos apurados na Comissão Nacional da Verdade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu uma nova condenação em face do Brasil em razão às graves violações de direitos humanos ocorridas na ditadura militar, dessa vez, tendo por vítima o jornalista e professor, Vladimir Herzog, morto em 1975, pelo regime de exceção. Na sentença condenatória, a Corte, mais uma vez, fez duras críticas à lei de anistia e a decisão do Supremo Tribunal Federal que confirmou a validade do referido diploma legislativo, destacando que o país não considerou as obrigações decorrentes do direito internacional¹⁷⁵.

Nesse sentido, a Corte ressaltou que as anistias ou figuras análogas foram um dos obstáculos alegados por alguns estados para investigar e, oportunamente, punir os responsáveis por violações graves dos direitos humanos¹⁷⁶. No caso do Brasil, o sistema regional de proteção de direitos humanos afirma que a lei de anistia não pode produzir efeitos jurídicos tampouco ser aplicada pelos tribunais internos¹⁷⁷.

Ainda, de forma mais agravante, a Corte considerou que os fatos ocorridos com Vladimir Herzog se amoldam aos crimes contra a humanidade. Por consequência de tais violações, o Estado brasileiro foi condenado a reparar os danos aos familiares da vítima, sendo o responsável pela violação do direito de conhecer a verdade dos familiares em virtude de não ter esclarecido judicialmente

¹⁷³BRASIL. *Comissão Nacional da Verdade*. Brasília: CNV, 2014. p. 966. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf. Acesso em 10 de set. 2023

¹⁷⁴*Ibid.*, p. 968.

¹⁷⁵CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018. p. 80/81. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em 20 de fev. 2024.

¹⁷⁶CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018. p. 70. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf >. Acesso em 20 de fev. 2024.

¹⁷⁷*Ibid.*, p. 74.

os fatos atentatórios e não ter apuradas as responsabilidades individuais respectivas em relação à tortura e ao assassinato de Vladimir Herzog¹⁷⁸.

Ademais, a Corte determinou ao Brasil que proceda com as devidas diligências investigativas e com o processo penal cabível pelos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975, devendo identificar processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis pela tortura e pela morte de Vladimir Herzog em razão aos fatos ocorridos se tratarem de crimes contra humanidade e, por consequência, serem imprescritíveis¹⁷⁹. Nesse ponto, é importante destacar que as sentenças proferidas pela Corte são obrigatórias para os Estados que voluntariamente acordaram em se submeter à jurisdição internacional, consoante o artigo 68, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁸⁰.

Conforme apontado por Orly Kibrit, a aceitação da jurisdição da Corte é facultativa, contudo, uma vez que se submeta a esta, o Estado passa a ter a obrigação de cumprimento de seus comandos, sob pena de responsabilização internacional¹⁸¹. Assim, ao emanar uma decisão condenatória, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ordena o Estado que cumpra as obrigações impostas, devendo o Estado executar a sentença da forma mais apropriada ao caso¹⁸².

Frente a todas as recomendações, o Estado Brasileiro caminha a passos lentos para executar os objetivos traçados pela Comissão Nacional da Verdade e para cumprir com as obrigações determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Justamente, em razão dessa morosidade, outra Ação de

¹⁷⁸*Ibid.*, p. 101.

¹⁷⁹*Ibid.*, p. 102.

¹⁸⁰Artigo 68 - 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

¹⁸¹KIBRIT, Orly. *Atuação contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no contexto brasileiro e a proteção unitária dos Direitos Humanos na consagração da cidadania transnacional*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018. p. 106. Disponível em: <https://adelpa-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/51e3404b-939d-4858-aec3-dcf565917f10/content>. Acesso em 05 de mar. 2024.

¹⁸²KIBRIT, Orly. *Atuação contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no contexto brasileiro e a proteção unitária dos Direitos Humanos na consagração da cidadania transnacional*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018. p. 107. Disponível em: <https://adelpa-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/51e3404b-939d-4858-aec3-dcf565917f10/content>. Acesso em 05 de mar. 2024.

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nº 320, de autoria do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), também questiona a validade da lei de anistia. Inclusive, a aludida ação constitucional teve movimentação recente no Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando os autos foram remetidos à conclusão do Relator, Ministro Dias Toffoli¹⁸³. O partido em questão invoca a decisão, proferida no caso Gomes Lund, a inconstitucionalidade por omissão do Estado Brasileiro e o desrespeito ao sistema internacional de Direitos Humanos¹⁸⁴.

Nesses moldes, destacou-se que o Brasil é o único Estado latino-americano em que uma lei de anistia de graves violações de direitos humanos foi julgada como válida pelo Poder Judiciário¹⁸⁵. Assim, o partido impetrante alega que o reconhecimento da ação constitucional tem por objetivo evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental¹⁸⁶.

Em 2021, com o aumento dos discursos autoritários pelo governo vigente à época, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e o Partido Socialista Brasileiro (PSB) acionaram o Supremo Tribunal Federal (STF) para questionar a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Segurança Nacional. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 797, sustentou-se a incompatibilidade da norma com o Estado Democrático de Direito. Por sua vez, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 799, adotou-se o mesmo argumento, mas se sustentou a existência de dispositivos compatíveis com a Constituição que deveriam ser mantidos para não prejudicar a defesa da ordem democrática pelo Poder Judiciário, especialmente, quando o Estado brasileiro pudesse sofrer “graves

¹⁸³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF* 320. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4574695>. Acesso em 10. mar. 2024

¹⁸⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF* 320. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4574695>. Acesso em 10. mar. 2024

¹⁸⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF* 320. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4574695>. Acesso em 10. mar. 2024

¹⁸⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF* 320. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4574695>. Acesso em 10. mar. 2024

ataques”¹⁸⁷. Não obstante, a matéria não foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal uma vez que, em 2021, por meio da Lei nº 14.197, a Lei de Segurança Nacional foi revogada e foram inseridos ao Código Penal os denominados Crimes Contra o Estado Democrático de Direito, que serão analisados a seguir.

¹⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Partidos acionam STF contra a Lei de Segurança Nacional*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461753&ori=1>. Acesso em 20 de janeiro de 2023.

4. DA TUTELA PENAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Pautada nos princípios que norteiam a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 14.197/2021 inseriu, ao Código Penal, o Título XII, que define os crimes contra o Estado Democrático de Direito, como (i) atentado à soberania, (ii) atentado à integridade nacional, (iii) espionagem, (iv) abolição violenta do Estado Democrático de Direito, (v) Golpe de Estado, (vi) interrupção do processo eleitoral, (vii) violência política e (viii) sabotagem. Nesse sentido, antes de adentrar a análise dos crimes em questão, é importante destacar os delitos vetados em apartada síntese. Assim, valendo-se da prerrogativa conferida pela Constituição Federal, o Presidente da República à época vetou os crimes de comunicação enganosa em massa, bem como o de atentado ao direito de manifestação.

O delito de comunicação enganosa em massa tinha a finalidade de coibir a promoção ou o financiamento da divulgação em massa de fatos sabidamente inverídicos e que poderiam comprometer a higidez do processo eleitoral¹⁸⁸. Como justificativa de veto, o Presidente da República à época alegou que a proposição legislativa em questão contrariaria o interesse público por não ter deixado claro qual conduta seria objeto da criminalização, se a conduta daquele que gerou a notícia ou daquele que a compartilhou (mesmo sem intenção de massificá-la), bem como ensejaria dúvida se o crime seria continuado ou permanente, ou mesmo, se haveria um tribunal da verdade para definir o que viria a ser entendido por inverídico a ponto de constituir um crime punível pelo Código Penal¹⁸⁹. Ainda, se adotou como razões para o veto que a redação genérica poderia ocasionar o afastamento do eleitor do debate político, o que reduziria a sua capacidade de definir as suas escolhas eleitorais, inibindo o debate de ideias, limitando a concorrência de opiniões, indo de

¹⁸⁸Crime de comunicação enganosa em massa: promover ou financiar, pessoalmente ou por interposta pessoa, mediante uso de expediente não fornecido diretamente pelo provedor de aplicação de mensagem privada, campanha ou iniciativa para disseminar fatos que sabe inverídicos, e que sejam capazes de comprometer a higidez do processo eleitoral: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.”

¹⁸⁹BRASIL. *Mensagem nº 427, de 1º setembro de 2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-427.htm#acao%20penal. Acesso em 02 de jan. 2024.

encontro ao contexto do Estado Democrático de Direito, o que enfraqueceria o processo democrático e, em última análise, a própria atuação parlamentar¹⁹⁰.

Por sua vez, o delito de atentado ao direito de manifestação tinha a finalidade de punir o ato de impedir, mediante violência ou grave ameaça, o livre e pacífico exercício de manifestação de partidos políticos, de movimentos sociais, de sindicatos, de órgãos de classe ou de demais grupos políticos, associativos, étnicos, raciais, culturais ou religiosos ¹⁹¹. Como razões para o veto, justificou-se que a proposição legislativa contrariaria o interesse público, diante de possível dificuldade de caracterizar, *a priori* e no momento da ação operacional, o que viria a ser manifestação pacífica, o que geraria grave insegurança jurídica para os agentes públicos das forças de segurança responsáveis pela manutenção da ordem. Assim, poderia ser ocasionada uma atuação aquém do necessário para o restabelecimento da tranquilidade e colocaria a sociedade em risco uma vez que inviabilizaria uma atuação eficiente na contenção dos excessos em momentos de grave instabilidade, tendo em vista que manifestações inicialmente pacíficas poderiam resultar em ações violentas, que precisariam ser reprimidas pelo Estado¹⁹².

4.1 DA PROTEÇÃO À SOBERANIA NACIONAL

Nesses moldes, a Lei nº 14197/2021 inseriu, ao Código Penal, notadamente no Título XII, Capítulo I, os três delitos que ofendem a soberania nacional, quais sejam: (i) atentado à soberania, (ii) atentado à integridade nacional e (iii)

¹⁹⁰BRASIL. *Mensagem nº 427, de 1º setembro de 2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-427.htm#acao%20penal. Acesso em 02 de jan. 2024.

¹⁹¹Crime de atentado a direito de manifestação: Impedir, mediante violência ou grave ameaça, o livre e pacífico exercício de manifestação de partidos políticos, de movimentos sociais, de sindicatos, de órgãos de classe ou de demais grupos políticos, associativos, étnicos, raciais, culturais ou religiosos:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Se resulta lesão corporal grave:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

§ 2º Se resulta morte:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.”

¹⁹²BRASIL. *Mensagem nº 427, de 1º setembro de 2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-427.htm#acao%20penal. Acesso em 02 de jan. 2024.

espionagem. Em análise ao rol dos crimes contra o Estado Democrático de Direito inseridos no Código Penal, aqueles incluídos no capítulo da soberania nacional são os que mais possuem similaridade com as figuras típicas previstas na última Lei de Segurança Nacional.

Anteriormente, ao tratar da soberania nacional, a revogada Lei de Segurança Nacional previa sete delitos que tutelavam diretamente o bem jurídico em questão, os quais eram previstos do artigo 8º ao 14º, da referida legislação¹⁹³.

¹⁹³Art. 8º - Entrar em entendimento ou negociação com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes, para provocar guerra ou atos de hostilidade contra o Brasil.

Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.

Parágrafo único - Ocorrendo a guerra ou sendo desencadeados os atos de hostilidade, a pena aumenta-se até o dobro.

Art. 9º - Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país.

Pena: reclusão, de 4 a 20 anos.

Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até um terço; se resulta morte aumenta-se até a metade.

Art. 10 - Aliciar indivíduos de outro país para invasão do território nacional.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

Parágrafo único - Ocorrendo a invasão, a pena aumenta-se até o dobro.

Art. 11 - Tentar desmembrar parte do território nacional para constituir país independente.

Pena: reclusão, de 4 a 12 anos.

Art. 12 - Importar ou introduzir, no território nacional, por qualquer forma, sem autorização da autoridade federal competente, armamento ou material militar privativo das Forças Armadas.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre quem, sem autorização legal, fabrica, vende, transporta, recebe, oculta, mantém em depósito ou distribui o armamento ou material militar de que trata este artigo.

Art. 13 - Comunicar, entregar ou permitir a comunicação ou a entrega, a governo ou grupo estrangeiro, ou a organização ou grupo de existência ilegal, de dados, documentos ou cópias de documentos, planos, códigos, cifras ou assuntos que, no interesse do Estado brasileiro, são classificados como sigilosos.

Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.

Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem:

I - com o objetivo de realizar os atos previstos neste artigo, mantém serviço de espionagem ou dele participa;

II - com o mesmo objetivo, realiza atividade aerofotográfica ou de sensoreamento remoto, em qualquer parte do território nacional;

III - oculta ou presta auxílio a espião, sabendo-o tal, para subtraí-lo à ação da autoridade pública;

IV - obtém ou revela, para fim de espionagem, desenhos, projetos, fotografias, notícias ou informações a respeito de técnicas, de tecnologias, de componentes, de equipamentos, de instalações ou de sistemas de processamento automatizado de dados, em uso ou em desenvolvimento no País, que, reputados essenciais para a sua defesa, segurança ou economia, devem permanecer em segredo.

Art. 14 - Facilitar, culposamente, a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13, e seus parágrafos.

Posteriormente, a Lei nº 14197/2021 reduziu de oito para três delitos, abrandando o tratamento anteriormente dado, especificamente no *tantum* de pena aplicada uma vez que houve uma redução nos novos delitos.

O primeiro delito contra à soberania nacional se refere ao atentado à soberania nacional. A soberania nacional foi concebida pelo Poder Constituinte originário como o primeiro dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos moldes do artigo 1º, da Carta Maior. Trata-se de elemento essencial para a estruturação do Estado Moderno e divide-se em soberania externa, a qual é caracterizada pela independência do Brasil no plano internacional, e interna, a qual consagra a supremacia estatal no plano nacional¹⁹⁴. A figura típica do atentado à soberania tutela a soberania externa estatal, com a finalidade de impedir conflitos bélicos ou invasões estrangeiras. Para tanto, estabelece punição para o agente que negocia com governo ou com grupo estrangeiro, ou com representantes de tais, atos típicos de guerra contra o Brasil ou para a invasão do território nacional¹⁹⁵. Os atos indicados pelo tipo penal “podem configurar manifestações de hostilidade, como rápidas invasões ao território nacional, com provocações aos agentes de segurança nacional. Em conduta alternativa, pode-se negociar com grupos estrangeiros a invasão a solo nacional. Outro ato peculiar de traição”¹⁹⁶.

O delito é punido somente a título de dolo, de modo que o autor deve ter consciência de que negocia com o governo estrangeiro, de deter a vontade de provocar atos típicos de guerra contra o Brasil, ou invasão de seu território. Entretanto, não é necessário que o autor dos fatos almeje, ele próprio, a deflagração

Pena: detenção, de 1 a 5 anos.

¹⁹⁴ESTEFAM, André. *Direito Penal*: Parte Especial – arts. 235 a 359-T. P. 354. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 354.

¹⁹⁵ Art. 359-I. Negociar com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes, com o fim de provocar atos típicos de guerra contra o País ou invadi-lo: (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)
§ 1º Aumenta-se a pena de metade até o dobro, se declarada guerra em decorrência das condutas previstas no *caput* deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

§ 2º Se o agente participa de operação bélica com o fim de submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país: (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

¹⁹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal* –Parte Geral e Especial. 8 ed. Rio de Janeiro: Gen/Editora Método, 2023. p. 707.

do conflito bélico ou da invasão do território nacional. A exigência do tipo penal é que a finalidade da negociação seja provocar atos típicos de guerra contra o país ou invadi-lo, ainda que esse propósito seja almejado única ou precipuamente pelo governo ou pelo grupo estrangeiro¹⁹⁷.

Não obstante, caso o autor do crime, além de negociar com o governo, com o grupo estrangeiro ou com seus representantes, integre-se à operação bélica com o fim de submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país, restará configurado o delito qualificado. Outrossim, se a guerra for declarada, incidirá a forma majorada do crime, sendo aplicada a pena prevista no *caput* da metade até o dobro.

Trata-se de delito comum, o qual pode ser praticado por qualquer pessoa. É crime formal, portanto, não se exige a ocorrência do resultado naturalístico, qual seja a declaração da guerra ou da invasão do Brasil. Ademais, admite-se a tentativa uma vez que o sujeito pode dar início à negociação, enquanto o governo ou o grupo estrangeiro de rechaçar o plano, de modo que o delito não ocorreu por motivos alheios à vontade do agente.

Continuamente, o legislador previu outro delito atentatório à soberania nacional, qual seja: o atentado à integridade nacional. Conforme artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal, a Federação brasileira é formada pela união indissolúvel dos estados, dos municípios e do Distrito Federal, de modo que qualquer tentativa de rompimento autoriza a intervenção federal prevista no artigo 34, inciso I, da Carta Maior. Nesses moldes, o delito em análise protege a soberania interna, punindo a conduta de praticar violência ou grave ameaça com a finalidade de desmembrar parte do território nacional para constituir país independente¹⁹⁸. Nesse esteio, o comportamento somente se subsumirá ao tipo penal de atentado à integridade

¹⁹⁷ESTEFAM, André. *Direito Penal: Parte Especial* – arts. 235 a 359-T. P. 354. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 354.

¹⁹⁸Atentado à integridade nacional (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)
Art. 359-J. Praticar violência ou grave ameaça com a finalidade de desmembrar parte do território nacional para constituir país independente: (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, além da pena correspondente à violência. (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

nacional se a conduta visar ao desmembramento de parte do território nacional para constituir país independente¹⁹⁹.

Pela nova redação, o discurso separatista não encontra criminalização, mas somente o desenvolvimento de práticas violentas ou ameaçadoras para esse fim. De forma crítica ao novo tipo penal, Guilherme Nucci alarma: “[n]ão deixa de ser estranho, pois a atividade de pessoas querendo dividir o Brasil, separar Estados e constituir um país independente não é nada democrática e deveria ser punida, independentemente do emprego de violência ou grave ameaça”²⁰⁰. Trata-se de crime comum, o qual pode ser praticado por qualquer pessoa, não se exigindo qualquer característica especial do sujeito ativo. O delito se consume com a prática da violência ou grave ameaça empregada com o fim sedicioso de desmembrar parte do território nacional para constituir país independente. Trata-se de crime formal, razão pela qual o desmembramento é mero exaurimento do delito.

Embora tenha natureza formal, a tentativa é possível uma vez que a execução pode ser fracionada. Assim, o crime será tentado quando a ação violenta ou a mobilização para violência não chegar a qualquer vítima, bem como a ameaça uma vez proferida não chegar ao conhecimento de quem se pretenda intimidar²⁰¹.

Por fim, o último delito praticado contra a segurança nacional é o de espionagem. A revogada Lei de Segurança Nacional já punia o delito em questão, de modo que não se trata de uma inovação legal, mas de um aperfeiçoamento do tipo penal à ordem democrática consagrada na Constituição Federal de 1988²⁰².

¹⁹⁹ESTEFAM, André. *Direito Penal: Parte Especial* – arts. 235 a 359-T. P. 354. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 354.

²⁰⁰NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal – Parte Geral e Especial*. 8 ed. Rio de Janeiro: Gen/Editora Método, 2023. p. 709.

²⁰¹NUNES, Diego *et al.* *Crimes Contra o Estado Democrático de Direito: Comentários à Lei nº 14.197/2021*. Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2023. p. 43/44.

²⁰² Espionagem (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

Art. 359-K. Entregar a governo estrangeiro, a seus agentes, ou a organização criminosa estrangeira, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, documento ou informação classificados como secretos ou ultrassecretos nos termos da lei, cuja revelação possa colocar em perigo a preservação da ordem constitucional ou a soberania nacional: (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

O delito sob análise pode ser praticado em sua forma simples, prevista no *caput*, equiparada, conforme §1º, ou qualificada, nos moldes do §2º. Em sua forma simples, a conduta delituosa consiste em entregar a governo estrangeiro, a seus agentes, ou a organização criminosa estrangeira, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, documento ou informação, classificados como secretos ou ultrassecretos nos termos da lei, cuja revelação possa colocar em perigo a preservação da ordem constitucional ou a soberania nacional.

Da análise da descrição típica, verifica-se que o legislador exige uma finalidade específica para a caracterização do delito, qual seja a revelação de documentos e de informações que coloquem em perigo a preservação da ordem constitucional ou a soberania nacional. *A contrario sensu*, se a informação ou a documentação não expuser o Brasil aos riscos exigidos pelo delito, inexistirá conduta delitiva.

O crime em questão prescinde de resultado, o qual se perfaz apenas se a revelação do documento ou da informação puder colocar em perigo a preservação ou a soberania nacional²⁰³. Por consequência, restará consumado quando definitivamente entregue o documento ou a informação. Continuamente, por meio do artigo §1º, o legislador criou a figura do crime equiparado, o qual pune a conduta daquele que presta auxílio ao espião para impedir a ação da autoridade pública, respondendo o agente pelas mesmas penas previstas no *caput*. Na figura equiparada, o dolo é integrado pelo conhecimento inequívoco da condição especial

§ 1º Incorre na mesma pena quem presta auxílio a espião, conhecendo essa circunstância, para subtraí-lo à ação da autoridade pública. (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

§ 2º Se o documento, dado ou informação é transmitido ou revelado com violação do dever de sigilo: (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

§ 3º Facilitar a prática de qualquer dos crimes previstos neste artigo mediante atribuição, fornecimento ou empréstimo de senha, ou de qualquer outra forma de acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações: (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

§ 4º Não constitui crime a comunicação, a entrega ou a publicação de informações ou de documentos com o fim de expor a prática de crime ou a violação de direitos humanos. (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

²⁰³BATISTA, Nilo; BORGES, Rafael. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Revan, 2023. p. 73.

pelo autor dos fatos, ademais, o agente deve ter a finalidade específica de subtrair o espião à ação da autoridade pública²⁰⁴.

Ainda, consoante ao apontado acima, o legislador criou uma figura qualificada, caso o documento dado ou informação vazada sejam transmitidos ou revelados com violação do dever de sigilo. Nessa hipótese, o crime é próprio e exige que o sujeito ativo tenha o dever legal de guardar o sigilo das informações ou das comunicações. No §3º, o legislador pune, ainda que de forma mais branda, aquele que facilita a prática dos crimes previstos no *caput*, §1º e 2º. Por fim, o legislador criou a hipótese de exclusão da responsabilidade criminal, caso a comunicação, a entrega ou a publicação de informações ou de documentos com o fim de expor a prática de crimes ou a violação de direitos humanos. Trata-se de medida que coaduna com a Constituição Federal, a qual se rege em suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos, conforme artigo 4º, inciso III, da Carta Magna.

4.2 DA PROTEÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

Dois são os crimes que visam tutelar as instituições democráticas e que têm sido alvos de bastante discussão doutrinária e jurisprudencial diante dos atos de 08 de janeiro, que culminaram com a prisão de centenas de pessoas, conforme será exposto mais abaixo. O primeiro delito trata-se da abolição violenta do Estado Democrático de Direito, o qual pune a conduta de tentar, com emprego de violência ou de grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais²⁰⁵. O tipo penal em análise possui por objetos jurídicos o Estado Democrático de Direito, a democracia e a dignidade da pessoa humana.

²⁰⁴BATISTA, Nilo; BORGES, Rafael. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Revan, 2023. p. 76.

²⁰⁵Art. 359-L. Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais: (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)
Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência. (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

Nesse esteio, a conduta delitiva consiste em tentar abolir o Estado Democrático de Direito, com emprego de violência ou de grave ameaça por meio do impedimento ou de restrição do exercício dos poderes constitucionais consagrados na Constituição Federal, sendo tais: Executivo, Legislativo ou Judiciário. Thiago Yukio Guenka defende que o artigo em questão deve ser interpretado de forma mais restrita na sua literalidade, de modo a abranger apenas as tentativas de um Estado autoritário ou Estado de não direito²⁰⁶. Além da tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito, é necessário que exista o impedimento ou a restrição dos poderes constitucionais.

Os poderes indicados acima possuem suas funções definidas na Carta Maior. O artigo 2º, do texto constitucional, define que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. Nessa senda, os artigos 76 e seguintes definem as atribuições do Executivo, o artigo 44 e seguintes, do Legislativo e artigo 92 e seguintes definem as atribuições do Judiciário.

Conforme apontado por Denise Hammerschmidt *et al*, “os poderes instituídos devem fazer valer a Constituição e se basear nela para suas próprias atividades, assim, qualquer empecilho ao funcionamento desses poderes é um entrave a própria democracia²⁰⁷”. Nessa senda, o sujeito ativo do delito deve impossibilitar completamente (impedir) ou ao menos limitar (restringir) o exercício da atividade fim dos poderes constitucionais.

Por fim, o tipo penal exige que a tentativa de abolição seja empregada por meio de violência ou de grave ameaça. Acerca desse ponto, há uma discussão doutrinária se a violência ou a grave ameaça exigida pelo tipo penal deva recair sob as instituições democráticas ou sob os agentes que exercem os poderes constitucionais. Thiago Yuki Guenka Campos, em comentários ao delito, defende que a violência deve ser entendida como força física empregada diretamente contra pessoas de modo que a danificação de um dos prédios dos poderes constitucionais, durante um horário que tivesse absolutamente desocupado, não caracterizaria o

²⁰⁶NUNES, Diego *et al*. *Crimes Contra o Estado Democrático de Direito*: Comentários à Lei nº 14.197/2021. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2023. p. 78.

²⁰⁷HAMMERSCHMIDT, Denise *et al*. *O Grito pela Democracia*: Crimes Contra o Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2022. p. 77.

crime em questão²⁰⁸. Com as devidas escusas ao jurista supramencionado, esse não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal uma vez que a inutilização, ainda que temporária dos prédios dos poderes constitucionais, impossibilita o pleno exercício dos poderes devidamente constituídos. Por se tratar de crime de perigo abstrato, a intenção do legislador é que a abolição do Estado não ocorra. Acerca da estrutura do delito, trata-se de crime de perigo abstrato concreto de modo que a ação típica deva ser apta a produzir a abolição do Estado Democrático de Direito²⁰⁹.

Em relação aos sujeitos do delito, trata-se de crime comum, o qual não exige nenhuma condição especial do sujeito ativo do crime de modo que pode ser praticado por qualquer pessoa. Por sua vez, o sujeito passivo é o Estado afetado frontalmente pela tentativa de abolição violenta do regime político em questão. Trata-se de crime de atentado ou de empreendimento de modo que a tentativa é punida com a mesma pena de um crime consumado, desde que apresente a violência e a grave ameaça²¹⁰.

Em razão da pena e da prática de violência, não se concede nenhum dos acordos penais admitidos no Brasil, exceto a colaboração premiada²¹¹. Isto é, por pressupor o uso de violência ou de grave ameaça, não se admite o acordo de não persecução penal, além de a suspensão condicional do processo ser inaplicável, porque a pena mínima cominada abstratamente ao delito ultrapassa 01 (um) ano.

Seguindo a análise dos crimes contra às instituições democráticas, tem-se o delito de golpe de estado. Anteriormente, a Lei de Segurança Nacional previa, como delito, a tentativa de mudar, com emprego de violência ou de grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito. Tais condutas possuem similaridade com o delito previsto no artigo 359-M, do Código Penal. O novo delito intitulado

²⁰⁸NUNES, Diego *et al.* *Crimes Contra o Estado Democrático de Direito: Comentários à Lei nº 14.197/2021*. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2023. p. 82.

²⁰⁹NUNES, Diego. *Crimes Contra o Estado Democrático de Direito: Comentários à Lei nº 14.197/2021*. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2023. p. 75.

²¹⁰HAMMERSCHMIDT, Denise *et al.* *O Grito pela Democracia: Crimes Contra o Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 81.

²¹¹REALE JÚNIOR, Miguel *et al.* *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 572.

“Golpe de Estado” possui uma redação mais objetiva, punindo a tentativa de depor, por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído²¹².

O primeiro dos elementos normativos diz respeito ao governo, palavra esta que angaria para si diversos sentidos. De forma mais simplista, o governo pode ser entendido como o conjunto de pessoas que exerçam o poder político, determinando a orientação política de uma determinada sociedade²¹³.

Em outras palavras, Manoel Ilson Cordeiro Rocha conceitua governo como toda a forma de organização do poder para a orientação de uma sociedade. “Ainda que ocupe parte da estrutura do poder executivo, o governo é mais do que o executivo, pois se caracteriza por se estabilizar institucionalmente no Estado e assumir a responsabilidade da orientação política geral”²¹⁴.

Para a incidência do tipo penal em questão, Fernando Galvão entende que o conceito de governo deve ser entendido como: “complexo de órgãos de cúpula do Poder Executivo que administra o país na esfera de cada ente federativo. Nesse sentido, temos o governo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios²¹⁵”. Ainda, o autor ressalta que o tipo penal exige que o governo tenha sido legitimamente constituído, ou seja, já tenha sido instalado, com os integrantes em gozo do exercício de suas funções sob pena da não caracterização do delito em questão²¹⁶. Somado a isso, o agente deve conhecer de forma inequívoca todas as elementares do tipo penal, devendo almejar a deposição do governo legitimamente constituído²¹⁷.

²¹²Art. 359-M. Tentar depor, por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído: (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)
Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência. (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

²¹³NUNES, Diego *et al.* *Crimes Contra o Estado Democrático de Direito: Comentários à Lei nº 14.197/2021*. Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2023. p. 98.

²¹⁴ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. Estado e Governo: Diferença conceitual e implicações práticas na pós-modernidade. *Revista Uniara*, Araraquara, nº 21/22, p. 140-145, 2008. Disponível em: <https://www.revistarebram.com/index.php/revistauniara/article/view/183>. Acesso em 10 de jan. 2024.

<https://www.revistarebram.com/index.php/revistauniara/article/view/183>. p. 141.

²¹⁵NUNES, Diego *et al.* *Crimes Contra o Estado Democrático de Direito: Comentários à Lei nº 14.197/2021*. Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2023. p. 99.

²¹⁶*Ibid.*, p. 99.

²¹⁷BATISTA, Nilo; BORGES, Rafael. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Revan, 2023. p. 95.

O legislador, quando da criação do tipo penal *sob iudice*, previu a possibilidade de dois modos de execução, sendo tais: violência ou grave ameaça. A violência física, *vis corporalis*, exigida pelo delito em questão, é dirigida às pessoas que habitam o território brasileiro, notadamente, aos detentores do Poder Constituído legitimamente, bem como contra a estrutura que o cerca, objetivando dar-lhe segurança. Em outros termos, “essa *violência ou grave ameaça* se estenderá para onde se fizer necessária para garantir e assegurar a “tomada violenta do poder”, a qualquer custo, podendo, nessas circunstâncias, atingir, inclusive, as pessoas comuns do povo que nada têm a ver com a estrutura do Poder”²¹⁸.

Por sua vez, a grave ameaça constitui a violência moral, como sendo aquela capaz de atemorizar a vítima, que tem sua vontade viciada e sua capacidade de resistência impossibilitada. Para a caracterização do tipo, a ameaça deve ser grave. Ensina Bitencourt:

Enfim, essas são características naturais e indispensáveis do que a lei denomina de “grave ameaça” para conseguir ser motivadora ou supressora do exercício livre da vontade da pessoa ameaçada ou constrangida a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa, legal ou ilegal, contra a sua vontade, enfim, que, teoricamente, não queira realizá-la, mas acaba sendo forçado a fazê-la ou realizá-la, para evitar que tal ameaça se concretize²¹⁹.

O delito *sob iudice* somente pode ser praticado a título de dolo, conforme já indicado acima. A intenção do agente deve ser de depor o governo legitimamente constituído por meio de violência ou grave ameaça. O desafio nesse delito é distinguir a intenção de depor um governo da intenção de ofendê-lo, de ultrajá-lo ou de destruir seus símbolos²²⁰.

É crime comum, portanto, pode ser praticado por qualquer pessoa. Ademais, trata-se de crime formal, o qual se consuma com o início da tentativa de deposição do governo constituído, independente da esfera: nacional, estadual ou municipal. A

²¹⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial – crimes contra a Administração Pública, crimes praticados por prefeitos e crimes contra o Estado Democrático de Direito* (arts. 312 a 359-T). 16 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 413.

²¹⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial – crimes contra a Administração Pública, crimes praticados por prefeitos e crimes contra o Estado Democrático de Direito* (arts. 312 a 359-T). 16 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 415.

²²⁰NUNES, Diego *et al.* *Crimes Contra o Estado Democrático de Direito: Comentários à Lei nº 14.197/2021*. Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2023. p. 101.

tentativa é impossível uma vez que o tipo penal constitui os atos de tentativa de deposição do governo.

4.3 DA PROTEÇÃO AO FUNCIONAMENTO DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS NO PROCESSO ELEITORAL

As eleições estão intimamente conectadas ao conceito de cidadania, a qual se trata de um fundamento da República Federativa do Brasil, nos moldes do artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal do Brasil. Por cidadania, entende-se:

O status daqueles que não são membros de uma comunidade e são por ela reconhecidos. É, também, o conjunto de direitos e deveres que um indivíduo tem diante da sociedade da qual faz parte. Historicamente e genericamente, a cidadania tem uma referência espacial, constituída da relação dos indivíduos com um dado território (organização sociopolítica do espaço). Assim, cidadania é uma noção construída socialmente e ganha sentido nas experiências sociais e individuais. Por isso, será aqui compreendida com uma identidade social política²²¹.

Assim, dada a interdependência da cidadania e das eleições, é de suma importância tutelar o regular desenrolar do processo eleitoral. Nesses moldes, a fim de proteger o funcionamento regular das instituições democráticas, o legislador criou duas figuras típicas, o delito de interrupção do processo eleitoral e de violência política.

O delito de interrupção do processo eleitoral incrimina a conduta de impedir ou de perturbar a eleição ou a aferição de seu resultado, mediante violação indevida de mecanismos de segurança do sistema eletrônico de votação estabelecido pela Justiça Eleitoral²²². Em análise à redação típica, verifica-se que as condutas típicas são impedir (inviabilizar) ou perturbar (atrapalhar). Para que o crime se configure, é

²²¹COSTA, Maria Izabel Sanches; IANNI, Aurea Maria Zöllner. O conceito de cidadania. In: *Individualização, Cidadania e Inclusão na Sociedade Contemporânea: uma análise teórica* (online). São Bernardo do Campo: Editora Universidade Federal do ABC (UFABC), 2018. p. 47.

²²²Interrupção do processo eleitoral (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)
Art. 359-N. Impedir ou perturbar a eleição ou a aferição de seu resultado, mediante violação indevida de mecanismos de segurança do sistema eletrônico de votação estabelecido pela Justiça Eleitoral: (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)
Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência).

necessário que tais condutas recaiam na eleição em si ou na aferição do resultado. Ademais, exige-se que a violação indevida dos mecanismos de segurança do sistema eletrônico de votação estabelecido pela Justiça Eleitoral. A conduta de impedir ou de embaraçar o direito de sufrágio por outro meio caracteriza crime do art. 297 do Código Eleitoral²²³.

Continuamente, entende-se que a Justiça Eleitoral é um órgão do poder judiciário, composta pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), pelos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), pelos Juízes e pelas Juntas Eleitorais, sendo a responsável por organizar todas as etapas do processo eleitoral brasileiro, desde o alistamento dos eleitores até a diplomação dos candidatos²²⁴. Ademais, por mecanismo de segurança, entende-se ser todos os equipamentos utilizados na eleição, a exemplo das urnas eletrônicas, os computadores, os sistemas de redes, banco de dados, bem como os softwares²²⁵.

Para que sejam consideradas como típicas, essas condutas deverão ser levadas a efeito mediante violação indevida de mecanismos de segurança do sistema eletrônico de votação estabelecido pela Justiça Eleitoral. Trata-se de crime comum, o qual pode ser praticado por qualquer pessoa. O elemento subjetivo é o dolo de modo que o delito restará configurado com o impedimento ou a perturbação do processo eleitoral.

Continuamente, no intuito de impedir a discriminação política, o legislador criou o delito de violência política²²⁶. A Constituição Federal tem por fundamento o pluralismo político, o qual pode ser entendido como um direito à diferença, sendo este um direito fundamental intrínseco ao conceito de dignidade humana. Em outras palavras, um direito ao respeito e à tolerância de, em hipótese alguma, algum

²²³GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal: Parte Especial*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1037.

²²⁴BRASIL. Justiça Eleitoral. *Conheça a Justiça Eleitoral*. Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/a-justica-eleitoral.html>. Acesso em 20 de nov. de 2023.

²²⁵GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Artigos 213 a 361 do Código Penal. 20 ed. Rio de Janeiro: Gen, Atlas, 2023. p. 969.

²²⁶Art. 359-P. Restringir, impedir ou dificultar, com emprego de violência física, sexual ou psicológica, o exercício de direitos políticos a qualquer pessoa em razão de seu sexo, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional: (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência) Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência).

indivíduo ser discriminado pelo fato de ser diferente ou de adotar uma filosofia de vida, reverenciando-se à peculiaridade de cada indivíduo²²⁷.

Entretanto, em que pese o comando constitucional, ao analisar a realidade política brasileira, nota-se o inverso. A título de exemplo, é a baixa representatividade das mulheres nos cargos de poder. Na Câmara Federal, menos de 18% das cadeiras são ocupadas por mulheres. O mesmo ocorre no Senado e, de forma ainda mais agravante, na Presidência da República uma vez que apenas 01 (uma) mulher ocupou o cargo máximo do poder executivo.

Primeiramente, é importante pontuar que o delito em questão possui redação típica semelhante ao artigo 326²²⁸, do Código Eleitoral, os quais também possuem por finalidade impedir a violência política. Nesse sentido, a doutrina diverge em relação à possível revogação dos artigos do Código Eleitoral. Não obstante, defende-se, na presente dissertação, a coexistência dos três delitos, devendo o julgador proceder com a devida subsunção da conduta ao melhor tipo penal até que o legislador ou as instâncias superiores de justiça não decidam acerca do assunto. Posto isso, o artigo 359-P, do Código Penal, visa proteger o cidadão tanto no que diz respeito ao seu direito de votar, como também ao de ser votado, motivo pelo qual proíbe as condutas de restringir, de impedir ou de dificultar, com emprego de violência física, sexual ou psicológica, o exercício desses direitos políticos à qualquer pessoa em razão de seu sexo, sua raça, sua cor, sua etnia, sua religião ou sua procedência nacional²²⁹.

²²⁷ JUNIOR, Nilo Ferreira Pinto. O princípio do pluralismo político e a Constituição Federal de 1988. *Revista Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte*, v. 25, 2011. p. 37. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/2945>>.

²²⁸ Art. 326-B. Assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar, por qualquer meio, candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo, utilizando-se de menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia, com a finalidade de impedir ou de dificultar a sua campanha eleitoral ou o desempenho de seu mandato eletivo. (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)
Parágrafo único. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço), se o crime é cometido contra mulher: (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

I - gestante; (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

II - maior de 60 (sessenta) anos; (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

III - com deficiência. (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

²²⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Artigos 213 a 361 do Código Penal. 20 ed. Rio de Janeiro: Gen, Atlas, 2023. p. 972.

Nesse contexto, é importante conceituar as motivações exigidas pelo tipo penal, como: sexo, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Assim, tem-se que o vocábulo “sexo” empregado pelo tipo e se refere ao componente físico do corpo humano (órgão genital), o qual diferencia homens e mulheres²³⁰. Por sua vez, raça refere-se ao âmbito biológico e, referindo-se a seres humanos, é um termo que foi utilizado historicamente para identificar categorias humanas socialmente definidas²³¹. Cor é a pigmentação da epiderme da pessoa humana, a qual pode variar de tonalidades que explicitam as características dos sujeitos²³². Já o termo etnia se deriva do substantivo *ethnos*, o qual significa “gente ou nação estrangeira”. É um conceito polivalente, que constrói a identidade de um indivíduo resumida em: parentesco, religião, língua, território compartilhado e nacionalidade, além da aparência física²³³. Exemplifica-se os judeus, yazidis, yanomamis, dentre outros grupos. Por sua vez, o vocábulo religião se refere a padrões atuais de relações sociais formadas em instituições sociais e em coletividades interdependentes, produzidas e reproduzidas com base em estruturas (regras e recursos) próprias. Desse sistema, participam crenças, práticas, símbolos, visões do mundo, valores, coletividades e experiências²³⁴. Continuamente, por procedência nacional, entende-se a origem natural de pessoa estrangeira ou oriunda de outra localidade do Brasil, por exemplo, norte e nordeste²³⁵.

As condutas nucleares do tipo penal são restringir, impedir ou dificultar, restando o crime caracterizado pela prática de quaisquer delas. A ofensa mais drástica é o ato de impedir, ou seja, de inviabilizar por completo o exercício dos

²³⁰HAMMERSCHMIDT, Denise *et al.* *O Grito pela Democracia: Crimes Contra o Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 137.

²³¹SANTOS, Diego Junior da Silva, *et al.* Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar. *Dental Press Journal of Orthodontics*, Maringá, v. 15, n. 3, p. 121-124, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dpjo/v15n3/15.pdf>. Acesso em: 09 de jan. 2024. <http://dx.doi.org/10.1590/S2176-94512010000300015>.

²³²HAMMERSCHMIDT, Denise *et al.* *O Grito pela Democracia: Crimes Contra o Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 137.

²³³SANTOS, Diego Junior da Silva, *et al.* Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar. *Dental Press Journal of Orthodontics*, Maringá, v. 15, n. 3, p. 121-124, jun. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/dpjo/v15n3/en_15.pdf. Acesso em: 09 de jan. 2024.

²³⁴COUTINHO, José Pereira. Religião e outros conceitos, *Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, Cidade do Porto, v. 24, p. 171-193.2012. p. 177. Disponível em: <https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/10763.pdf>.

²³⁵HAMMERSCHMIDT, Denise *et al.* *O Grito pela Democracia: Crimes Contra o Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 137.

direitos políticos da vítima. Entretanto, a eventual limitação parcial do direito político da vítima também poderá configurar o delito em razão dos verbos “restringir” ou “dificultar”²³⁶.

As condutas devem ser praticadas com emprego de violência física, psicológica ou sexual. A violência física é a conduta agressiva contra a integridade física da vítima (*vis corporalis*). Por sua vez, a psicológica é aquela capaz de causar dano emocional à vítima. Por fim, a de cunho sexual é aquela que afeta a dignidade sexual da vítima, como chantagem sexual, importunação sexual, atos físicos de hostilidade sexual, dentre outras condutas²³⁷. O delito é punível somente a título de dolo. Ademais, o agente, além de buscar violar os direitos políticos da vítima, deve dirigir sua conduta por razões de sexo, de raça, de cor, de etnia, de religião, ou de procedência nacional. Trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa e material de modo que exige a efetivação dos verbos nucleares do tipo.

É importante, por se tratar de tipo penal, envolvendo forma de violência genérica, ressaltar que a celebração do acordo de não persecução penal encontra-se prejudicada por expressa vedação do artigo 28-A, do Código de Processo Penal. Outrossim, impossibilitada a aplicação de transação penal e a suspensão condicional do processo.

4.4. DA PROTEÇÃO AOS SERVIÇOS ESSENCIAIS

O crime de sabotagem, dentre os outros que tutelam o Estado Democrático de Direito, é o único que visa a proteção dos serviços essenciais. O crime em questão não se trata de uma inovação legislativa, mas de um tipo penal aperfeiçoado em relação aos diplomas anteriores, em ênfase à antiga redação da lei de segurança nacional, ora revogada, a qual usava de uma forma genérica para tipificar a conduta delituosa da sabotagem.

²³⁶NUNES, Diego *et al.* *Crimes Contra o Estado Democrático de Direito: Comentários à Lei nº 14.197/2021*. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2023. p. 143.

²³⁷NUNES, Diego *et al.* *Crimes Contra o Estado Democrático de Direito: Comentários à Lei nº 14.197/2021*. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2023. p. 143/144.

O delito pode ser entendido como uma forma qualificada do crime de dano, porém, com título próprio, punindo a conduta de destruir ou de inutilizar meios de comunicação ao público, estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional, com o fim de abolir o Estado Democrático de Direito²³⁸. Da análise da redação típica, verifica-se que o legislador criou duas condutas típicas. A primeira consiste em destruir, isto é, danificar por completo, como exemplo do ato de incendiar um imóvel. Já a segunda consiste em inutilizá-lo, ou seja, torná-lo inoperante, sem que haja a destruição por completo²³⁹.

Os objetos materiais dessa modalidade de dano se dividem em dois grupos: (i) os meios de comunicação ao público e (ii) os estabelecimentos, as instalações ou os serviços destinados à defesa nacional. Portanto, a destruição ou a inutilização de meios de comunicação entre privados não caracteriza o delito²⁴⁰. Em relação ao primeiro grupo, é importante pontuar que a natureza pública do meio de comunicação é irrelevante, bastando que o dispositivo viabilize fluxos de comunicação entre o Estado e os indivíduos²⁴¹. Quanto ao segundo grupo, (estabelecimentos comerciais, instalações ou serviços destinados à defesa nacional), tendo em vista se tratar de uma locução genérica para fim de responsabilização criminal, “a leitura do conceito deverá restringir a conduta a bens diretamente e concretamente ligados à proteção do Estado, do regular funcionamento de suas instituições e da população”²⁴².

Ainda, verifica-se que a finalidade de abolir o Estado Democrático de Direito é o elemento subjetivo do tipo e implica, por exemplo, na intenção de tomar o poder e tornar o país uma ditadura. É justamente essa finalidade que diferencia o delito em

²³⁸Sabotagem (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

Art. 359-R. Destruir ou inutilizar meios de comunicação ao público, estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional, com o fim de abolir o Estado Democrático de Direito: (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos. (Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021) (Vigência).

²³⁹GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal: Parte Especial*. 12 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 1041.

²⁴⁰BATISTA, Nilo; BORGES, Rafael. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Revan, 2023. p. 111.

²⁴¹*Ibid.*, p. 111.

²⁴²BATISTA, Nilo; BORGES, Rafael. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Revan, 2023. p. 113.

questão de outros do Código Penal, como o crime de dano qualificado²⁴³. Ademais, o tipo penal em questão possui redação típica semelhante ao crime de sabotagem previsto na lei antiterror²⁴⁴. Contudo, naquele diploma normativo, o agente age por questões de xenofobia, de discriminação ou de preconceito de raça, de cor, de etnia e de religião. Trata-se de crime material de modo que a consumação exige a ocorrência do resultado naturalístico destruição ou inutilização. Ademais, a tentativa é cabível, desde que iniciados os atos que poderiam levar ao comprometimento dos objetos materiais do delito, os quais não ocorrem por questões alheias à vontade do agente²⁴⁵.

Quanto ao sujeito ativo, trata-se de crime comum e, portanto, pode ser praticado por qualquer pessoa. Ademais, o delito pode ser praticado na modalidade omissiva, notadamente, por aqueles que possuem o dever legal de evitar a destruição ou a inutilização dos objetos materiais do delito. Por exemplo, o Presidente da República Federal observar um ataque que possui a finalidade de destruir o Supremo Tribunal Federal e quedar-se inerte²⁴⁶.

Ao final, é importante destacar que, conforme comando expresso do artigo 359-T, do Código Penal, não constitui crime contra o Estado Democrático de Direito a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e de garantias constitucionais por meio de passeatas, de

²⁴³GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal: Parte Especial*. 12 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 1041.

²⁴⁴Lei 13.260/2016:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

(...)

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento.

²⁴⁵BATISTA, Nilo; BORGES, Rafael. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Revan, 2023. p. 113.

²⁴⁶HAMMERSCHMIDT, Denise *et al.* *O Grito pela Democracia: Crimes Contra o Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 153.

reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais.

4.5 DA APLICAÇÃO DOS CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Após a inserção dos crimes contra o Estado Democrático de Direito no Código Penal, as primeiras condutas delitivas repreendidas se derivaram do lamentável acontecimento de 08 de janeiro de 2023, data em que as sedes dos três poderes foram invadidas e vilipendiadas por milhares de agentes que não aceitaram o resultado das eleições presidenciais de 2022. Na data dos atos delitivos, segundo dados oficiais do Egrégio Supremo Tribunal Federal, 243 pessoas foram presas dentro dos prédios públicos e na praça dos 3 Poderes, 161 homens e 82 mulheres. Posteriormente, no dia 9 de janeiro, 1.927 pessoas foram conduzidas à Academia Nacional de Polícia. Dessas, 775 foram liberadas (idosos e mães de crianças menores, entre outros), e 1.152 permaneceram presas²⁴⁷. Conforme apuração do Ministério Público Federal, em conjunto com a Advocacia Geral da União, a estimativa é de que os atos de vandalismo tenham causado um prejuízo de mais de R\$ 25 milhões (vinte cinco milhões de reais) ao erário público.

Consoante ao levantamento realizado pelo Ministério Público Federal, o Supremo Tribunal Federal foi o prédio mais destruído, contabilizando os danos em cerca de R\$ 12 milhões, com 951 itens furtados, quebrados ou completamente inutilizados, sendo alguns deles obras de arte e objetos históricos de valor inestimável. No Congresso, os prejuízos alcançaram os R\$ 4,9 milhões, enquanto o Palácio do Planalto registrou danos que somam a monta dos R\$ 4,3 milhões²⁴⁸. Os denunciados foram divididos em quatro núcleos pela Procuradoria-Geral da República (PGR), a serem responsabilizados conforme a modalidade de participação nos atos antidemocráticos: (i) instigadores e autores intelectuais, (ii)

²⁴⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF condena mais cinco réus pelos antidemocráticos de 08/01*. Brasília, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=518984&ori=1>. Acesso em 02 de jan. 2024.

²⁴⁸MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Atos antidemocráticos*. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/atos-antidemocraticos/entenda-o-caso>. Acesso em 02 de jan. 2024.

financiadores, (iii) autoridades de Estado responsáveis por omissão imprópria, (iv) e executores materiais.

Da análise detida das primeiras condenações, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, por meio da maioria de seu Plenário, entendeu inexistir consunção entre os crimes de abolição violenta do Estado Democrático de Direito e o Golpe de Estado. No julgamento da Ação Penal nº 1413, a qual serviu de base para as demais condenações, o Relator, Ministro Alexandre de Moraes, reforçou a obrigatoriedade de o País ser regido por normas democráticas com observância da separação de poderes²⁴⁹.

No intuito de afastar a alegação de que os acusados estavam exercendo o direito de liberdade e de expressão, o Relator enfatizou que a Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático de Direito, tampouco a realização de manifestações públicas, visando à ruptura do Estado de Direito²⁵⁰. Pautado nesse preceito constitucional, o Relator pontuou que são inconstitucionais as condutas e as manifestações que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático, bem como as condutas que pretendam destruí-lo, juntamente com suas instituições republicanas²⁵¹.

As ações de 8 de janeiro, que culminaram nos ataques aos edifícios sede dos Poderes, variava entre ataques antidemocráticos às instituições constituídas, em especial ao Poder Judiciário, intervenção militar, e a deposição do Governo legitimamente eleito²⁵². Ao defender a existência do concurso material entre os crimes de abolição violenta do Estado Democrático e o golpe de Estado, o Egrégio Supremo Tribunal Federal reconheceu que os extremistas buscavam gerar o caos

²⁴⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AÇÃO PENAL 143* – Voto Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur491815/false>. Acesso em 10 de fev. 2024.

²⁵⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AÇÃO PENAL 143* – Voto Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur491815/false>. Acesso em 10 de fev. 2024.

²⁵¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AÇÃO PENAL 143* – Voto Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur491815/false>. Acesso em 10 de fev. 2024.

²⁵²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AÇÃO PENAL 143* – Voto Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur491815/false>. Acesso em 10 de fev. 2024.

para obrigar as Forças Armadas, ante a interpretação deturpada do art. 142, da Constituição, e do Decreto 3.897/2001, a editarem um decreto para a garantia da lei e da ordem, com a assunção das funções dos Poderes constituídos²⁵³. Portanto, considerou-se que o insuflamento visava tanto à abolição violenta do Estado Democrático de Direito, quanto à deposição de governo legitimamente eleito, ou golpe de Estado, fato que denota desígnio criminoso autônomo na mesma empreitada criminosa²⁵⁴. Ademais, o Egrégio Tribunal entendeu que as condutas praticadas em 08 de janeiro de 2023 se amoldam aos denominados crimes multitudinários uma vez que cada agente agiu por imitação ou por sugestão, caracterizando-se o vínculo subjetivo entre os indivíduos²⁵⁵.

Em 2024, a Polícia Federal continua apurando o envolvimento do antigo governo com os atos ocorridos em 08 de janeiro de 2023. No dia 09 de fevereiro de 2024, um vídeo de uma reunião da alta cúpula do governo Bolsonaro tornou-se público, ocasião na qual foram identificadas possíveis falas com conteúdo

²⁵³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AÇÃO PENAL 143* – Voto Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur491815/false>. Acesso em 10 de fev. 2024.

²⁵⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AÇÃO PENAL 143* – Voto Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur491815/false>. Acesso em 10 de fev. 2024.

²⁵⁵A caracterização do concurso de pessoas multitudinário demanda a cumulação de quatro requisitos: a) pluralidade de agentes, traduzida na pluralidade de condutas; b) relação de causalidade material entre as condutas e o resultado (relevância causal objetiva dos comportamentos); c) vínculo de natureza psicológica ligando as várias condutas; e d) existência de um fato punível.

Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO PERMITE A PROPAGAÇÃO DE IDEIAS CONTRÁRIAS À ORDEM CONSTITUCIONAL E AO **ESTADO DEMOCRÁTICO** (CF, ARTIGOS 5º, XLIV, E 34, III E IV), TAMPOUCO A REALIZAÇÃO DE MANIFESTAÇÕES PÚBLICAS VISANDO À RUPTURA DO **ESTADO DE DIREITO**, POR MEIO DE GOLPE DE **ESTADO** COM INDUZIMENTO E INSTIGAÇÃO À INTERVENÇÃO MILITAR, COM A EXTINÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS CONSTITUCIONAIS, DENTRE ELAS A QUE PREVÊ A SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ARTIGO 60, § 4º), COM A CONSEQUENTE INSTALAÇÃO DO ARBITRÁRIO. ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS DE 8/1. CONFIGURAÇÃO DE CRIMES MULTITUDINÁRIOS E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA (CP, ART. 288 P.U) PARA A PRÁTICA DOS DELITOS DE **ABOLIÇÃO VIOLENTA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO** (CP, ART. 359-L), GOLPE DE **ESTADO** (CP, ART. 359-M), DANO QUALIFICADO (CP, ART. 163, P. U, I, II, III e IV), DETERIORAÇÃO DO PATRIMÔNIO TOMBADO (ART. 62, I, DA LEI 9.605/1998), DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. **AÇÃO PENAL PROCEDENTE.**

antidemocrático. Nesse sentido, colacionam-se abaixo os principais pontos identificados pela Polícia Federal. Falas do ex-presidente Jair Messias Bolsonaro:

“(…) Porque os caras estão preparando tudo, pô.
 Pro Lula ganhar no primeiro turno. Na fraude.
 Vou mostrar como e por quê.
 Alguém acredita aqui no Fachin, Barroso, no Alexandre de Moraes?
 Alguém Acredita?
 Se acredita levanta o braço.
 Acredita que são pessoas isentas?
 Estão preocupados em fazer justiça, seguir a Constituição?
 De tudo que vocês estão vendo acontecer?
 (...)
 Nós sabemos que se a gente reagir depois das eleições vai ter um caos no Brasil. Vai virar uma grande guerrilha, uma fogueira o Brasil.
 (...)
 Nós não podemos deixar chegar as eleições, acontecer o que está pintado, está pintado.
 Eu parei de falar em voto em... em eleições tem umas três semanas. Vocês estão vendo agora que ... eu acho que chegaram a conclusão. A gente vai ter que fazer uma coisa antes.
 (...)
 Eu acredito que cada uma da Comissão de Transparência Eleitoral tem que...
 Quem responde pela CGU vai, quem responde pelas Forças Armadas aqui...
 É botar algo escrito, né?
 E pedir à OAB. A OAB vai dar credibilidade para a gente, né?
 Polícia Federal... Dizer... até o Presidente, uma nota conjunta com vocês todos... que até o presente momento, dadas as condições de se definir a lisura das eleições, são simplesmente impossíveis de ser atingidas.
 O TSE cometeu um erro quando convidou as Forças Armadas a participar da Comissão de Transparência Eleitoral. Cometeu um erro. Eles erraram. Para nós foi excelente. Esqueceram que eu sou o chefe supremo das Forças Armadas²⁵⁶?

Já as falas do ex-ministro da defesa, General Heleno:

(...) Então o que tiver que ser feito, tem que ser feito antes das eleições.
 Se tiver que dar soco na mesa, é antes das eleições. Se tiver que virar a mesa é antes das eleições. Depois das eleições será muito difícil que tenhamos alguma perspectiva.
 Até porque eles irão fazer tudo bem-feito...
 Que essa conversa do Fachin foi exatamente com os embaixadores para que elimine a possibilidade da VAR acontecer, né?
 No dia seguinte todo mundo reconhece e fim de papo.

²⁵⁶BBC News: *Investigação sobre tentativa de golpe*: vídeo mostra falas de Bolsonaro. Direção e Produção: BBC News. São Paulo: 2024. Vídeo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TEDrHnV0E2U>. Acesso em 11 de fev. 2024.

Então isso aí tem que ficar bem claro, eu acho que as coisas tem que ser feitas antes das eleições e vai chegar um ponto que não vamos mais poder falar, vamos ter que agir. Agir contra determinadas instituições e contra determinadas pessoas. Isso para mim é muito claro²⁵⁷.

Nesse contexto, a Polícia Federal deverá proceder com a elaboração do relatório final das investigações, o qual poderá acarretar o indiciamento formal do ex-presidente e servir de base para eventual denúncia pelo Ministério Público Federal. Assim, mais uma vez, a tutela penal ao Estado Democrático de Direito se mostra válida e necessária, tendo em vista que a democracia do país, ao que demonstram as investigações conduzidas pela Polícia Federal, esteve sob grande risco de ser abolida em função de um plano de manutenção de poder.

²⁵⁷BBC News: *Investigação sobre tentativa de golpe*: vídeo mostra falas de Bolsonaro. Direção e Produção: BBC News. São Paulo: 2024. Vídeo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TEDrHnV0E2U>. Acesso em 11 de fev. 2024.

5 CONCLUSÃO

Ao final desse estudo, o qual teve por objeto de pesquisa a tutela penal ao Estado Democrático de Direito, foi possível obter os seguintes resultados: primeiramente, denota-se que há muito tempo o direito penal vive em uma constante crise em relação a sua legitimidade. Diversas teorias buscam entender a função essencial do Direito Penal, isto é, se esta tutela bens jurídicos essenciais/fundamentais ou se deve se preocupar somente com a proteção da norma, conforme defendido, por exemplo, por Günther Jakobs.

Nesse sentido, conforme apontado exhaustivamente ao longo da presente dissertação, a doutrina entende que, embora recaia diversas críticas sobre a afirmativa de que o Direito Penal tutela bens jurídicos essenciais, esta continua sendo a corrente mais aceita e defendida atualmente. Nesse contexto, entende-se que a afirmativa de que o direito penal tem por finalidade essencial proteger a norma penal, conforme defendido por Günther Jakobs, viola toda a sistemática penal.

Sanado esse primeiro questionamento, passa-se a apresentar o segundo resultado, qual seja: qual é a melhor teoria que conceitua o bem jurídico, aquelas de cunho sociológico ou constitucional? Nesses moldes, defende-se, assim como Claus Roxin e Luigi Ferrajoli, a teoria constitucional do bem jurídico, mas como parâmetro negativo quando da criação de novos tipos penais, ou seja, da reprimenda não pode violar o texto constitucional. Nesses moldes, quando da criação de novos tipos penais, o legislador deve se atentar à fragmentariedade do Direito Penal e, de uma vez por todas, à obrigatória separação entre questões que, de fato, lesem bens jurídicos essenciais daquelas intimamente ligadas à moral. Ademais, o legislador deve se atentar aos princípios penais basilares que recaem sobre a seara criminal, em ênfase a legalidade, a humanidade e a proporcionalidade.

Com efeito, restou demonstrado que a teoria do bem jurídico serve como orientação para interpretação das normas penais e como instrumento de contenção e de aplicação das normas incriminadoras. Nesse contexto, independente da teoria, entende-se que o bem jurídico se constitui como limite e, simultaneamente, como fundamento para a intervenção penal, servindo como fundamento e legitimidade para o Direito Penal.

Posto isso, como terceiro resultado, entendeu-se que o Estado Democrático de Direito é um bem jurídico essencial na medida em que seu fundamento se encontra na própria Constituição Federal. Continuamente, os tipos penais que tutelam o Estado Democrático de Direito, *a priori*, não violam nenhum princípio basilar do direito penal.

Ademais, verificou-se que o poder constituinte originário determinou ser crime hediondo a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e contra o Estado Democrático de Direito (artigo 5º, inciso XLIV, da CF), enfatizando a necessidade da tutela ao Estado Democrático de Direito por meio de ações preventivas e repressivas. Isso porque, nos períodos de cessação do regime democrático, foram desencadeadas diversas violações a direitos fundamentais.

Sanadas essas questões preliminares, foi possível observar do estudo da evolução legislativa, isto é, da análise das leis de segurança nacional e dos atuais crimes contra o Estado Democrático de Direito, que, por muito tempo, a famigerada proteção à segurança nacional serviu para intensificar as violações aos direitos mínimos da população, em especial aos direitos civis e políticos. Conforme se aferiu ao longo das pesquisas, na época da ditadura militar, diversos tipos penais foram criados para endurecer o combate aos indivíduos que lutaram contra as atrocidades cometidas pelo regime de exceção, seja na Era Vargas, seja no golpe militar de 1964. Nesse esteio, com a justificativa de garantir a segurança nacional, os tipos penais possuíam uma redação vaga, permitindo uma punição indiscriminada. Inclusive, os decretos-leis que versavam sobre o tema chegaram a permitir a redução das garantias penais mínimas.

Ademais, a Justiça Militar assumiu um amplo protagonismo, sendo competente para o julgamento dos crimes contra a segurança nacional, justamente para impedir a queda do regime, punindo de forma indiscriminada os opositores do poder, até então, vigente. Nesse sentido, com o desgaste evidente do regime militar, o poder vigente da época deu anistia a todos os crimes políticos praticados, fato duramente criticado pelos estudiosos do tema, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Gomes Lund, em 2010 e da Comissão Nacional da Verdade, em 2014.

Não é só. As sentenças proferidas no caso Gomes Lund e no caso Vladimir Herzorg enfatizam a omissão do Estado brasileiro frente aos crimes cometidos na ditadura militar. Ademais, tornou-se evidente que a lei de anistia, ainda que validada pelo Supremo Tribunal Federal, não é compatível com as obrigações assumidas pelo Brasil a nível internacional.

Com a queda do regime militar e a promulgação da Constituição cidadã de 1988, a lei de segurança nacional, até então, vigente, não mais era compatível com o regime democrático expressamente consagrado na Carta Maior. Os estudos demonstraram que a legislação que versou sobre a segurança nacional, na verdade, combateu um pseudo inimigo interno, notadamente, os revolucionários que buscavam o fim dos regimes autoritários. Nesse sentido, embora a última lei de segurança nacional fosse mais branda, ainda foi usada indevidamente para perseguir adversários políticos. Conforme apontado, de 2019 a 2021, houve um aumento significativo do uso da lei de segurança nacional como fundamento para instauração de inquéritos policiais.

Assim, por meio de uma análise detida, verificou-se que os atuais crimes contra o Estado Democrático de Direito, ao serem inseridos no Código Penal, possuem a finalidade não apenas de proteger o regime democrático de direito, mas também evitar excessos quando da aplicação da norma, conforme ocorreu no passado. Não menos importante, os crimes contra o Estado Democrático de Direito impedem que os transgressores da ordem vigente não fiquem impunes, conforme ocorreu anteriormente com a Lei de Anistia, duramente criticada pelos órgãos de proteção aos direitos humanos, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual condenou o Brasil pela omissão na ditadura militar. Nesse sentido, entende-se que a prevenção e a repressão aos crimes contra o Estado Democrático de Direito são legítimas uma vez que o regime democrático vive em risco eminente de cessação, já que uma parcela da sociedade continua a atacar as instituições democráticas e os poderes vigentes.

Não obstante, ressalta-se que a punição aos transgressores deve obedecer aos princípios penais e processuais penais, sob pena de invalidar a real intenção do legislador originário, o qual deteve o anseio de proteger a democracia e aos demais direitos fundamentais a ela atrelados. Ainda, seguir com uma punição sem respaldo nas garantias processuais mínimas abre margem para uma discussão acerca da

validade das punições, bem como para uma discussão acerca de possível perseguição a opositores políticos, repetindo-se o mesmo erro do passado, com a aplicação das leis de segurança nacional. Assim, o poder judiciário, quando do julgamento dos delitos perpetrados contra o Estado Democrático de Direito, deve ser atentar à lesividade da conduta.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Bruno Rotta. A Teoria do Bem Jurídico e a Proteção Penal de Valores Supraindividuais. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, nº 25, p. 305-313, 2009. p. 39. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/16-50-1-pb.pdf>.
- ALMEIDA JUNIOR, Rafael Brito de. Olhares abolicionistas penais: as diferentes abordagens e propostas. *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, v. 04, nº 02, p. 209/2022, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://ojs.defensoria.sp.def.br/index.php/RDPSP/article/view/131>.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BATISTA, Nilo; BOGES, Rafael. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Revan, 2023.
- BBC News: Investigação sobre tentativa de golpe: vídeo mostra falas de Bolsonaro. Direção e Produção: *BBC News*. São Paulo: 2024. Vídeo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TEDrHnV0E2U>.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Versão on-line. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal. *Revista Liberdades*, nº01, 2009, pp.16-29. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/posts/arquivos/1/artigo1.pdf>.
- BECK, Ulrich. *O que é Globalização?*. Tradução: André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial – crimes contra a Administração Pública, crimes praticados por prefeitos e crimes contra o Estado Democrático de Direito (arts. 312 a 359-T)*. 16 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral - arts. 1 a 120*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRANDÃO, Claudio. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Gen, Editora Forense, 2010.

BRASIL. *Comissão Nacional da Verdade*. Brasília: CNV, 2014. p. 962. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf.

BRASIL. [(Constituição de 1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

BRASIL. [(Constituição de 1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

BRASIL. [(Constituição de 1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 37, de 02 de dezembro de 1937*. Dispõe sobre os crimes políticos. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-37-2-dezembro-1937-354175-publicacaooriginal-1-pe.html>

BRASIL. *Lei nº 38, de 04 de abril de 1935*. Define os crimes contra a ordem política e social. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 428, de 16 de maio de 1936*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-428-16-maio-1938-350766-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Dispõe%20sobre%20o%20processo%20dos,14%20de%20dezembro%20de%201935.>>.

BRASIL. *Decreto-Lei 314, de 13 de março de 1967*. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social das outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0314impressao.htm.

BRASIL. *Decreto-Lei 510, de 20 de março de 1969*. Altera dispositivos do Decreto-Lei, de 13 de março de 1967, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0510impressao.htm.

BRASIL. *Decreto-Lei 898, de 29 de setembro de 1969*. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-898-29-setembro-1969-377568-norma-pe.html#:~:text=EMENTA%3A%20Define%20os%20crimes%20contra,julgamento%2>

0e%20dá%20outras%20providências.&text=Vide%20Norma(s)%3A,Legislativo)%20%2D%20(Revogação).>.

BRASIL. *Lei nº 136, de 14 de dezembro de 1935*. Modifica vários dispositivos da Lei nº 38, de 04 de abril de 1935, e define novos crimes contra a ordem política e social.

BRASIL. *Lei 1802, de 05 de janeiro de 1953*. Define os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1802-5-janeiro-1953-367324-publicacaooriginal-1-pl.html>>.

BRASIL. *Lei 6.620, de 17 de dezembro de 1978*. Define os crimes contra a segurança nacional, estabelece sistemática para o seu processamento e julgamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6620impressao.htm>.

BRASIL. *Lei nº 7.170, de 14 dezembro de 1983*. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7170impressao.htm>.

BRASIL. *Lei nº 14197, de 1 de setembro de 2021*. Acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito; e revoga a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), e dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14197.htm>.

BRASIL. Mensagem nº 427, de 1º setembro de 2021. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-427.htm#acao%20penal>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*: anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2 ed. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/STF_ConvencaoAmericanaSobreDireitosHumanos_SegundaEdicao.pdf>.

BRUNO, ANÍBAL. *Direito Penal. Parte Geral: Norma Penal, Fato Punível*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. p. 95. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018. p. 70. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf>. Acesso em 20 de fev. 2024.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal e Proteção dos Bens jurídicos. *Revista EMERJ*, v. 14, n. 53, 2011, pp. 07-15. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53_7.pdf.

COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 2 ed. Coimbra: Editora Coimbra S.A, 2010.

COSTA, Maria Izabel Sanches; IANNI, Aurea Maria Zöllner. O conceito de cidadania. In: *Individualização, Cidadania e Inclusão na Sociedade Contemporânea: uma análise teórica* (online). São Bernardo do Campo: Editora Universidade Federal do ABC (UFABC), 2018.

COUTINHO, José Pereira. Religião e outros conceitos, *Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, Cidade do Porto, v. 24, 2012, pp. 171-193. p. 177. Disponível em: <<https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/10763.pdf>>.

DAL RI JÚNIOR, Arno. O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira: usos e representações do Estado Novo à Ditadura Militar. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, 2013, pp. 525-543.

ESPECIATO, Ian Matozo. *Medidas de Segurança e os princípios constitucionais no Direito Penal*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 123. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11122020-021435/publico/8033314_Dissertacao.

ESTEFAM, André. *Direito Penal: Parte Especial – arts. 235 a 359-T*. P. 354. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

ESTEFAM, André. *Direito Penal: Parte Geral – Arts. 1º a 120*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2019.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Método, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Nova Lei de Segurança Nacional. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, nº 35, 1983.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1976.

GODOY, Regina Maria Bueno de. *A Proteção dos Bens Jurídicos como Fundamento do Direito Penal*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia

Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141076.pdf>.

GOMES, Carla Silene. Bem Jurídico e Teoria Constitucional do Direito Penal. *Revista Delictae*, v. 04, nº 6, 2019, p. 266. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/96/67>.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal: Parte Especial*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

HAMMERSCHMIDT, Denise et al. *O Grito pela Democracia: Crimes Contra o Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2022.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. 2 ed. Tradução Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HAUSER, Ester Eliana. *Política Criminal*. Ijuí: Unijuí - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, 2010.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. IN: HEFENDEHL, Roland (coord.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

JAKOBS, Günter. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal*. Tradução Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JUNIOR, Nilo Ferreira Pinto. O princípio do pluralismo político e a Constituição Federal de 1988. *Revista Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte*, v. 25, 2011. p. 37.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 8 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

KIBRIT, Orly. *Atuação contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no contexto brasileiro e a proteção unitária dos Direitos Humanos na consagração da cidadania transnacional*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://adelfa-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/51e3404b-939d-4858-aec3-dcf565917f10/content>.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Defesa do Estado Democrático de Direito por meio do Direito Penal*. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pa/parecer-oab-lsn-alaor-teixeira.pdf>.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia Participativa na Constituição Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 78, 2008. p. 187. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p181.pdf>.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; VOLANTE, Carlos Eduardo; VIANA, Waleska Cariola. Democracia como Direito Fundamental de Terceira Geração ou Dimensão. *Revista ESMAT*, nº 10, p. 149-172. Disponível em: <http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/115/120>.

MADERS, Angelita Maria. O Estado Democrático de Direito Brasileiro e a Proteção do Direito à Saúde. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 3, 2022, pp. 07–33. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/449>.

MARQUES, Fernando Tadeu. *O excesso do Estado na criminalização do terrorismo por meio dos tipos penais abertos e a possibilidade de criminalização do direito de resistência*. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 94. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/25769/1/Fernando%20Tadeu%20Marques.pdf> >.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmit de. *Lições Fundamentais do Direito Penal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Atos Antidemocráticos*. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/atos-antidemocraticos/entenda-o-caso>.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p.27. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008973.pdf>.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

NIKITENKO, Viviani Gianine. Funcionalismo – Sistêmico Penal de Gunther Jakobs: uma abordagem à luz do Direito penal mínimo e garantista. *Revista Direito em Debate*, nº25. 2006. p. 127. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/688>.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal –Parte Geral e Especial*. 8 ed. Rio de Janeiro: Gen/Editora Método, 2023.

NUNES, Diego *et al*. *Crimes Contra o Estado Democrático de Direito: Comentários à Lei nº 14.197/2021*. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2023

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré, *et al. Direito Penal Brasileiro. Parte Geral: Princípios Fundamentais e Sistema*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 77.

OLIVEIRA, Miguel Tassinari de. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 2010. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Faculdade de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8941/1/Miguel%20Tassinari%20de%20Oliveira.pdf>.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos Fundamentais legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e fraternidade. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 12, nº 46, 2009. p. 126. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_126.pdf

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel *et al. Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2023.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. *Parecer Lei de Segurança Nacional e Defesa do Estado de Direito no Brasil*. 2020. p. 64. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pa/parecer-oab-lsn-reale-jr-wunderlich.pdf>

REGO, Werson Franco. Estado Democrático de Direito, Democracia e Função Jurisdicional. *Revista Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 18, nº 25. p. 195. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/143/85>.

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. Estado e Governo: Diferença conceitual e implicações práticas na pós-modernidade. *Revista Uniara*, Araraquara, nº 21/22, 2008, p. 140-145. Disponível em: <https://www.revistarebram.com/index.php/revistauniara/article/view/183>. Acesso em 10 de jan. 2024.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

SANTOS, Diego Junior da Silva, *et al. Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar*. *Dental Press Journal of Orthodontics, Maringá*, v. 15, n. 3, 2010, pp. 121-124. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dpjo/v15n3/15.pdf>. Acesso em: 09 de jan. 2024.

SANTOS, Fabiana Figueiredo Felício dos Santos. *Lei de Segurança Nacional: uma leitura à luz da Constituição da República de 1988 e do Direito Internacional de Direitos Humanos*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 62. Disponível em: <[https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-AY6MHV/1/fabiana_f_f_dos_santos_2_.pdf)

[AY6MHV/1/fabiana_f_f_dos_santos_2_.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-AY6MHV/1/fabiana_f_f_dos_santos_2_.pdf)>. Acesso em 10 de jan. 2023.

SENADO FEDERAL. *Parecer sobre o Projeto de Lei nº 2.108/2021*. Brasília: Senado Federal, 2021. p. 05. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8986057&ts=1654270101405&disposition=inline&_gl=1*1tcjo6z*_ga*MTQ4MDEwNjg2OS4xNzA1NTI3NTk4*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwODAwOD A5OC4yLjEuMTcwODAwOTAxNi4wLjAuMA..>.

SILVA, Davi Castro. *A Teoria dos Direitos Fundamentais e o bem jurídico penal: Análise da vinculação da teoria do bem jurídico penal à Constituição com fundamento na dogmática dos Direitos Fundamentais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011. p. 10. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/10739/1/Silva.pdf>>.

SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 42, 2005. p. 228. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p213.pdf.

SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, nº 197, 2013, p. 70. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p65.pdf.

SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, nº 173, 1988. p. 21. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45920/44126>.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, p.180.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AÇÃO PENAL 143 – Voto Alexandre de Moraes*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur491815/false>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 320*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4574695>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Partidos acionam STF contra a Lei de Segurança Nacional*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461753&ori=1.>>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF condena mais cinco réus pelos antidemocráticos de 08/01*. Brasília, 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=518984&ori=1.>> Acesso em 02 de jan. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515#:~:text=N%20julgamento%20da%20Arguição%20de,por%207%20votos%20a%202.>>>.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

VINCI, Luciana Vieira Dallaqua. *A Relação entre Democracia e Direitos e Garantias Fundamentais*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.