

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC-SP

Isabela Sandeville Stavale Joaquim

**A APLICABILIDADE DO CONCEITO DE “DEMOCRACIA
MILITANTE” NO BRASIL À LUZ DA INCLUSÃO NO CÓDIGO
PENAL DOS “CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO”**

Projeto para o Trabalho de Conclusão de Curso em Direito

São Paulo

2023

Isabela Sandeville Stavale Joaquim

**A Aplicabilidade do Conceito de “Democracia Militante” no Brasil à
luz da inclusão no Código Penal dos “Crimes contra o Estado
Democrático de Direito”**

Dissertação apresentada à banca
examinadora da Pontifícia
Universidade Católica de São
Paulo, como exigência para
obtenção do título de BACHAREL
em Direito, sob a orientação da
profa., dra. Juliana Cardoso
Ribeiro Bastos

São Paulo

2023

Banca Examinadora

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. A DEMOCRACIA MILITANTE	9
2.1. O CONCEITO DE KARL LOEWENSTEIN E SUAS LIMITAÇÕES	9
2.2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS	14
2.2.1. DEMOCRACIA COMO AUTOCORREÇÃO	14
2.2.2. DEMOCRACIA SUBSTANTIVA	20
2.4. OS PROBLEMAS DE APLICAÇÃO.....	25
2.5. O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA MILITANTE	30
3. O CONTEXTO BRASILEIRO	37
3.1. BRASIL PÓS 1988: ASCENSÃO AUTORITÁRIA E A REAÇÃO DEMOCRÁTICA	37
3. 2. CONSTITUCIONALISMO DEFENSIVO BRASILEIRO	46
4. DIREITO PENAL POLÍTICO E CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRATICO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	53
4.1. A REVOGADA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL	53
4.2. A LEI Nº 14.197/2021 E OS CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	61
4.3. EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE DOS TIPOS PENAIIS PREVISTOS NA LEI Nº 14.197/2021.....	71
4.3.1. PREMISSAS DO EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE DO PRESENTE ESTUDO	71
a) Critério 1: constitucionalidade dos fins eleitos	73
b) Critério 2: seleção do meio / imprescindibilidade da tutela penal (proporcionalidade).....	74
c) Critério 3: concretização das intenções na redação da lei	78
d) Critérios aplicados aos mandados de criminalização	79
4.3.2. A CONSTITUCIONALIDADE DOS TIPOS PENAIIS INSTITUÍDOS PELA LEI Nº 14.197/2021.....	84
a) O controle forte de constitucionalidade.....	86
b) O controle fraco de constitucionalidade	87
5. CONCLUSÕES.....	93
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	96

RESUMO

A Aplicabilidade do Conceito de “Democracia Militante” no Brasil à luz da inclusão no Código Penal dos “Crimes contra o Estado Democrático de Direito”

A ascensão autoritária no Brasil e no mundo tem gerado um clamor social e político em torno das possibilidades de autodefesa das instituições democráticas, o que reacendeu o debate em torno da teoria da “democracia militante”. O presente trabalho tem por objetivo analisar a evolução deste conceito ao longo do tempo para constatar sua aplicabilidade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, em especial para avaliar a criminalização de condutas dessa espécie, o que ocorreu no Brasil por meio da Lei nº 14.197/2021, que incluiu no Código Penal os “Crimes contra o Estado Democrático de Direito”. A partir dos aspectos gerais (políticos, sociais, históricos) da referida lei, concluiu-se que a norma criminalizadora traz mecanismos de consolidação da “democracia militante” no Brasil; ao passo que, no cotejo da norma com a Carta Política, concluiu-se pela sua constitucionalidade. Contudo, a aplicação dos tipos penais em tela demanda cautela e rigorosa observância quanto ao respeito dos princípios constitucionais e democráticos.

Palavras-chave: democracia militante; crimes contra o Estado Democrático de Direito; autoritarismo; democracia; direitos fundamentais, Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT

The Applicability of the Concept of Militant Democracy in Brazil: the Crimes Against the Constitutional Law

The rise of authoritarianism in Brazil and around the world generated a social and political outcry around the democratic institutions and its capacity to self-defense, which reignited the debate around the theory of “militant democracy”. This work aims to analyze the concept of “militant democracy” and verify its applicability within the Brazilian legal system, especially regarding recent promulgation of Law n° 14.197/2021, which established “Crimes against the constitutional law”. The analysis of the general aspects (political, social, historical) of the law led to the conclusion that it contributed to the consolidation of the “militant democracy” in Brazil; whereas the analysis about its constitutionality led to a positive conclusion. However, its application requires caution and strict observance of constitutional and democratic principles.

Keywords: militant democracy; crimes against the constitutional law; authoritarianism; democracy; fundamental rights, Brazilian Federal Constitution.

1. INTRODUÇÃO

O termo “Democracia Militante” foi cunhado pelo constitucionalista Karl Loewenstein – especialmente em dois ensaios datados de 1937 – para classificar um movimento comum entre os Estados Nacionais Europeus: a tomada de medidas concretas para combater a ascensão do fascismo. Neste contexto, segundo o autor, as democracias buscaram medidas excepcionais, voltadas a impedir a indevida utilização de suas garantias fundamentais por movimentos políticos que pretendessem ascender dentro das regras do jogo para, contudo, acabar com ele.

Mais de 80 anos se passaram desde que Loewenstein surgiu com essa denominação. Entre o presente e o passado, o fascismo perdeu uma guerra mundial, o Estado de Bem-Estar Social se consolidou e, ainda, foi primordialmente substituído por uma nova forma: o Neoliberalismo.

No berço deste novo sistema socioeconômico, o mundo todo se viu diante de uma nova e potente ascensão autoritária, que evoluiu por meio de formas inovadoras de ataques aos sistemas democráticos que se acreditava consolidados. Com isso, o termo cunhado por Loewenstein voltou para o centro de debates políticos, jornalísticos, acadêmicos.

Com efeito, nos tempos recentes, diversos ensaios e pesquisas debruçaram-se sobre o tema, buscando compreender o conceito e adaptá-lo ao contexto atual; certamente muito distinto daquele que o originou. Neste eixo temático que se encontra o presente trabalho.

O Brasil é um país cuja democracia ainda se encontra em frágil desenvolvimento. Apesar da promulgação, em 1988, de uma Constituição Cidadã, ampla e detalhista nos direitos e garantias fundamentais assegurados; tal marco histórico é recente, e a eficácia de parte das normas nele contidas ainda muito incipiente. As formas de defesa dessa democracia são igualmente limitadas.

Cada democracia carrega sua história e, olhando para a nossa, será que poderíamos dar-lhe o adjetivo “militante”?

A pergunta tem sido posta à prova. Afinal, a ascensão autoritária supracitada chegou ao solo brasileiro e colocou a sociedade civil, os Poderes Legislativo, Executivo

e, principalmente, o Judiciário com a difícil missão de não permitir que o ódio à democracia se engendrasses no seio das instituições democráticas.

Em especial, no que tange à utilização do braço punitivo do Estado como medida repressiva de “democracia militante”, é de suma importância elucidar que o Direito Penal moderno presta à limitação da violência estatal. Desta forma, pensar o Direito Penal como forma de proteção do Estado e suas instituições deve ensejar um importante alerta, face ao estrago que historicamente causou à dignidade humana e à paz social na busca por neutralizar os inimigos do Estado.

Por tudo isso, é que o presente trabalho busca compreender a compatibilidade entre a Constituição Federal Brasileira e a consolidação de uma “democracia militante”, em especial no que tange à utilização do Direito Penal Político, tendo em vista a recente promulgação da Lei dos Crimes Contra o Estado Democrático de Direito (Lei nº 14.197/2021).

Para tanto, o primeiro capítulo destina-se a delinear o conceito base para o presente estudo. O conceito de “democracia militante” é abordado desde sua origem, na obra de Karl Loewenstein (1937); mas também acrescido de contribuições teóricas posteriores, que trouxeram fundamentos mais robustos para justificar a flexibilização de direitos fundamentais em uma democracia, em prol de sua proteção, sem que, por outro lado, se perca sua essência. Neste ponto, são utilizadas as contribuições de autores como Van Den Bergh (1936), Pontes (2020), Rijpkema (2012, 2019) e Kirshner (2014).

Neste ínterim, é importante destacar a necessidade de uma devida definição do conceito utilizado para a elaboração do presente trabalho, haja vista que o termo vem sendo amplamente utilizado, sem que os mesmos esforços venham sendo empregados para exprimir seu significado.

O capítulo 2 aborda como o conceito se adequa à realidade brasileira. Primeiramente, merecem destaque os aspectos sociais e políticos que permearam a elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como as mudanças que se delinearão desde então, com foco sobre a ascensão do autoritarismo na política nacional, de forma a demonstrar a importância da “democracia militante” para a realidade estudada.

Em seguida, procede-se à análise da Constituição Federal propriamente dita para verificar a sua compatibilidade com a teoria da democracia militante, a partir dos dispositivos que delimitam o núcleo do Estado Democrático no Brasil – e, portanto, aquilo que deveria ser objeto de proteção no âmbito da democracia militante –; bem como os mecanismos defensivos propriamente ditos (artigos 5º, XLIV e 17, da CF/1988).

O terceiro capítulo trata do objeto do presente estudo: os crimes contra o Estado Democrático de Direito (artigo 359-I a 359-T, do Código Penal, incluídos pela Lei nº 14.197/2021). Em um primeiro momento, apresenta-se a evolução legislativa sobre o tema, bem como o contexto no qual se deu a promulgação da Lei. Com relação a esta última, são examinados: *i*) os desafios encontrados na sua aprovação; *ii*) seu resultado final em seus aspectos sociais, políticos, históricos; *iii*) a constitucionalidade dos referidos dispositivos, a fim de constatar sua efetiva compatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

Para a análise de constitucionalidade, o presente trabalho se baseia nos critérios propostos por DIMOULIS (2015) e SCALCON (2018), sem, contudo, exauri-los. Trata-se de uma análise preliminar, limitada pelo tempo e espaço destinado ao presente estudo, mas que convida o leitor e novas pesquisas ao aprofundamento em algumas questões consideradas mais relevantes acerca da constitucionalidade da referida norma.

Por fim, a pesquisa bibliográfica, associada à análise das leis supracitadas e da Constituição Federal, constituem os instrumentos utilizados para responder a pergunta sobre a aplicabilidade do conceito de democracia militante no contexto brasileiro, bem como o papel que a nova Lei dos Crimes Contra o Estado Democrático de Direito ocupa na efetivação dos mecanismos de autodefesa institucional.

2. A DEMOCRACIA MILITANTE

O presente trabalho tem como ponto de partida a teoria da democracia militante. O conceito tem sido amplamente utilizado – inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal¹ –, muitas vezes, sem o devido empenho na sua adequada definição. Este é o primeiro desafio que o presente trabalho busca enfrentar, passando pelo surgimento do conceito, sua evolução ao longo da história, até sua aplicação prática atualmente – para, enfim, delimitar o conceito utilizado na pesquisa.

2.1. O CONCEITO DE KARL LOEWENSTEIN E SUAS LIMITAÇÕES

De partida, tem-se que o termo enquanto tal foi cunhado na década de 1930, pelo constitucionalista alemão Karl Loewenstein em um artigo, dividido em duas partes, publicado na *The American Political Science Review* (LOEWENSTEIN, 1937a; 1937b), em que o autor realiza diagnósticos e prognósticos sobre a expansão do autoritarismo na Europa, desde o início do século XX. Autoritarismo, para o autor, tratava-se de:

Qualquer tipo de estrutura política em que não se verificava o controle mútuo entre as instituições, mas sim concentração de poder supremo nas mãos de determinado indivíduo ou grupo de indivíduos, que não se submetiam à livre opinião pública e que comandavam, de forma absoluta, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.²

Para Loewenstein (1937), os próprios mecanismos democráticos, tais quais a tolerância, liberdade de expressão e associação seriam utilizados por grupos autoritários como forma de desacreditar as instituições democráticas e propagar as ideias autoritárias. Nesse sentido, a própria democracia forneceria aos seus “inimigos”, as formas de sua destruição, justamente por lhes assegurar todos os direitos fundamentais.

¹ O Min. Edson Fachin, ao proferir seu voto no âmbito da ADPF 572, no Supremo Tribunal Federal, sustentou que: A justificativa para o exercício do poder de polícia no âmbito do Tribunal, inclusive no que tange à reunião de elementos para a instrução da representação, deriva do compromisso institucional com a ordem constitucional. Nenhuma disposição do texto Constitucional pode ser interpretada ou praticada no sentido de permitir a grupos ou pessoas suprimirem o gozo e o exercício dos direitos e garantias fundamentais. Nenhuma disposição pode ser interpretada ou praticada no sentido de excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo. Essa ordem de ideias ecoa o que Karl Loewenstein chamava de democracia militante (*streitbare Demokratie*), mas, ao invés de simplesmente abolir grupo ou partidos, como às vezes é lida a tese do constitucionalista alemão, elas restringem sua aplicação aos atos que, abusando dos direitos e garantias protegidos pela Constituição, invocando-os a pretexto de ideologia política, visam abolir ou restringir direitos de determinadas pessoas ou grupos. (STF, ADPF 572, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 18/06/2020 – trecho do voto do i. Relator).

² LOEWENSTEIN, 1935, *apud* PONTES, 2020, p. 75.

As democracias tradicionais eram, até então, pacíficas; mantinham-se inertes perante aqueles que expressamente propagavam sua destruição.

As afirmações do constitucionalista não lhe eram exclusivas. Ao contrário, encontravam consonância com as afirmações daqueles que, à época, tentavam fragilizar a democracia penetrando os procedimentos e instituições que lhe são próprios. Não à toa, é atribuída a Joseph Goebbels, Ministro da Propaganda Nazista, a afirmação de que “sempre será uma das melhores piadas da democracia o fato de que ela dá aos seus inimigos mortais os meios para destruir a si própria”³.

Na busca por sistematizar o pensamento de Loewenstein, CLITEUR & RIJPKEMA (2012), elencaram principais fragilidades do sistema democrático, implícitas na obra de Loewenstein, notadamente: a inércia do sistema em tempos de crise; a não limitação da liberdade de expressão daqueles que se utilizam dessa inércia como forma de desacreditar o sistema; e, por fim, a liberdade de acesso destes grupos às instituições democráticas – via eleições – ainda que para destruí-las.

Sem que ele mesmo diga explicitamente, decorre da análise de Loewenstein que a democracia é vulnerável de três formas: primeiro, é vulnerável em razão da estrutura que lhe é inerente: democracia é governar por acordo. Sob condições normais, trata-se de um aspecto positivo e civilizado de sua forma de auto-governo. Em tempos de crise (econômica), no entanto essa busca pelo consenso se transforma em indecisão e inércia. Essa falha é facilmente explorada para desacreditar a democracia.

Em segundo lugar, a democracia oferece liberdade constitucionais aos seus oponentes mais hostis, o que os permite desacreditar e vilanizá-la. A disseminação da propaganda antidemocrática é protegida pela Liberdade de expressão, ao passo que a liberdade de associação garante aos partidos antidemocratas a liberdade de se organizarem em torno de fins também antidemocráticos. E, em terceiro, a democracia até permite esses partidos que lhe são hostis acessarem – após a eleição – as mesmas instituições que eles pregaram destruir.⁴

O fascismo, por sua vez, seria uma mera técnica de obtenção de poder, amorfa em termos de filosofia ou ideologia; no entanto, perfeitamente apta a se encaixar nas fragilidades da democracia.

Fascismo não é nada mais do que uma técnica política que explora as fragilidades da democracia. Não é uma filosofia ou ideologia coerentes: o fascismo apenas quer governar.⁵

³ VIEIRA, 2020.

⁴ CLITEUR & RIJPKEMA, 2012, p. 235, tradução livre.

⁵ CLITEUR & RIJPKEMA, 2012, p. 236, tradução livre.

LOEWENSTEIN (1937 - a) descreve que assim ocorreu em inúmeros países da Europa, nos quais o autoritarismo encontrou sua ascensão nas próprias regras da democracia, que, pelo que ele qualifica como “excesso de formalismo”⁶, foram incapazes de “excluir do jogo os partidos que negavam a própria existência dessas regras”⁷.

Com efeito, a ideia do autor é que o racionalismo do constitucionalismo liberal fora incapaz de se defender do “emocionalismo” do fascismo, o que justificaria a tomada de medidas emergenciais. Segundo VIEIRA (2023):

Embora a “democracia militante” não ignore que a sobrevivência das democracias esteja associada a inúmeras condições culturais, econômicas e sociais (LIPSET, 1959; PRZEWORSKI; LIMONGI, 1997), seu foco é outro, de natureza mais emergencial, conjuntural e institucional. O problema da “democracia militante” são aqueles momentos em que uma maioria, tomada por forte “emocionalismo”, se dispõe a agir contra as próprias instituições do Estado Democrático de Direito, abusando de suas franquias.⁸

As tais medidas emergências, contudo, aptas a superar este excesso de formalismo e combater o emocionalismo do fascismo, apontam para um posicionamento bastante radical, segundo o qual o combate ao fascismo imporia a necessidade de “suspender temporariamente os direitos fundamentais”⁹:

Quando os direitos fundamentais são institucionalizados, sua suspensão temporária é justificável. (...) Se a democracia acredita na superioridade de seus valores absolutos sobre chavões oportunistas do fascismo, ela deve estar à altura das exigências do momento e todo esforço possível deve ser empregado para resgatar tais valores, mesmo sob o risco e com o custo de violação dos princípios fundamentais.¹⁰

A proposta, portanto, é pela utilização de medidas de intolerância pelas instituições democráticas, a fim de fazer cessar sua inércia perante a emergência do fascismo. Para tanto, teria-se, de um lado, a organização de uma luta política, pautada na organização dos setores democráticos da população; e, de outro, um método legislativo, voltado para elaboração de leis antifascistas:

Destacavam-se, nesse âmbito, várias medidas, tais como a criminalização de atos de insurreição armada; a proibição à criação e à refundação de associações extremistas, com os eventuais confisco e liquidação da sua propriedade; a vedação ao uso, por partidos políticos, de organizações paramilitares, de

⁶ LOEWENSTEIN, 1937 - a, p. 424, tradução livre.

⁷ LOEWENSTEIN, 1937 - a, p. 424, tradução livre.

⁸ VIEIRA, 2023, p. 12.13

⁹ LOEWENSTEIN, 1937 - a, p. 432, tradução livre.

¹⁰ LOEWENSTEIN, 1937 - a, p. 424, tradução livre.

milícias privadas, ou de uniformes; a criação de órgãos de inteligência voltados à supervisão e à repressão de movimentos e atividades antidemocráticas; entre outras.¹¹

Com efeito, o autor demonstra que diversos países democráticos, ao se darem conta das ameaças ao sistema, passaram a organizar suas defesas, em especial pela “ativação de uma legislação antifascista”¹².

E, assim, foi que as democracias se tornaram militantes: diante da constatação de que a liberdade democrática abria margem para a ascensão de movimentos que visavam sua destruição; passou-se a utilizar mecanismos institucionais de autodefesa, fosse por meio da legislação direcionada a movimentos subversivos e contrários à ordem democrática, pelas precauções tomadas contra o abuso das instituições democráticas por movimentos extremistas ou, ainda, por meio da prevenção contra a formação de grupos paramilitares e milícias armadas.

Também VIEIRA (2023), destaca que os processos de reconstitucionalização dos países do Eixo, após a derrota do fascismo na Segunda Guerra Mundial, pautou-se em uma preocupação de prevenir o retorno ao poder de líderes e partidos autoritários pelas vias constitucionais. A Constituição Alemã, por exemplo, adotou um “robusto regime de direitos fundamentais”¹³, além de:

(...) uma série de mecanismos voltados especificamente à proteção da ordem democrática, entre eles autorizar a restrição de direitos fundamentais quando estiverem sendo abusivamente empregados por aqueles que têm por objetivo ameaçar a ordem democrática (artigo 18); permitir o banimento de partidos (artigo 21, 2) ou associações (artigo 9, 2) que ameacem o Estado Democrático de Direito; além de entrincheirar a dignidade humana, a democracia, a federação e a estrutura básica do Estado alemão por meio de cláusulas que não podem ser objeto de emenda (artigo 79, 3).¹⁴

Neste contexto, o Tribunal Constitucional Alemão também “esculpiu sua própria doutrina do que veio a ser conhecido como ‘democracia combatente’(...)”¹⁵.

Ademais, diversos países que passaram pelo processo de democratização ao longo da segunda metade do século XX – como Portugal, Espanha, Brasil e África do Sul – “também incorporaram aos seus ordenamentos jurídicos e constitucionais, em maior ou menor medida, dispositivos explícitos de defesa da democracia ou de

¹¹ PONTES, 2020, p. 81.

¹² LOEWENSTEIN (a), 1937, p. 430, tradução livre.

¹³ VIERA, 2023, p. 16.

¹⁴ VIERA, 2023, p. 16.

¹⁵ VIERA, 2023, p. 16.

limitação ao extremismo, oriundos da doutrina lançada por Loewenstein e requalificada pelo Tribunal Constitucional Alemão.”¹⁶ Por fim, tornou-se também comum o surgimento de uma legislação penal destinada a punir atos contrários às instituições democráticas, como é o caso da Lei objeto do presente trabalho.

Todo este movimento de defensiva constitucional em favor da democracia estruturado no século passado voltou ao centro do debate político e social nos tempos recentes, haja vista a “a ascensão ao poder, pelo voto, de inúmeros governantes populistas, de matriz autoritária, em países como Venezuela, Hungria, Polônia, Turquia, Índia, Estados Unidos, Filipinas, Brasil e Nicarágua, nas últimas décadas”¹⁷.

Em face do novo autoritarismo, os instrumentos constitucionais das democracias militantes adquiriam especial importância e, com eles, o desafio prático de “estabelecer, dentro de um estreito espaço normativo construído pela gramática dos direitos fundamentais, uma regulação estrita sobre aquilo que é e o que não é permitido dizer ou fazer dentro da democracia.”¹⁸

As considerações de Loewenstein foram, realmente, uma quebra de paradigma do constitucionalismo liberal tradicional (e “passivo”), razão pela qual o termo por ele cunhado reverbera até os dias atuais. Por outro lado, a “democracia militante” de Loewenstein era uma proposta, um chamado, muito mais do que uma teoria completa:

A “democracia militante” de Loewenstein consistia, portanto, menos em uma doutrina jurídica e política completa, e mais em uma conclamação de que as democracias e o Estado de direito estabelecessem e colocassem mecanismos de autodefesa como reação à debacle da República de Weimar.¹⁹

Diante disso, não de ser consideradas as limitações dos fundamentos apresentados pelo autor para justificar a consolidação de um modelo militante de democracia, especialmente em razão das consequências disto para os direitos e garantias fundamentais:

Por se tratar de princípio que torna possível a restrição de direitos essenciais, é necessário buscar uma justificativa sólida à sua aplicação, para além das premissas equivocadas de Loewenstein ou de outras compreensões igualmente perigosas ou limitadas, que vinculam a democracia militante ao combate seja de doutrinas alegadamente extremistas (antiextremismo), seja de futuras

¹⁶ VIERA, 2023, p. 16.

¹⁷ VIERA, 2023, p. 19.

¹⁸ VIERA, 2023, p. 19.

¹⁹ VIEIRA, 2023, p. 13.

manifestações de experiências autoritárias históricas (republicanismo negativo).²⁰

Assim, o principal risco existente na consolidação de uma democracia militante é a criação de mecanismos tão *militantes* (leia-se: de restrições excepcionais de direitos fundamentais), que a própria *democracia* acabe esvaziada naquilo que lhe é essencial. Diante disso, é necessária a construção de uma justificação teórica para a instituição dos mecanismos de autoproteção democrática, que englobe também formas para a sua contenção. É o que será a seguir demonstrado.

2.2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

2.2.1. DEMOCRACIA COMO AUTOCORREÇÃO

Como dito, a obra de Loewenstein foi pioneira ao nomear a ameaça sob a qual se encontrava – e ainda se encontra – a democracia, sobretudo no que tange às vulnerabilidades que seus opositores utilizam contra ela.

No entanto, Loewenstein tece considerações primordialmente empíricas e comparativas sobre o tema, sem empregar grande esforço na busca por um fundamento teórico para a existência de medidas excepcionais de restrição de direitos no âmbito de um sistema democrático. O autor chega a apontar para a problemática, sem, contudo, resolvê-la de forma satisfatória:

A democracia defende os direitos fundamentais, direitos iguais para todos com relação às opiniões, liberdade de expressão, associação, imprensa. Como poderia ela própria restringir tais direitos, sem destruir o fundamento de sua existência e legitimidade?²¹

Nesse sentido, PONTES (2020) propõe que “muito embora correto em seu diagnóstico, o constitucionalista alemão partiu de pressupostos equivocados”²².

Com efeito, o principal esforço teórico utilizado por Loewenstein para fundamentar as medidas militantes da democracia foi a analogia realizada com os

²⁰ PONTES, 2020, p. 17.

²¹ LOEWENSTEIN, 1937 a, p. 430-431, tradução livre.

²² PONTES, 2020, p. 17.

tempos de guerra. Diante de uma guerra externa, seria constitucionalmente aceita a possibilidade de suspensão de alguns princípios de um Estado Democrático:

Loewenstein tenta encontrar algum tipo de justificação teórica na analogia com o estado de emergência em tempos de guerra externa. Em tempos de cerco, geralmente torna-se aceitável que princípios constitucionais sejam suspensos.²³

Entretanto, tal consideração pouco contribui para a necessidade de justificar teoricamente tais medidas no contexto de uma ameaça interna. Isso porque, o inimigo, neste caso, é parte integrante da própria democracia – um sistema cujo fundamento basilar é a igualdade, que seria frontalmente violada pela escolha de compreender parte de seus cidadãos como os “inimigos” a serem combatidos pelo sistema. Corre-se o risco de, na tentativa de proteger a democracia do autoritarismo, a primeira perca justamente aquilo que lhe diferencia do segundo:

Essa analogia, contudo, não acrescenta muito à discussão, haja vista que a situação de guerra externa é, na verdade, bastante diferente da guerra interna. Na guerra externa é indubitavelmente legítimo que a democracia se defenda: a democracia como uma totalidade enfrente algo externo, um Estado hostil. Na guerra interna, o inimigo da democracia não é externo, mas, sim, parte intrínseca dela. Especialmente quando esta parte consiste em um partido político que legitimamente participa nos procedimentos democráticos, não fica claro, de plano, porque, nesse caso – se quisermos nos manter fieis ao núcleo basilar dos princípios democráticos – a suspensão de garantias constitucionais seria justificável. É evidente que alguma ação nesses casos é desejável, mas como essa ação pode ser teoricamente compatível com os princípios fundamentais da democracia é questão que permanece obscura. É um ponto significativo que Loewenstein deixa em aberto.²⁴

Não bastasse, a analogia proposta por Loewenstein levaria a uma intervenção ilimitada às garantias e direitos fundamentais, porque nunca se alcançará aderência plena da população ao sistema democrático:

No caso de ameaças antidemocráticas, não é a soberania que está em risco, mas a forma democrática de governo, por cidadãos hostis à democracia, que não necessariamente utilizam violência, e durante período que não é claramente limitado. Quando a ameaça começa e quando termina? É claro que sempre haverá grupos ou indivíduos que professarão ideias antidemocráticas. Sob a justificação de Loewenstein, seria possível, em tese, continuar a luta contra as forças autoritárias indefinidamente; nenhuma população é 100% favorável à democracia. A resposta é, portanto, elástica e vaga, o que nunca é bom quando se trata de intervenção. Por conseguinte, os cidadãos hostis à democracia são ameaçados com a perda de seus direitos fundamentais a longo prazo, quando não permanentemente.²⁵

²³ CLITEUR & RIJKEMA, 2012, p. 238-239, tradução livre.

²⁴ CLITEUR & RIJKEMA, 2012, p. 239, tradução livre.

²⁵ RIJKEMA, 2018, *apud* PONTES, 2020.

Como se vê, o argumento apresentado por Loewenstein é insuficiente para responder à questão que ele próprio levantara e que se mantém absolutamente central: “como as ordens constitucionais podem recorrer a medidas aparentemente antidemocráticas para se proteger de investidas autoritárias?”²⁶. E, principalmente, qual é o limite desta intervenção para que a autodefesa da democracia não se transforme, ela própria, em seu algoz?

É por isso que VIEIRA (2023) considera que “a força da doutrina da ‘democracia militante’ decorre, portanto, mais de sua capacidade aguda de apontar para o risco da erosão democrática, do que propriamente das propostas que oferece para a solução do problema”²⁷.

Em grande medida, Loewenstein antecipa a teoria dos paradoxos de Karl Popper, segundo a qual a liberdade, a tolerância e a democracia, se levadas ao extremo, podem acabar na sua própria negação. Nos ensinamentos de RIJKEMA:

Os paradoxos de Popper são, evidentemente, intimamente ligados. Quando levadas ao extremo, liberdade, tolerância e democracia carregam consigo sua própria negação. Liberdade absoluta leva à opressão, tolerância completa à intolerância, democracia pura à tirania.²⁸

O raciocínio fica bem claro quando Popper elucida, em uma nota de rodapé, em que consiste o “paradoxo da intolerância” – agora, já não mais tão desconhecido:

Menos conhecido é o *paradoxo da tolerância*: tolerância ilimitada leva inevitavelmente ao desaparecimento da tolerância. Se entendermos a tolerância ilimitadamente até mesmo para os intolerantes, se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante do ataque dos intolerantes, então os tolerantes serão destruídos e, com eles, a tolerância. Nesta formulação, não quero dizer, por exemplo, que devemos sempre suprimir a expressão de filosofias intolerantes; enquanto pudermos combatê-los através de argumentos racionais e mantê-los sob controle na opinião pública, a supressão seria certamente muito imprudente. (...) Deveríamos, portanto, reivindicar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar os intolerantes. Deveríamos afirmar que qualquer movimento que prega a intolerância se coloca fora da lei e deveríamos considerar o incitamento à intolerância e à perseguição como criminoso, da mesma forma que deveríamos considerar o incitamento ao homicídio, ou ao rapto, ou ao renascimento do tráfico de escravos, como criminoso.²⁹

A transposição de tal raciocínio para o contexto da democracia e suas instituições, leva à conclusão de que a busca por garantir direitos e liberdades de todos

²⁶ PONTES, 2020, p. 129.

²⁷ VIEIRA, 2023, p. 15.

²⁸ RIJKEMA, 2012, p. 93.

²⁹ POPPER, 2013, p. 581, tradução livre.

os cidadãos em um Estado Democrático, pode culminar em seu próprio fim. Em outros termos, seria indissociável da essência democrática a sua capacidade de autoabolição³⁰, haja vista a possibilidade dos antidemocratas de formarem maiorias.

Para RIJPKEMA (2012) o raciocínio de Popper parte tacitamente da premissa de que a democracia consiste em uma “regra de maioria”, um procedimento por meio do qual é assegurado aos cidadãos o direito de fazerem valer suas decisões na coletividade, desde que amparadas pela maioria democrática. Como o mesmo direito vale para os antidemocratas, é sempre um risco que esta vertente se sobressaia sobre as demais, levando ao fim o sistema. Por conseguinte, a solução proposta pelo filósofo para fazer viver a democracia seria a negação aos grupos antidemocráticos ao direito à democracia.

Trata-se de uma solução prática: há um problema para a manutenção da democracia, cuja solução encontra amparo no banimento de determinados grupos do jogo democrático. Para RIJPKEMA (2012), contudo, a formulação está longe de satisfatória:

Popper nos apresenta uma solução bastante pragmática para o paradoxo da democracia: nós simplesmente precisamos negar aos antidemocratas o direito de exercer a democracia, para que a própria democracia possa sobreviver. Isso é decepcionante para um pensador racional como Popper.”³¹

O raciocínio de Popper, tal qual de Loewenstein, peca porque apenas constatam que conservação da democracia depende da utilização de alguns mecanismos de intolerância com os intolerantes – sem a construção de um fundamento teórico apto a compatibilizar tais medidas com o que é básico e nuclear à própria democracia.

Para tanto, são elucidativas as considerações de George van den Bergh, constitucionalista holandês contemporâneo a Loewenstein, que abordou a questão da relação entre o Estado democrático e os partidos não democráticos, em uma conferência realizada no ano de 1936, intitulada originalmente de “*De democratische staat en de niet-democratische partijen*”. Em que pese não ter utilizado o termo “democracia militante”, as contribuições do autor foram essenciais para que o conceito pudesse se manter de pé ao longo dos anos.

³⁰ RIJPKEMA, 2012, p. 93.

³¹ RIJPKEMA, 2012, p. 93.

O jurista holandês abordou, como não poderia deixar de ser, a contradição inerente à existência de atores políticos antidemocráticos dentro de uma democracia sob uma ótica semelhante ao jurista alemão. Chegou, também, à mesma conclusão: a necessidade de banimento dos atores políticos antidemocráticos. Diagnóstico e prognóstico, portanto, confluíram com os posicionamentos de Loewenstein e Popper.

No entanto, como dito, o foco empregado para a construção de uma justificação teórica para tais medidas é central na obra de van den Bergh, o que o distingue profundamente dos primeiros³².

O autor, ao se debruçar sobre os partidos antidemocráticos que atuavam não com violência, mas estritamente por meios legais, se questiona sobre a possibilidade de sua exclusão da esfera do debate público. Bem porque, o banimento de determinados valores, postos de maneira racional e dentro do ordenamento jurídico, confronta a própria essência da democracia – enquanto arena isonômica do debate público e, neutra, portanto, quando à valoração dos ideais manifestados.

Portanto, não seria possível excluir, a priori, um ou outro pensamento que surja na sociedade e se coloque no debate público racional – mesmo que este pensamento represente grandes mudanças constitucionais, afinal, diversos partidos possuem tal objetivo –; sob pena de extinção da própria essência da democracia³³.

Como, então, seria possível justificar o prognóstico oferecido por Loewenstein, Popper, e pelo próprio van Den Bergh, pelo banimento dos atores políticos antidemocráticos dos processos políticos?

A resolução para a questão está na própria definição do conceito de democracia. Para George van den Bergh, o sistema democrático se constrói na base de uma “neutralidade valorativa”³⁴ e na igualdade apriorística entre os ideais que emergem da sociedade – diferenciados apenas pelo grau de aderência que encontram, por meio de uma “regra de maioria” (para fazer referência para o conceito usado para a obra de Popper).

³² CLITEUR & RIJKEMA, 2012.

³³ CLITEUR & RIJKEMA, 2012.

³⁴ Tradução livre do conceito de “*value neutrality*”, constante em CLITEUR & RIJKEMA (2012, p. 244).

O autor faz, contudo, uma ressalva. A neutralidade valorativa inerente à democracia encontra seu limite em outra característica que lhe é absolutamente essencial: a capacidade de “autocorreção”³⁵. A autocorreção indica que o círculo decisório de uma democracia é marcado pela possibilidade de revogação de quaisquer das decisões tomadas, caso suas consequências na população sejam negativas. Nas palavras do autor:

Todo democrata admite que a democracia muitas vezes leva a decisões erradas, mas oferece muitas garantias – mais do que qualquer outro sistema – de que, quando suas imprecisões forem demonstradas na prática, serão revistas. Na democracia, [...] [o] povo toma as suas decisões e sente as consequências na própria pele. Ele conhece sua responsabilidade, corrige seus próprios erros. Em princípio, toda decisão democrática é revogável, embora, é claro, nem sempre seja possível desfazer todas as suas consequências.³⁶

Desta forma, qualquer decisão alcançada pelos procedimentos democráticos de formação de maioria será respeitada; desde que não lesione a capacidade do sistema como um todo de revogar esta ou qualquer outra decisão tomada pela maioria.

Como consequência, é a decisão que ameaça a capacidade de autocorreção democrática que deverá receber uma valoração distinta: deverá ser impedida em prol da sobrevivência da democracia, ensejando, portanto, a excepcional intervenção dos mecanismos de autoproteção.

Esta decisão, por sua vez, se configura “quando (...) a democracia decide por sua autoabolição”, porque “toda a moldura está perdida, o que faz com que a decisão não seja apenas irreversível, mas também irrevogável: *a democracia decide não decidir mais*”³⁷.

As contribuições de van den Bergh, portanto, respondem ao questionamento. Podem (e devem) ser banidos da democracia – sem que haja sua subversão – o valor, ideal, político, partido, ou manifestação que coloquem em xeque a sua capacidade de autocorreção.

Ou, dito de outro modo, a natureza autocorretora da democracia “implica que todas as ideias devem ser tratadas com igualdade no sistema democrático, menos uma: notadamente a ideia de que a democracia deveria ser abolida. Contra estes grupos a

³⁵ Tradução livre do conceito de “*self-correction*”, constante em CLITEUR & RIJKEMA (2012, p. 243).

³⁶ VAN DEN BERGH, *apud* PONTES, 2020, p. 130.

³⁷ RIJKEMA, 2012, p. 95, tradução livre, grifo nosso.

democracia pode agir legitimamente”³⁸. Afinal, esta é a ideia, de fato, capaz de acabar, irrevogável e irreversivelmente, com a democracia, “porque é uma decisão em que uma maioria se sobrepõe sobre os interesses de uma minoria. Ademais, é a decisão da geração presente atropelando os direitos das gerações futuras”³⁹.

Contra ela, portanto o sistema deverá se proteger, ainda que necessárias algumas restrições de direitos. Nestes casos, a democracia deve se tornar militante.

Quanto a este ponto, RIJKEMA (2018) conclui, a partir da análise da jurisprudência internacional, em especial a Corte Constitucional Alemã e a Corte Europeia de Direitos Humanos, que a ameaça à autocorreção do sistema democrático se perfectibiliza na ameaça aos princípios da avaliação, da competição política e da liberdade de expressão. Na tentativa de abolir qualquer um desses elementos, tem-se um dano objetivo e direto sobre a revogabilidade das decisões que constitui o sistema democrático.

Assim, analisadas sob a ótica dos fundamentos teóricos supramencionados, têm-se uma justificativa teórica – e compatível com os pilares da democracia – para a utilização de medidas militantes: a ameaça ao núcleo essencial ao sistema, consistente na garantia de seu caráter autocorretivo.

2.2.2. DEMOCRACIA SUBSTANTIVA

Quando se analisam os fundamentos apresentados por van den Bergh, absolutamente essenciais ao aprimoramento do conceito de democracia militante, está-se diante de uma noção de democracia como um sistema majoritário de tomada de decisão, com foco, portanto, nas questões procedimentais e eleitorais⁴⁰. Com efeito, para o autor, “democracia significa respeitar as decisões que são tomadas pelo voto da maioria.”⁴¹

Trata-se de uma concepção procedimental da democracia, à luz de pensadores modernos como Joseph Schumpeter e Robert Dahl – para citar alguns –, na qual estão

³⁸ CLITEUR & RIJKEMA, 2012, p. 245

³⁹ CLITEUR & RIJKEMA, 2012, p. 256, tradução livre.

⁴⁰ CLITEUR & RIJKEMA, 2012.

⁴¹ CLITEUR & RIJKEMA, 2012, p. 256, tradução livre.

sob enfoque “as condições que viabilizam a aferição íntegra da real vontade majoritária”⁴²; em detrimento de “uma limitação apriorística das escolhas a serem tomadas livremente pelas pessoas que formam a maioria de plantão”.⁴³

Sob essa perspectiva, para que a democracia seja protegida da ameaça autoritária, devem ser preservados, primordialmente, os processos decisórios e eleitorais que possibilitam a formação das decisões majoritárias.

É verdade que Van den Bergh transcende o formalismo ao discorrer sobre o núcleo essencial da democracia, para acrescentar-lhe a ideia de autocorreção. Como demonstrado, a concepção da democracia como autocorreção traz à baila uma única decisão que, por seu conteúdo, não deve ser valorada com neutralidade: a abolição da democracia.

Ocorre que, ainda assim, a única decisão que pode ser excluída por seu conteúdo é aquela que leva ao fim o próprio aspecto procedimental da democracia. E isso reforça a premissa procedimental de van den Bergh, haja vista que não é propriamente o conteúdo da decisão que está em jogo, mas o impacto que ele tem sobre o processo democrático.

Para RIJPKEMA (2018), a concepção de democracia como autocorreção oferece uma melhor justificativa teórica, em termos de filosofia política, para a defesa da democracia, por se tratar de um parâmetro mais objetivo.

Com efeito, a utilização de um parâmetro objetivo para a adoção de medidas intolerantes – como o banimento de partidos –, qual seja, a ameaça à capacidade de autocorreção do sistema, traz, também, uma maior limitação a eventuais excessos que possam ocorrer. Afinal, a existência de uma hipótese específica reduz a margem para que se aplique uma interpretação muito abrangente aos conceitos, bem como para que os abusos sejam praticados e tolerados.

De outra sorte, há vertentes da teoria política que consideram o aspecto procedimental adotado por van den Berg essencial, porém insuficiente, para a definição

⁴² PONTES, 2020, p. 138.

⁴³ PONTES, 2020, p. 138.

do núcleo essencial de uma democracia. Isso porque, há um segundo aspecto reputado fundamental para a configuração de uma democracia: o seu conteúdo, sua substância.

Nesta toada, aponta PONTES (2020):

(...) por mais que os regimes democráticos dependam da regra da maioria para funcionar, não existe democracia saudável em lugares nos quais o poder é exercido sem amarras institucionais e os direitos fundamentais – sobretudo de grupos minoritários – são constantemente violados. Quando as leituras substantivas da democracia reconhecem, com acerto, que o Estado de Direito também compõe o núcleo essencial desse sistema representativo, busca-se harmonizar dois vetores que se encontram em permanente tensão nas democracias constitucionais: o da autoridade constituída pela escolha popular majoritária, vital para a higidez dos regimes democráticos, e o da autoridade limitada pelo Direito, tão caro à pauta de valores do constitucionalismo.⁴⁴

A importância dos aspectos substantivos da democracia já era ressaltada por Loewenstein (1937), que entendia a democracia sob uma moldura constituída por “ideias e instituições”. Para o autor, a “democracia é baseada no respeito por determinados direitos fundamentais constitucionais, como a liberdade de expressão, reunião, imprensa”⁴⁵.

Sob esta perspectiva, não somente as cláusulas constitucionais que tratam das eleições, das responsabilidades dos poderes e o respeito aos poderes democraticamente eleitos devem ser considerados nucleares; mas também “um mínimo de liberdades cívicas sem as quais é impossível o bom funcionamento da democracia”⁴⁶.

Nós deveríamos estar protegidos contra partidos e indivíduos propensos a modificar o caráter formal da democracia na Constituição Holandesa; mas também os partidos e indivíduos que, por vezes abertamente, anunciam que irão abolir a liberdade de expressão, liberdade religiosa e liberdade de associação, uma vez que assumam o poder, como Goebbels tão expressamente fez.⁴⁷

Aqui, está-se diante de uma concepção substantiva de democracia, conforme a qual “a observância de técnicas procedimentais não pode ensejar um imperativo de neutralidade absoluto, verificando-se, ao contrário, a necessidade de se fixar diretrizes e limites materiais para as decisões políticas”⁴⁸.

Nessa toada, as regras formais do processo democrático não poderiam ser consideradas um fim em si. Ao contrário, estão condicionadas a alguns valores centrais

⁴⁴ PONTES, 2020, p. 149.

⁴⁵ CLITEUR & RIJKEMA, 2012, p. 266, tradução livre.

⁴⁶ CLITEUR & RIJKEMA, 2012, p. 266, tradução livre.

⁴⁷ CLITEUR & RIJKEMA, 2012, p. 266, tradução livre.

⁴⁸ PONTES, 2020, p. 141.

– cuja existência constitucional geralmente se traduz em direitos fundamentais. Aqui, a legitimidade de atos de intolerância na democracia a é a violação a tais ideais – e não apenas à ideia de não abolição das regras do jogo democrático.

Destaca-se alguns autores que se filiam a esta concepção de democracia, como Carl Schmitt e Ronald Dworkin. Com relação a Carl Schmitt, RIJKEMA (2018) destaca que, para o autor, uma Constituição contém princípios substantivos e formais, sendo que:

Os princípios substantivos dão corpo à identidade da constituição e derivam de uma escolha fundamental do povo, a ordem constitucional escolhida. Os princípios formais como os procedimentos de tomada de decisão e instituições como o parlamento, são uma extensão dessa decisão, desenhada para implementar e realizar a ordem constitucional escolhida.⁴⁹

Partindo dessa premissa, portanto, “o núcleo substantivo de uma constituição nunca pode ser deixado de lado com base em regras procedimentais, independente da maioria formada”⁵⁰. A decisão da maioria, portanto, não seria limitada apenas quando tendente a abolir as próprias as regras e procedimentos democráticos, mas também em razão de seu conteúdo material, quando em afronta aos direitos fundamentais.

Ronald Dworkin parte da premissa de que as Constituições devem ser lidas por uma ótica moral, o que justificaria “o uso de mecanismos que, embora contramajoritários, visem a proteger ou a promover a igualdade, valor que é a própria essência de todo regime democrático”⁵¹.

Assim, “a diferença crucial entre a premissa majoritária – tão importante para a democracia procedimental – e a concepção constitucional de democracia – de traços claramente substantivos – jaz no fato de que, nesta última, a relativização da regra da maioria, em prol da sobrevivência daquilo que compõe o núcleo essencial do texto constitucional, não pode ser tida como causa para arrependimentos morais.”⁵²

Neste ponto, deve-se destacar que o aspecto substantivo da democracia também encontra uma série de obstáculos conceituais. Principalmente porque os princípios constitucionais fundamentais, base para esta concepção, geralmente consistem em conceitos abstratos e volúveis.

⁴⁹ RIJKEMA, 2018, p. 77, tradução livre.

⁵⁰ RIJKEMA, 2019, p. 77, tradução livre.

⁵¹ PONTES, 2020, p. 143.

⁵² PONTES, 2020, p. 143-144.

Desta forma, conforme leciona CLITEUR & RIJPKEMA (2012), “esse último conceito de democracia militante [fundada na democracia como substância] abre uma grande variedade de questões sobre quais direitos constitucionais, e até que ponto, podem ser infringidos sem que haja violação da ideia de democracia propriamente dita”⁵³.

Por essa razão, é que a utilização dos mecanismos da democracia militante, no que tange aos aspectos substanciais da democracia, traz o risco de uma aplicação dos mecanismos de proteção de forma arbitrária. Quanto mais amplos os conceitos utilizados para fundamentar o uso de medidas que restringem direitos, maior o risco “de interpretação muito abrangente (no melhor dos casos) e de abuso de poder (no pior dos casos)”⁵⁴.

Isto posto, resta alertar para o fato de que, se a busca da “democracia militante” é proteger a democracia, não se pode perder de vista aquilo que é essencial ao sistema, seja em termos procedimentais ou substantivos. Ou, ainda, uma soma dos dois, como sugere PONTES (2020), que considera as duas perspectivas apresentadas como complementares para uma democracia real e efetiva:

Desse modo, percebe-se que, para além da tutela dos elementos que favorecem a autocorreção democrática, a democracia militante deve ser igualmente capaz de enfrentar as agressões cometidas contra direitos fundamentais, bem como as tentativas de dominação das instituições de controle. Dito de outra maneira: faz-se necessário que se confira à teoria ora em exame duplo fundamento material: (i) a garantia da natureza autocorretiva desses regimes representativos e (ii) a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo minorias, diante de discriminações injustificadas, de atos de violência e discursos de ódio, e do sistema de separação funcional dos poderes, componentes da substância do Estado Democrático de Direito.⁵⁵

A perspectiva adotada no presente trabalho vai ao encontro do quanto defendido por PONTES (2020), de que a democracia militante **pode** abranger tanto os aspectos procedimentais da tomada de decisão pela maioria do povo, quanto as matérias substanciais, como liberdades e direitos fundamentais, que devem ser mantidos ainda que contra a posição majoritária. O importante, aqui, é que a ameaça presente potencialmente efetivamente lesivo quer a um, quer a outro aspecto fundamental do sistema democrático.

⁵³ CLITEUR & RIJPKEMA, 2012, p. 266.

⁵⁴ RIJPKEMA, 2018, p. 139.

⁵⁵ PONTES, 2020, p. 154.

Ademais, a aplicação dos mecanismos de democracia militante dependerá da moldura jurídica criada pelas constituições e legislações em cada local, que delimitarão, de um lado, o que é essencial ao núcleo do sistema democrático e, portanto, digno de proteção “militante” e, de outro, quais são os mecanismos possíveis dentro de cada contexto normativo. Afinal, a aplicação de mecanismos de “autoproteção do sistema” à margem da lei, não podem ser considerados típicos de uma “democracia militante”, mas sim de um governo autoritário.

Portanto, para análise do ordenamento jurídico brasileiro, não será escolhida, *a priori*, algumas das perspectivas, pois, à luz do pragmatismo de DIMOULIS (2015), o presente trabalho filia-se ao entendimento de que “nossa opção deve ser o resultado e não o pressuposto da interpretação constitucional”⁵⁶.

2.4. OS PROBLEMAS DE APLICAÇÃO DOS MECANISMOS MILITANTES

Ao longo dos tantos anos em que vêm sendo debatidas as formas de combate ao fascismo pelas nações democráticas, é certo que uma série de críticas foram tecidas com relação ao que fora aqui apresentado como a construção teórica que sedimentou o conceito de democracia militante.

Desde sua ineficácia até a acusação de que a utilização dos mecanismos de democracia militantes só farão criar mártires e fortalecer as forças autocráticas, o foco no presente trabalho se dará sob um aspecto específico: a dificuldade de aplicação de tais medidas, bem como os limites que devem ser respeitados por aqueles que as aplicam.

Neste ponto, para VIEIRA (2023), as principais lacunas deixadas pela teoria da democracia militante de Karl Loewenstein, no contexto das Constituições defensivas atualmente em vigor, dizem respeito à postura contundente e ativa a ser adotada pelas instituições e autoridades quando empenhadas na defesa da democracia:

Reivindico que essa ideia menos desenvolvida por Loewenstein mereceria ser tratada com maior atenção no contexto do pensamento constitucional contemporâneo, especialmente em países que adotaram um modelo de

⁵⁶ DIMOULIS, 2015, p. 14.

democracia defensiva, na qual as estruturas de autodefesa da democracia encontram-se entrincheiradas na Constituição. Nesses contextos, em que os mecanismos contramajoritários estão estabelecidos, inclusive com regras penais e eleitorais voltadas a cercear ações antidemocráticas, maior atenção deveria ser dada à questão da postura ou do comportamento das autoridades responsáveis por mobilizar essas prerrogativas.⁵⁷

Esta celeuma será trabalhada com base em duas problemáticas distintas: de um lado, o risco de um efetivo “abuso de poder”; de outro, um problema de “má interpretação” dos dispositivos legais, que pode incorrer em uma aplicação desigual ou muito abrangente.

Em seguida, como uma forma de combater tais desafios, serão trazidas algumas soluções para assegurar a idoneidade das medidas de democracia militante, no que diz respeito à legalidade e legitimidade constitucional.

a) Abuso de Poder

Quanto ao “abuso de poder” propriamente dito, o que está em jogo é a possibilidade de utilização de medidas de democracia militante, como banimento de partidos ou neutralização de adversários políticos por meios do direito penal, com o fim de minar a competitividade democrática. Seria a subversão de mecanismos de proteção da democracia para beneficiar e perpetuar no poder apenas um grupo:

Não à toa, Svetlana Tyulkina aponta que “prevenir cenários nos quais os grupos políticos hegemônicos recorrem a providências militantes para silenciar oponentes políticos ou outros dissidentes indesejados pode ser visto como um dos mais sérios desafios da democracia militante”.⁵⁸

Essa lição assume especial importância, especialmente no cenário do autoritarismo contemporâneo, que muitas vezes se consolida na forma de regimes híbridos – isto é, “que combinam regras típicas das democracias constitucionais com práticas características do autoritarismo”⁵⁹

Sob a mesma lógica do jargão cunhado por Karl Marx, segundo quem “a história se repete, a primeira vez como tragédia e a segunda como farsa”⁶⁰, o fascismo que, no início do século passado, ascendeu como um projeto de ruptura com a formação dos

⁵⁷ VIEIRA, 2023, p. 14.

⁵⁸ PONTES, 2020, p.163.

⁵⁹ PONTES, 2020, p. 160.

⁶⁰ MARX, 1852.

Estados Nação então existentes; hoje se mascara na farsa de uma aparência de normalidade institucional.

A normalidade, contudo, vem acompanhada de um demasiado aumento do controle social, de reformas que enfraquecem as instituições regulatórias e de controle; bem como da redução da competitividade política. Tudo isso, escorado na existência de leis e Constituições – que apenas são respeitadas na medida da conveniência dos detentores do poder – e na realização das eleições – *pro forma*, sem que haja qualquer preocupação com a participação política ou equidade⁶¹.

Tais problemáticas são objeto de uma extensa e profunda produção acadêmica, que não será abordada na integralidade no presente estudo. Contudo, o debate sobre o novo autoritarismo é de suma importância pelas lições que traz à teoria da democracia militante.

É a educação pelo contraexemplo: assim como governos autoritários podem se valer de institutos legais – *e.g.*, o ajuizamento de ações judiciais contra opositores – para diminuir a competição eleitoral e conservar o poder, medidas militantes também estão suscetíveis ao uso deturpado com vistas aos mesmos fins políticos. Dito de outra forma, em vez de serem utilizadas para assegurar o bom funcionamento do processo autocorretivo da democracia, o pleno gozo dos direitos fundamentais e a higidez dos meios de controle dos governantes em exercício, expedientes como o banimento de partidos políticos podem servir de artifício para retirar da corrida eleitoral competidores qualificados e absolutamente insuspeitos de propensões autoritárias.⁶²

Bem por isso, requer-se das instituições e autoridades de aplicação dos mecanismos de democracia militante não somente a postura ativa e combativa supracitada, mas, também, a imposição de limites legais, aptos a delimitar as situações em que efetivamente tais medidas deverão ser utilizadas.

b) Má interpretação de previsões legais excessivamente abrangentes

De mais a mais, para além da instrumentalização da democracia militante para perfectibilizar objetivos politicamente orientados, há ainda o problema da interpretação das normas por parte de seus aplicadores.

Isso porque, como supracitado, muitas vezes as previsões legais relativas à democracia militante recorrem a conceitos excessivamente abrangentes, cuja

⁶¹ PONTES, 2020.

⁶² PONTES, 2020, p. 163.

significação exige do aplicador que recorra demasiadamente ao seu repertório pessoal – afinal, conceitos como “liberdade de expressão”, “sistema democrático” e “direitos políticos”, não podem ser dissociadas de concepções político-ideológicas:

Os juízes da vida real, não raro, decidem com base em suas próprias cosmovisões ideológicas e, nesse processo, ora cometem erros crassos de avaliação, ora proferem decisões intencionalmente favoráveis aos interesses do grupo político com o qual mais se identificam. Em qualquer dos casos, fato é que, no campo sensível da judicialização da vida política, eventuais equívocos imprevisíveis ou manifestações descaradas de preferência pessoal podem gerar efeitos sociais e institucionais desastrosos.⁶³

Por essa razão, é de suma importância que as molduras da proibição – quer na proteção de aspectos procedimentais ou substanciais – estejam bem delimitadas e traduzidas em uma previsão legal factível, capazes de prevenir que o Poder Judiciário, ao apreciar o caso, tenha que adentrar questões políticas.

Afinal, se o juiz tiver que, ele mesmo, delimitar do que se tratam os princípios democráticos fundamentais cuja violação incorre na abolição do sistema democrático, já estará expressando uma concepção política, podendo levar a uma decisão autoritária ou politicamente orientada, o que deve ser evitado⁶⁴.

c) Princípio da intervenção limitada e garantias processuais constitucionais como forma de limitação

Outrossim, para além da necessidade de uma construção teórica capaz de fundamentar a intervenção militante de forma a legitimá-la sob a lógica do regime democrático, bem como de uma boa delimitação terminológica dos dispositivos legais que tratem sobre o tema, é necessário que algumas diretrizes se imponham sobre a aplicação dos institutos “militantes”.

Nesse sentido, tem-se que os mecanismos de proteção à democracia, por serem restritivos de direitos fundamentais, devem ser utilizados apenas em última instância, quando houver, de fato, uma ameaça ao núcleo essencial da democracia. Trocando em miúdos, a evocação dos instrumentos de democracia militante deve estar condicionada a uma ameaça real e iminente, apta a colocar em cheque o núcleo do sistema:

A título ilustrativo, uma corte ou um juiz à direita do espectro ideológico poderia recorrer à democracia militante para fazer frente à livre expressão

⁶³ PONTES, 2020, p. 164.

⁶⁴ RIJPKEMA, 2018.

política de partidos e candidatos que relativizassem o direito à propriedade. Em contrapartida, um magistrado ou um tribunal simpático às causas de esquerda se sentiria à vontade para utilizar a mesma teoria e, assim, combater as ideias de grupos e agentes políticos com tendências neoliberais. Contudo, não há dúvidas de que nenhuma dessas posturas concretiza, de forma adequada, o princípio da democracia militante, cuja razão de ser é tutelar o núcleo essencial dos regimes democrático-constitucionais, devendo ser mobilizado apenas em casos extremos, situados além das fronteiras do jogo político ordinário. Faz-se, pois, necessário atentar para que a democracia militante não opere como subterfúgio à atuação enviesada de cortes militantes.⁶⁵

Neste contexto, é necessário que a democracia militante seja regida pelo que KIRSHNER (2014) chama de “intervenção limitada”, segundo a qual “políticas ou regras de exclusão, como o banimento de partidos, apenas deveriam ser usados para impedir os antidemocratas de violar os direitos de terceiros. Restrições de participação não deveriam ser empregadas quando os oponentes da democracia perseguem fins antidemocráticos mas sem probabilidade de alcançá-los”⁶⁶.

A democracia, portanto, deveria se tornar militante, exclusivamente para tornar possível que outros cidadãos permanecem participando dela com segurança⁶⁷.

Nas palavras de PONTES:

O seu objetivo [da teoria em questão] é claro e certo: a imposição de restrições à participação na esfera eleitoral daqueles que buscam subverter, pelo lado de dentro, o núcleo constitucional das democracias, ameaçando-as de forma drástica. Desse modo, quando o agente antidemocrático não quiser ou não for capaz de acessar os meios de exercício do poder para influir no âmbito político formal, os vigias da democracia devem, em regra, exercer sua autocontenção, abstendo-se, assim, de atuar.⁶⁸

Na prática, “para se impedir que a discussão acerca da aplicação prática de medidas militantes descambe para o terreno pantanoso das ilações políticas abstratas (...) deve restar constatada, mediante instrução processual, a existência do efetivo comportamento antidemocrático.”⁶⁹

Uma das formas de assegurar que a aplicação se dê nos conformes do princípio da intervenção limitada, encontra-se nas próprias garantias constitucionais processuais sólidas e efetivas, aptas a garantir àquele que está sendo submetido às medidas militantes, que exerça devidamente sua defesa:

⁶⁵ PONTES, 2020, p. 164.

⁶⁶ KIRSHNER, 2014, p. 27, tradução livre.

⁶⁷ RIJPKEMA, 2019, p. 84.

⁶⁸ PONTES, 2020, p. 173.

⁶⁹ PONTES, 2020, p. 68.

E também é ao longo do processo que os réus poderão dialogar com o Estado-juiz, contestando as acusações que lhes foram imputadas, impugnando as provas juntadas contra si, bem como interpondo os recursos pertinentes, com vistas à revisão do pronunciamento judicial. A via processual consiste no espaço, por excelência, do exercício da ampla defesa e do contraditório, garantias constitucionais que devem ser rigorosamente observadas por aqueles a quem cabe empregar providências militantes, proporcionando aos réus a oportunidade de influenciar o juiz e de participar da decisão acerca do seu próprio destino político, de modo a torná-la mas bem informada e fundamentada.”⁷⁰

Em suma, o conceito de democracia militante demanda uma série de justificações teóricas e delimitações conceituais; ao passo que sua aplicação depende de um viés de intervenção mínima e de um consolidado sistema de direitos e garantias – sem o que, a tentativa de proteger a democracia levará ao seu fim.

2.5. O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA MILITANTE

De um lado, é bastante intuitivo que se utilize do direito penal como uma das formas de prevenir e reprimir condutas antidemocráticas, em especial aquelas praticadas mediante violência. Afinal, o Direito Penal é o ramo do direito destinado a prevenir e reprimir as condutas reputadas como de maior gravidade pela sociedade, representada pelo legislador.

Com efeito, “ainda na década de 1930, Karl Loewenstein já ressaltava, como exemplos de providências militantes, o uso de tipos penais para lidar com práticas de insurreição, armada ou não, contra o regime democrático.”⁷¹

LEITE & TEIXEIRA (2020) notaram que a utilização do Direito Penal a serviço da ideia de uma “democracia combativa” – conceito utilizado pelos em substituição ao conceito de “democracia militante” – tem levado ao fortalecimento de um ramo específico do Direito Penal: o **Direito Penal Político**.

Ocorre que a teoria da democracia militante e a dogmática penal compartilham algo em comum: ambas se prestam a limitar seu próprio objeto, encarando-os como

⁷⁰ PONTES, 2020, p. 168.

⁷¹ PONTES, 2020, p. 278.

uma instância última de atuação. Isso porque, medidas drásticas como o são, sua aplicação indiscriminada coloca em risco o próprio sistema democrático.

Com efeito, para LEITE & TEIXEIRA (2020), esta seara do direito penal traz um modelo de criminalização muito frágil do ponto de vista de legitimidade e constitucionalidade, seja por serem tipos penais, em regra, amplos demais, seja por representarem reminiscências de formas de Estado distintas e anteriores ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, para LEITE & TEIXEIRA (2020):

Estamos, a rigor, em face da contradição, acima apontada, que habita o ideário da “democracia combativa”: a democracia – ou o Estado de Direito – que se protege demais, sobretudo por meio do Direito Penal, pode transmutar-se em sua antítese; ao revés, a democracia que permanece “indiferente” aos ataques – para valer-nos do conceito de Mannheim –, flerta com a ruína. Esse setor, em que o Estado protege a si mesmo, é revelador de seus vícios e de suas virtudes: é termômetro da paciência democrática, espelho da firmeza de suas convicções. É preciso, a todo custo, evitar o impasse: em nome da proteção institucional (ilimitada), vergasta-se a liberdade de expressão; em nome da liberdade de expressão (absoluta), vergasta-se a instituição que lhe garante, em última análise, sua eficácia real.⁷²

Assim, se, de um lado, “as instituições do Estado de Direito devem gozar de proteção jurídico-penal no Brasil”⁷³, de outro, não se pode permitir, na busca por esta finalidade, que se criem zonas de exceção, em que há suspensão de garantias fundamentais na busca pela proteção do Estado.

Bem porque, para além dos cuidados na aplicação inerentes à teoria da democracia militante, o próprio Direito Penal se coloca em uma relação dialética com o Estado Democrático de Direito, na qual a contenção do primeiro é inerente ao avanço do segundo:

A contenção e redução do poder punitivo, planificadas pelo direito penal para uso judicial, *impulsionam o progresso do estado de direito*. Não há nenhum estado de direito *puro*; o estado de direito não passa de uma barreira a represar o estado de polícia que invariavelmente sobrevive em seu interior. Por isso, a função de contenção e redução do direito penal é um componente dialético indispensável à subsistência e progresso.⁷⁴

Sob esta perspectiva, a expansão do Direito Penal sempre acarretará mais violência e irracionalidade em uma sociedade, comprimindo a esfera de direitos e

⁷² LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 43.

⁷³ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 41.

⁷⁴ ZAFFARONI *et al*, 2019, p. 41.

garantias em prol de um estado policial, de forma que sua aplicação deve visar “a redução, ao mínimo, dos níveis de sua irracionalidade.”⁷⁵

Um dos mecanismos importantes de um Direito Penal autoritário, que deve ser superado em prol de um estado democrático de direito, é a existência da figura de um “inimigo”. Para Zaffaroni (2019), a figura do inimigo manteve-se presente até mesmo quando da transição para os Estado de Direito; devendo, contudo, ser combatida.

Com efeito, o inimigo do direito penal não é uma figura ôntica, mas selecionada politicamente, e com relação aos quais “é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece como universal e regionalmente.”⁷⁶

Disso decorre a criação de uma regra de exceção no ceio do Estado de Direito, que afasta o princípio de igualdade constitucional para todos os cidadãos; em prol da instauração de uma lógica de guerra interna, na qual um mesmo Estado é dividido entre os cidadãos e “os outros”, os *hostis* ao Estado, que devem ser combatidos. Nas palavras de Zaffaroni:

“Com essa ideia do *hostis* como inimigo em uma guerra que, para alguns, não é guerra, que consiste em medidas de exceção e de emergência, em uma exceção abarcada pelo direito ordinário, em uma exceção que não é exceção, em uma ordinarização do excepcional, ou no que quer que seja nesse nebuloso debate, o certo é que, para além de toda esta confusão, oculta-se sempre a admissão de uma guerra irregular e permanente, porque é uma contradição em termos falar de inimigo sem guerra, real ou pelo menos iminente.”⁷⁷

Ainda que a exceção encontre respaldo em uma retórica que a justifique em razão de uma grave “necessidade” ou “emergência”, a existência da exceção “leva necessariamente ao Estado absoluto”⁷⁸, tendo em vista que a lógica da guerra não é, em qualquer grau, compatível com as limitações da ordem jurídica:

Quando se obscurece o limite entre a guerra e o poder punitivo, introduzindo-se o inimigo na não-guerra, guerra limitada ou meia guerra ou como se queira chamar ou encobrir, ampara-se, sob o equívoco nome de direito penal, uma guerra que não conhece limites jurídicos.⁷⁹

⁷⁵ ZAFFARONI & PIERANGELI, 2019, p.76-77.

⁷⁶ ZAFFARONI, 2019, p. 11.

⁷⁷ ZAFFARONI, 2019, p. 145.

⁷⁸ ZAFFARONI, 2019, p. 25.

⁷⁹ ZAFFARONI, 2019, p. 149.

Neste ponto, vale retomar a justificativa ensaiada por Loewenstein quando da criação do conceito de democracia militante. Conforme já demonstrado, o esforço que o constitucionalista emprega em criar uma justificção teórica para a inclusão de medidas restritivas de direitos fundamentais dentro de uma democracia é a analogia com uma guerra externa. Para o autor, se a guerra externa justificaria a supressão e suspensão temporária de alguns direitos; da mesma forma ocorreria diante da guerra interna entre democracia e seus “inimigos” antidemocráticos.

Com efeito, tal perspectiva, quando analisada sob a ótica da utilização do direito penal como medida de democracia militante, esbarra no alerta feito por Zaffaroni; de forma que acarretaria uma absoluta subversão do direito em direção ao autoritarismo.

Portanto, os antidemocratas, no âmbito da democracia militante, em que pese amplamente tidos como *inimigos* do Estado de Direito, jamais podem ser assim postos no âmbito do Direito Penal Político.

Por essas e outras, a utilização do Direito Penal Político, enseja profundo estudo e muita cautela. Afinal, se a democracia militante, per se, já traz em sua gênese orientações de aplicação que visem uma intervenção limitada e o combate a condutas efetivamente lesivas; mais ainda, quando instrumentaliza um sistema jurídico penal, “tendo em vista seu potencial altamente restritivo para o direito fundamental à liberdade em seu sentido mais básico, qual seja, o ambulatorial”⁸⁰.

O caminho da aplicação do Direito Penal Político está, de um lado, em recorrer ao braço punitivo do Estado somente em última instância, diante de condutas que efetivamente alcancem o cerne da estrutura democrática; e, de outro, quando assim for necessário, que sejam respeitados os direitos e garantias constitucionais e processuais:

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 (...). 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 fronteiras.⁸¹

⁸⁰ PONTES, 2020, p. 284-285.

⁸¹ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 40.

LEITE & TEIXEIRA (2020) apontam, especialmente, para a dificuldade de proteger as instituições democráticas dos novos e crescentes ataques discursivos, tendo em vista o balanço sutil entre essa proteção e o direito fundamental da liberdade de expressão.

Para as “proibições que alcançam ataques ‘não violentos’ a instituições do Estado de Direito”⁸², mais ainda do que no direito penal político como um todo, deverá haver uma profunda preocupação com a intervenção mínima, sempre vinculada a um núcleo essencial e bem definido no ordenamento jurídico penal:

A lição mais relevante parece consistir na combinação da imperiosa necessidade de proteção institucional no seio de um Estado de Direito, sobretudo contra novos métodos de agressão (ataques discursivos), com a necessária limitação dessa proteção, que deve estar reduzida a um núcleo indispensável, de modo a conviver com direitos fundamentais constitutivos da própria ideia de uma ordem democrática. Proteger o Estado de Direito, sem abandoná-lo.⁸³

E, no caso de real necessidade de intervenção jurídico penal para a contenção de condutas não violentas, mais do que nunca deverá ser observado o efetivo potencial lesivo da conduta:

O acento deve estar na potencialidade da manifestação discursiva e não violenta para afetar sensivelmente o real funcionamento das instituições mais relevantes para a ordem democrática – na mesma proporção em que atos de violência ou de ameaça de violência o fazem –, o que exigirá a superação de uma série de desafios, aqui apenas insinuados.⁸⁴

Por outro lado, parece menos eivada de polêmicas a proteção penal utilizada contra ataques violentos contra o Estado Democrático. Nas palavras dos autores:

Afinal, os métodos clássicos “violência”, “coação” ou “ameaça de violência” apresentam menos problemas – parece mesmo ser inconteste que esses métodos devem ser coibidos – do que métodos como “difusão de desinformação ou ódio ao establishment” a respeito de uma instituição, que instaura fricção com a liberdade de expressão ou de manifestação de ideias (art. 5o IV, art. 220 CF36), ou como “manifestações e passeatas públicas que pregam o fechamento de instituições”, que instauram fricções com a liberdade de reunião (art. 5o XVI CF).⁸⁵

Isso não isenta, contudo, os referidos dispositivos de uma análise cuidadosa, apta a garantir que os tipos penais criados neste contexto não se afastem dos princípios que regem o Direito Penal Moderno – que é um Direito Penal do fato, pautado na lesão

⁸² LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 32.

⁸³ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 40.

⁸⁴ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 44.

⁸⁵ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 9-10.

ao bem jurídico legalmente protegido. Bem porque, no mesmo sentido do quanto anunciado por Zaffaroni:

A formulação infeliz de tipos penais pode estimular o turvamento das linhas divisórias entre *um direito de polícia arrostador de perigos* (serviços de inteligência, “segurança nacional” e outros mecanismos preventivos) e *direito penal protetor de bens jurídico*, sobretudo a partir de uma excessiva antecipação da tutela penal a estágios prévios ao perigo e à lesão, tipificando autênticos atos preparatórios (a exemplo do §89 a StGB). Ambientes extremos podem conduzir até mesmo ao menoscabo do brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*^{86, 87}.

Com relação a isso, PONTES (2020) sugere que a utilização do Direito Penal Político, de um lado, apenas se justifica se comprovada “a especial intenção política do agente de atentar contra a democracia constitucional”; além dos próprios “princípios setoriais que informam o Direito Penal, como o postulado da legalidade, sendo vedada qualquer tentativa de aplicação extensiva dos tipos previstos no diploma”⁸⁸. Tal orientação não deve ser ignorada, independente do tipo da conduta praticada, sua gravidade, se com ou sem violência.

Ou seja, a proteção penal dos ataques ao Estado Democrático, apesar de necessária, deverá manter-se “limitada pelos próprios fundamentos do Estado de Direito: proteção do Estado de Direito no Estado de Direito”⁸⁹.

Diante do exposto, conclui-se que o Direito Penal pode ser utilizado como um importante instrumento de proteção das instituições democráticas, em prol da tutela de uma democracia militante em face de ameaças autoritárias – o que depende, contudo, de uma estrita observância às disposições constitucionais sobre o tema, bem como dos princípios norteadores de um Direito Penal moderno, este sim, compatível com o Estado de Direito.

Apenas assim poder-se-á evitar que o Direito Penal seja utilizado, como já foi durante décadas da história brasileira, como um instrumento autoritário de perseguição política de determinados grupos; bem como impedir a criminalização da divergência política, do exercício da oposição ou, até mesmo, de críticas mais profundas ao próprio funcionamento das instituições democráticas.

⁸⁶ O brocardo em latim pode ser traduzido pela expressão: “ninguém pode sofrer pena pelo pensamento”.

⁸⁷ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 48.

⁸⁸ PONTES, 2020, p. 284-285.

⁸⁹ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 56.

3. O CONTEXTO BRASILEIRO

3.1. BRASIL PÓS 1988: ASCENSÃO AUTORITÁRIA E A REAÇÃO DEMOCRÁTICA

Uma vez trabalhado o conceito de democracia militante, o presente capítulo será destinado a demonstrar a importância do debate para o atual contexto político brasileiro, em especial diante das mudanças políticas e sociais desde a promulgação da Constituição Federal, até os últimos anos, nos quais notou-se uma relevante ascensão de tendências autoritárias.

De largada, pode-se destacar que a Constituição Federal Brasileira é um documento especialmente extenso, detalhista e ambicioso⁹⁰. Para VIEIRA (2018), tais características derivaram do próprio processo levado à cabo pela Assembleia Nacional Constituinte, que teve que canalizar as demandas sociais reprimidas por décadas de ditadura militar. Com efeito, o cenário político contribuiu para este resultado:

A fragmentação político-partidária, o alto grau de desconfiança entre os atores políticos, a multiplicidade de grupos de interesses presentes na cena constituinte, a ausência de um anteprojeto com linhas bem definidas, a intensa participação da sociedade civil, assim como de corporações, tudo isso gerou uma Constituição que abrigou uma enorme gama de interesses, muitos deles contrapostos.⁹¹

É verdade que o grande esforço empregado na acomodação de interesses diversos no texto constitucional ensejaram análises importantes, como de SUNDFELD (2017), segundo quem o “caráter garantista da Constituição tem obscurecido o que é seu traço central: o haver instituído um constitucionalismo chapa branca, destinado a assegurar posições de poder a corporações e organismos estatais ou paraestatais”⁹².

Contudo, o ceticismo que orienta essa perspectiva não deve se sobrepor sobre a “narrativa constitucional que estrutura seus alicerces”⁹³. Para PONTES (2020), “todas as Constituições brasileiras tiveram seu próprio épico, belo ou perverso”⁹⁴, sendo que, em se tratando da Constituição Federal de 1988, “o épico (...) é, sem dúvida, a superação do

⁹⁰ VIEIRA, 2018.

⁹¹ VIEIRA, 2018, p. 153.

⁹² SUNDFELD, 2017, p. 348.

⁹³ PONTES, 2020, p. 202.

⁹⁴ PONTES, 2020, p. 202.

passado autoritário do país em prol de uma sociedade fundada na garantia de liberdade e igualdade para todos”⁹⁵.

Ademais, para VIEIRA & GLEZER (2019), a democracia constitucional brasileira promulgada em 1988 vinha sendo bem sucedida em termos de estabilidade. O texto constitucional garantiu, nas últimas três décadas, que o sistema político se mantivesse fiel à “alternância de poder, adoção de reformas e de políticas econômicas que favoreceram equilíbrio fiscal e certa racionalidade econômica, além da implementação de políticas sociais que geraram melhorias incrementais nas condições de vida da população”⁹⁶.

Até mesmo os conflitos entre as forças partidárias vinham sendo desenrolados “em conformidade com os procedimentos democráticos estabelecidos pela Constituição”⁹⁷; tendo sido “possível alcançar consensos e promover reformas, sem traumas ou rupturas”⁹⁸.

Não se pode negar as dificuldades que se impuseram quanto às “inúmeras deficiências e da falta de avanços mais significativos em áreas tão importantes como segurança pública, aumento da produtividade econômica e, sobretudo, redução da profunda e persistente desigualdade, com efeitos perversos sobre os mais vulneráveis”⁹⁹. Ainda assim, são inegáveis os avanços sociais e políticos quando em comparação com o período autoritário.

A Constituição passou também por inúmeras modificações – as emendas já ultrapassam uma centena –, mas o processo de adaptação constitucional, até o então, jamais havia colocado “em risco o cerne do pacto de 1988, composto por um regime democrático pluralista, uma generosa carta de direitos, assim como um robusto sistema de separação de poderes”¹⁰⁰. A despeito das diversas alterações, “o sistema político e a carta de direitos encontram-se basicamente preservados”¹⁰¹.

É o que VIEIRA (2018) chama de resiliência constitucional:

⁹⁵ PONTES, 2020, p. 202-203.

⁹⁶ VIEIRA & GLEZER, 2019, p. 66.

⁹⁷ VIEIRA & GLEZER, 2019, p. 66.

⁹⁸ VIEIRA & GLEZER, 2019, p. 66.

⁹⁹ VIEIRA & GLEZER, 2019, p. 66.

¹⁰⁰ VIEIRA & GLEZER, 2019, p. 66.

¹⁰¹ VIEIRA & BARBOSA 2018, p. 387.

Conceito que aqui emprestamos livremente da física, resiliência é a propriedade que possuem alguns materiais de acumular energia, quando exigidos ou submetidos a estresse, sem que ocorra ruptura ou modificação permanente da sua natureza. Perduram no tempo, retornando ao ponto de equilíbrio. Não são rígidos no sentido da intolerância a certas pressões, tampouco são flexíveis no sentido de sua modificação radical em razão de certas pressões. “Acomodam” estímulos e pressões, preservando sua função e sua identidade em diferentes ambientes.¹⁰²

Ocorre que este cenário, que indicava um processo mais ou menos constante de estabilização democrática no Brasil, passou por importantes reformulações a partir de junho de 2013, quando a insatisfação – ainda amorfa – da sociedade com a relação à classe política tomou, por muitos dias, as ruas das principais cidades do país¹⁰³.

De um lado, o avanço da Operação Lava Jato causou um profundo sentimento de desconfiança da população brasileira com relação à política e seus integrantes, ao descortinar “as entranhas dos esquemas relacionados ao financiamento de campanhas políticas”¹⁰⁴. A referida Operação, posteriormente anulada em parte pela ilegitimidade de seus métodos, “também afetou duramente os partidos que dominaram o centro da arena política brasileira nos primeiros 25 anos de democracia.”¹⁰⁵

De outro, esta mesma Operação teve como alvo principal o Partido dos Trabalhadores, que estava no poder desde 2003 e cuja forma de governo – progressista e voltada para uma pauta de redução da extrema pobreza – já vinha incomodando profundamente as forças de direita e conservadoras do Brasil.

Não à toa, o cenário nacional indicava, de fato, para o agravamento de uma polarização política que tivera início em 2014, associado à uma crescente desconfiança da população com relação às instituições, o que só fez aumentar a expressividade de grupos de tendência autoritária:

As eleições de 2014 se deram num ambiente de crescente acirramento e polarização política. Pela primeira vez neste ciclo democrático, o resultado de uma eleição presidencial é contestado judicialmente pelo candidato derrotado. Os desencontros do governo Dilma no plano econômico, assim como o tensionamento das relações entre o Executivo e o Legislativo colocaram o governo em uma posição de vulnerabilidade. As ruas voltaram a ser ocupadas, agora não mais por jovens demandando melhorias nas políticas de saúde e educação ou maior representatividade na política, mas, sobretudo, por grupos conservadores, pautados pelo discurso anticorrupção, pelo liberalismo radical e

¹⁰² VIEIRA & BARBOSA 2018, p. 387.

¹⁰³ VIEIRA, 2018.

¹⁰⁴ VIEIRA & GLEZER, 2019, p. 67.

¹⁰⁵ VIEIRA & GLEZER, 2019, p. 67.

antiestatal, assim como pelo patriotismo, o militarismo e mensagens explicitamente antidemocráticas.¹⁰⁶

Para AVRITZER (2020), a campanha contra a corrupção que tomou conta da agenda política e judicial brasileira é caracterizada como um processo de “transformação de utopias em formas de ação totalitária”¹⁰⁷. Segundo ele, “Com a Lava Jato, o direito no Brasil seguiu o molde de experiências totalitárias, renunciando à ideia de que a lei deveria ser a única fonte para determinar o que é legal ou ilegal”¹⁰⁸.

A Lava Jato, teria operado, neste contexto, como “uma forma de desencaixe entre o sistema jurídico e o Estado de direito”, preconizando uma visão segundo a qual “o papel do Judiciário é ir além da norma legal com o objetivo de sancionar punições”¹⁰⁹, reconstruindo, portanto, elementos dos sistemas autoritários de justiça.

O cenário, então, foi desenhando – desde a início da Operação Lava Jato, até o *impeachment* da então Presidenta Dilma Rousseff – “uma mudança no padrão de funcionamento das instituições, que passaram a utilizar as suas competências e prerrogativas de maneira cada vez mais incisiva e arbitrária, com o objetivo de debilitar adversários ou entrincheirar-se no poder”¹¹⁰, aprofundando o processo de ruína da confiança institucional.

Mais do que isso, o discurso contra corrupção como um todo – que ganhara centralidade com a Operação Lava Jato, mas que passou a ocupar a centralidade do debate político na própria sociedade civil – foi pautada em “uma chave analítica ‘limpos’ contra ‘impuros’”¹¹¹, que não só justificou a atuação enviesada dos poderes constitucionais, como viabilizou a ascensão de figuras políticas até então pouco relevantes.

Com efeito, este cenário de crise de legitimidade no sistema político tradicional abriu espaço para um candidato que, a despeito de extensa carreira como parlamentar, encapou a imagem do *outsider*, que iria contra todo o *establishment* político nacional.

¹⁰⁶ VIEIRA & GLEZER, 2019, p. 67.

¹⁰⁷ AVRITZER, 2020, p. 20.

¹⁰⁸ AVRITZER, 2020, p. 20.

¹⁰⁹ AVRITZER, 2020, p. 21.

¹¹⁰ VIEIRA & GLEZER, 2019, p. 67.

¹¹¹ AVRITZER, 2020, p. 20.

Jair Bolsonaro “começou a se viabilizar politicamente, canalizando uma imagem, naturalmente falsa, de honestidade”¹¹², em oposição ao PT – já há muito vendido como o a medula da corrupção no Brasil –, mas também em contraponto ao centro político que se desmantelava, de um lado, pelo fracasso do governo Temer e, de outro, pelo envolvimento de partidos como PSDB, PP e DEM nos escândalos de corrupção¹¹³. Diante da “impureza” construída em torno do sistema político tradicional; Bolsonaro destacou-se por sua suposta “pureza”.

Assim, que em 2018, Jair Bolsonaro foi eleito em prol de uma agenda política que preconizava não apenas a “desconstrução das políticas adotadas pelos governos anteriores, o que é natural no processo de alternância democrática no poder, mas também de ataque à própria matriz constitucional de 1988.”¹¹⁴

De largada, o caráter autoritário de Jair Bolsonaro, bem como do seu grupo de apoio, quer na classe política, quer na classe civil, extrai-se das próprias condutas por ele perpetradas nos anos em que esteve à frente do Poder Executivo:

A convocação de manifestações contra o Congresso e o Supremo Tribunal Federal —somente adiadas por força da pandemia—, o flerte com motins que desestabilizam a autoridade de governadores e, finalmente, a estocada presidencial (no exterior!) contra o processo eleitoral, deixam claro que há um deliberado ataque aos pilares da democracia.¹¹⁵

Soma-se a isso, evento que merece especial destaque: em oito de janeiro de 2023, apoiadores do Presidente Jair Bolsonaro, que se encontravam já há dias acampados em frente a quartéis gerais por todo o Brasil, decidiram, em Brasília, invadir a praça dos três poderes e depredar os prédios do Congresso Nacional, Supremo Tribunal Federal e Palácio do Planalto.

Segundo matérias jornalísticas¹¹⁶, o ataque vinha sendo preparado desde o dia 3 de janeiro, e contou com 100 ônibus, trazendo 3.900 pessoas à Brasília para participar das invasões. Ao fim, mais de 1,3 mil pessoas foram detidas pela Polícia, parte das quais serão julgadas pela prática de crimes contra o Estado Democrático de Direito – razão pela qual também este cenário tem especial importância para o presente trabalho.

¹¹² AVRITZER, 2020, p. 10.

¹¹³ AVRITZER, 2020.

¹¹⁴ VIEIRA & GLEZER, 2019, p. 68.

¹¹⁵ VIEIRA, 2020, p. 3.

¹¹⁶ Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/8-janeiro-mes-ataques-golpistas-invasao-brasilia-o-que-se-sabe/>. Acesso em: 19/09/2023.

O ocorrido, de especial gravidade por se tratar de um ataque violento direcionado especificamente à sede dos três poderes que representam a Democracia Constitucional Brasileira, mostra a profundidade da ameaça à qual foi exposto o sistema neste período.

Não à toa, para VIEIRA *et al* (2022), a ascensão das forças políticas que apoiaram Bolsonaro, coroada com sua eleição para Chefe do Poder Executivo em 2018, foram das maiores provas à resiliência que, até então, era atribuída à Constituição Federal de 1988:

Nesse período, a democracia constitucional brasileira foi submetida ao maior teste de resiliência desde 1988. Jair Bolsonaro, um líder populista autocrático, promoveu um método singular de erosão institucional, exigindo uma postura combativa do STF, Corte dotada de múltiplas competências que lhe permitiram exercer de forma ampla a função de defesa da democracia brasileira.¹¹⁷

O denominado “populismo autocrático” cunhado pelos autores é entendido como um modelo de governo no qual:

(...) o lastro eleitoral e as prerrogativas institucionais são utilizadas como instrumento para fragilizar os limites constitucionais ao exercício do poder, procedimentos de participação da sociedade – especialmente de grupos críticos ao governo –, regras de transparência, garantias do estado de direito e, em especial, direitos de grupos demonizados pelos que apoiam o regime, que podem ser imigrantes, ativistas, indígenas, criminosos comuns, ou qualquer outro grupo considerado “inimigo” do povo. Quando os novos populistas dispõem de maioria parlamentar, (...) alterações legislativas, reformas e alteração da composição dos tribunais e emendas constitucionais tendem a ser as ferramentas naturais para se subtrair da Constituição sua essência democrática e liberal.¹¹⁸

Note-se que o populismo autocrático repete dos mecanismos do fascismo tradicional, descrito por Loewenstein e todos os autores supracitados, no que tange à utilização dos meios democráticos para subverter a própria ordem. Portanto, a democracia militante é instrumento de suma importância e que não só teve papel substancial no combate ao fascismo, como encontra cabimento no combate a esta forma autoritária de governo.

No Brasil, em que pese ser louvável a resiliência constitucional ao longo deste período de tendências autocráticas – decorrente da estrutura do texto constitucional, da dificuldade de formação de maioria parlamentar no Congresso, a independência do Poder Judiciário, entre outros – “não se deve negligenciar, no entanto, um processo

¹¹⁷ VIEIRA *et al*, 2022, p. 592.

¹¹⁸ VIEIRA & GLEZER, 2019, p. 75-76.

multifacetado e difuso de fragilização do sistema de direitos que, a bem da verdade, nunca se consolidou no Brasil”¹¹⁹.

Além do avanço de pautas antiestado e de redução de direitos sociais, o governo Bolsonaro foi marcado pela retórica vexatória às minorias políticas (mulheres, indígenas, negros, homossexuais), bem como por “recorrentes manifestações apologéticas à tortura e execuções por parte de agentes estatais e paraestatais”¹²⁰. Buscou, também a cooptação de agências fiscalizatórias, levando a um cenário no qual “as barreiras entre o legal e o ilegal vão sendo apagadas, transformando o que antes era violação em algo normal”¹²¹. E, por óbvio, acabou por legitimar – muitas vezes expressamente – a ação de setores radicais da sociedade contra grupos vulneráveis e às instituições democráticas, “fortalecendo convicções e práticas autoritárias, há muito arraigadas na sociedade brasileira”¹²²

Com isso, abriu-se espaço para que os direitos fundamentais fossem negligenciados ou ignorados – tanto pelo Estado, suas agências e instituições, como pela própria sociedade brasileira que, vale dizer, ainda se recorda da recente ditadura militar, com relação à qual se tentou criar, sistematicamente, “a nostalgia de um passado que nunca existiu”¹²³.

Por essas e outras, que o governo Bolsonaro pode ser entendido como um expoente da antipolítica, sendo esta a “reação à ideia de que instituições e representantes eleitos devem discutir, negociar e processar respostas a temas em debate no país”¹²⁴. Para AVRITZER (2020) “a antipolítica constitui uma negação de atributos como a negociação ou a coalizão. Ela se estabeleceu no Brasil a partir da suposta luta anticorrupção.”¹²⁵

Por isso, alertam VIEIRA & GLEZER (2019), que tanto a sociedade, quanto as instituições, devem ficar atentas aos avanços autoritários e, diante deles, reforçar seus compromissos democráticos e constitucionais:

¹¹⁹ VIEIRA & GLEZER, 2019, p. 75.

¹²⁰ VIEIRA & GLEZER, 2019, p. 75.

¹²¹ VIEIRA & GLEZER, 2019, p. 75-76.

¹²² VIEIRA & GLEZER, 2019, p. 75-76.

¹²³ STANLEY, 2020, p. 2.

¹²⁴ AVRITZER, 2020, p. 19.

¹²⁵ AVRITZER, 2020, p. 19.

O princípio da precaução, especialmente quando estamos imersos numa onda de populismo autoritário ao redor do mundo, determina que todos aqueles que têm compromisso com a democracia devem ficar atentos e reforçar a aliança em torno dos pressupostos essenciais da democracia e da convivência civilizada. (...) Nesse sentido, mais importante que determinar se já cruzamos a linha entre a democracia e o novo autoritarismo é compreender que há uma ação persistente voltada a fragilizar a democracia e os direitos fundamentais, e que a sobrevivência do regime democrático está diretamente associada à capacidade dos mais amplos setores da sociedade, bem como dos diversos atores institucionais, de reforçarem seus compromissos com a Constituição.¹²⁶

É o mesmo que dizer que as instituições brasileiras foram convocadas a usufruir dos mecanismos de democracia militante – constitucionais e infraconstitucionais – para que pudessem garantir voltar ao estado anterior de estabilidade constitucional.

A tentativa de fazê-lo, contudo, encontrou vitórias, mas também uma série de fragilidades. De um lado, como dito, verificou-se com uma importante resiliência constitucional ao longo do período.

De outro, o impacto de colocar o sistema de pesos e contrapesos constitucionais, em uma posição tão defensiva, como jamais havia ocorrido na história da recente democracia brasileira, é imenso – quer pelas fragilidades do sistema, expostas por diversos momentos de inércia institucional, quer pela falta de uma moldura institucional madura, em termos de evitar os excessos nos momentos em que a algum tipo de defesa institucional se mobilizou.

Trata-se do dilema que se apresenta inerente ao fenômeno de uma democracia que, de um lado, responde às ameaças contra ela perpetradas e, de outro, deve fazê-lo de forma contida, limitada. Como se vê, a teoria da democracia militante é uma chave importante de análise para este momento da história brasileira.

Algumas dessas circunstâncias são evidenciadas quando se vê que o bolsonarismo optou primordialmente pela promoção de suas pautas por meio “de algo que chamamos de *infralegalismo autoritário*”¹²⁷:

Esse método privilegiou a implementação de uma agenda populista e autoritária por meio da edição de decretos, nomeações e ações no âmbito administrativo, orçamentário e burocrático, amparadas por pressões parainstitucionais sobre agentes públicos e voltadas para a erosão ou

¹²⁶ VIEIRA & GLEZER, 2019, p. 76.

¹²⁷ VIEIRA et al, 2022, p. 592.

neutralização de diversos direitos e valores estabelecidos pela Constituição de 1988.¹²⁸

Como consequência, os atos antidemocráticos de Bolsonaro, em grande parte, fugiam ao controle do Poder Legislativo, de forma que recaiu primordialmente sobre o Poder Judiciário e, especialmente, sobre o Supremo Tribunal Federal – que, vale dizer, já enfrentava uma crise de legitimidade, juntamente com as demais instituições brasileiras – o combate dos ataques perpetrados contra a democracia e a Constituição¹²⁹.

Com efeito, especialmente o Supremo Tribunal Federal, após um momento de inércia inicial, “assumiu uma posição de proeminência na defesa da Constituição, reagindo de maneira progressiva à escalada anticonstitucional de Bolsonaro e transformando-se no principal obstáculo ao seu projeto autoritário”¹³⁰. Para os autos, a intervenção da Suprema Corte foi positiva, porque “não fosse a atuação do Supremo Tribunal Federal, as feridas abertas por Bolsonaro seriam ainda maiores”¹³¹.

No entanto, a Corte Constitucional – que já enfrentava os efeitos de uma crise institucional que se agravava ao longo dos anos – passou a sofrer críticas ainda mais profundas, haja vista que as medidas de enfrentamento ao autoritarismo foram, muitas vezes, consideradas polêmicas e heterodoxas¹³².

Em suma, os acontecimentos dos últimos anos foram temerários para a democracia brasileira. E, em que pese a derrota eleitoral enfrentada pela extrema direita, protagonizada por Jair Bolsonaro, em 2022, os efeitos da escalada autoritária ainda reverberam sobre a realidade social e política no Brasil.

Ademais, as próprias medidas tomadas pelas instituições brasileiras para defenderem sua existência, exigidas como resposta aos movimentos autoritários, também acarretaram importantes consequências para a realidade brasileira.

O jovem sistema democrático brasileiro – que lutou contra um regime autoritário, mas nunca se viu tão ameaçado por ele – foi convocado a tornar-se “militante”. Alçou, então, mão das armas que tinha para manter sua higidez. Armas estas que se demonstraram por vezes insuficientes, por vezes excessivas, por vezes

¹²⁸ VIEIRA et al, 2022, p. 592.

¹²⁹ VIEIRA et al, 2022.

¹³⁰ VIEIRA et al, 2022, p. 602.

¹³¹ VIEIRA et al, 2022, p. 602-603.

¹³² VIEIRA et al, 2022.

imprecisas. E tudo isso, não sem consequências para o desenvolvimento das instituições brasileiras.

3. 2. CONSTITUCIONALISMO DEFENSIVO BRASILEIRO

No curso do desenvolvimento do presente trabalho, tendo sido destrinchado o conceito de democracia militante, bem como a importância de sua aplicação e adaptação ao conceito brasileiro, parte-se, então, para a análise dos mecanismos jurídicos propriamente ditos de democracia militante no ordenamento brasileiro.

Para NUNES (2017), a adoção de uma narrativa democrática como pano de fundo para a Constituição Federal de 1988 traz, em si, algum grau de aproximação com uma democracia militante:

No caso brasileiro, a superação do regime autoritário e a tentativa de estabelecer uma democracia estável e competitiva significou em certa medida a adoção da ideia de uma democracia militante, assumindo boa parte do receituário presente no direito constitucional comparado.¹³³

A afirmação supracitada decorre de disposições constitucionais tais quais “vedações a determinadas formas de discurso de ódio, a proibição de grupos paramilitares ou partidos francamente autoritários viraram um ponto comum”¹³⁴, além do “próprio surgimento das limitações materiais ao poder de emendar as constituições – conhecidos como cláusulas pétreas, no Brasil (...)”¹³⁵.

Quanto a este último ponto, destaca o autor se tratar de “um indício do fortalecimento da ideia de que as constituições democráticas não podem ser destruídas por suas próprias regras.”¹³⁶

Com efeito, a Constituição Federal instaurou um “duplo patamar de rigidez constitucional”¹³⁷, consistente na adoção de critérios rígidos para a proteção do núcleo da Constituição, traduzido nas cláusulas pétreas do artigo 60, §4º; associado a critérios flexíveis para alteração dos demais dispositivos. Com relação a isso:

Conscientes da necessidade de mudanças periódicas em um texto tão amplo, os formuladores da Constituição de 1988 adotaram dois padrões de rigidez para alteração de seus dispositivos. A regra geral é bastante flexível: basta que 3/5

¹³³ NUNES, 2017.

¹³⁴ NUNES, 2017.

¹³⁵ NUNES, 2017.

¹³⁶ NUNES, 2017.

¹³⁷ VIEIRA & BARBOSA, 2018, p. 388.

de deputados e senadores, em dois turnos de votação, estejam dispostos a alterar o texto para que ele possa ser modificado. Assim, coalizões minimamente consistentes não tiveram maiores dificuldades para modificar os dispositivos constitucionais, em especial os de menor relevância e que tratem de tópicos muito específicos, nos quais seja mais fácil calcular perdas e ganhos decorrentes da mudança. Essa flexibilidade encontra limites, no entanto, no sistema de proteção aos pilares fundamentais que organizam o edifício constitucional de 1988, estabelecido pelo artigo 60, § 4º. De acordo com esse dispositivo, não podem ser objeto de deliberação propostas de emenda “tendentes a abolir” a forma federativa, o voto (a democracia), a separação de poderes e os direitos e as garantias individuais. Garante-se, assim, um patamar superior de proteção ao bloco constitucional brasileiro, quando comparado aos demais dispositivos da Constituição. Não seria incorreto afirmar, portanto, que temos um bloco constitucional super-rígido, circundado por dispositivos constitucionais mais flexíveis. A facilidade em reformar estes últimos, assegurando a preservação dos princípios basilares da arquitetura constitucional, permitiu uma intensa atualização, sem que a identidade do texto fosse alterada.”¹³⁸

Para além da importância da existência de cláusulas pétreas *per se* para que se possa falar em uma “democracia militante” no Brasil, é de suma importância destacar que aquilo que a Constituição Federal estabelece como cláusulas pétreas, notadamente o art. 60, §4º, pode ser entendido como o cerne da ordem democrática, como aquilo que lhe é fundamental. São os elementos cuja desvirtuação, segundo o próprio texto constitucional, incorrem na subversão da ordem por ela instituída. E isso não só inaugura um desenho institucional para a democracia militante, como traz também as bases para a aplicação do conceito na realidade brasileira.

Com efeito, prevê o referido dispositivo:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.¹³⁹

Analisando a redação do dispositivo legal ora debatido à luz dos conceitos estudados no capítulo anterior, pode-se concluir que a Constituição Federal estabelece que o núcleo fundamental da democracia brasileira abrange tanto aspectos procedimentais (incisos I, II e III), quanto materiais (inciso IV) – o que, por si só, é de suma importância para traçar os contornos de uma democracia militante no contexto jurídico brasileiro.

¹³⁸ VIEIRA & BARBOSA, 2018, p. 389.

¹³⁹ Art. 60, §4º, da CF/1988.

Isso porque, se o texto constitucional é contramajoritário não apenas naquilo que se denominou como caráter “autocorretivo” (traduzido na impossibilidade de alteração da forma federativa, votação e separação dos Poderes), mas, também, naquilo que se cunhou como democracia substantiva (expressa na irrevogabilidade dos direitos e garantias fundamentais); tanto um, como outro, devem ser objeto da proteção oferecida pelos mecanismos de democracia militante.

Em razão disso, o presente trabalho, que já se posicionou quanto à possibilidade da proteção militante alcançar aspectos formais e materiais da democracia, reforça, para análise do caso brasileiro, um conceito de democracia militante que associa as duas perspectivas de fundamentação do conceito de democracia. Para tanto, alinha-se à proposta de PONTES (2020) sobre quais as garantias a serem resguardadas pelas medidas militantes no contexto constitucional brasileiro, quer de um ou outro aspecto:

Do lado da autocorreção, partindo-se da releitura de Bastiaan Rijpkema sobre as contribuições de George van den Bergh, emergem (i) a proteção do sufrágio ativo, (ii) a garantia do pluripartidarismo e do sufrágio passivo e (iii) a tutela da liberdade de expressão. Já do lado da substância, conforme também visto a partir dos (maus) exemplos fornecidos pelos processos de apodrecimento constitucional em outros países, destacam-se (iv) a defesa da igualdade formal, (v) a coibição de atos de violência e discursos de ódio, que ameaçam direitos fundamentais, e (vi) a garantia de mecanismos elementares de separação de poderes.¹⁴⁰

Outrossim, a CF/1988 não apenas é expressa na proteção de ambos os aspectos da democracia, dando lhes rigidez constitucional, como também traz à baila mecanismos para combater eventuais afrontas à uma ou outra coisa. Tais mecanismos indicam uma característica “militante” do direito constitucional na proteção às instituições democráticas. PONTES (2020) destaca na Constituição Brasileira uma série de elementos de proteção à ordem democrática por ela instituída.

Primeiramente, PONTES (2020) trata das medidas restritivas de prevenção, especialmente o art. 17, da CF/88, que impede a inscrição de partidos políticos que afrontem os preceitos democráticos e os direitos fundamentais.

Para além disso, o autor destaca também as medidas restritivas de reação, aplicáveis aos cenários em que “o poder político já está dominado por forças

¹⁴⁰ PONTES, 2020, p, 206-207.

antidemocráticas”¹⁴¹, dentre as quais, podem ser destacadas, no ordenamento jurídico brasileiro, as seguintes: *i) impeachment*, em especial nas hipóteses de crime de responsabilidade (art. 85, incisos I, II, III, CF/88); *ii) perda de mandato parlamentar* (art. 55, II, c/c §1º, CF/88); *iii) ação popular* (art. 5º, LXXIII, CF/88); e *iv) aplicação da Lei de Segurança Nacional*, vigente à época de publicação do trabalho, mas revogada e substituída pela Lei nº 14.197/2021, que instituiu no Código Penal os “Crimes Contra as Instituições Democráticas” e que é o efetivo objeto do presente estudo.

Por fim, elenca, ainda, as medidas imunizantes, que são “expedientes menos invasivos de combate ao autoritarismo, que funcionam como tônicos, a longo prazo, das instituições, da cultura e dos valores democráticos”¹⁴², dentre os quais se encontram a promoção da igualdade material, uma educação voltada para o fortalecimento do consenso democrático, resgate da memória da ditadura civil-militar pela perspectiva democrática.

Em complemento, VILENHA (2023) destaca como elementos do “modelo brasileiro de democracia constitucional defensiva”¹⁴³: o presidencialismo de coalizção, encontrado na sobreposição entre multipartidarismo e sistema eleitoral proporcional para a Câmara dos Deputados, e cuja consequência é um modelo altamente consensual; o papel do Supremo Tribunal Federal na “guarda” da Constituição Federal, inclusive sobre as questões relativas ao sistema político (por exemplo, na análise de emendas constitucionais feitas pelo Congresso); a competência do Ministério Público para realizar a “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”¹⁴⁴; a ampla e detalhada carta de direitos fundamentais (incluídos os mandados de criminalização, que serão apresentados a seguir); as limitações impostas à criação de partidos políticos (art. 17, CF/1988), que também serão discutidas mais adiante; a existência de cláusulas pétreas; intervenção federal, Estado de Sítio e Estado de Defesa; *impeachment* (art. 85, CF/1988); além da aprovação da Lei nº 14.197/2021 (Lei de Defesa do Estado Democrático de Direito), que revogou a antiga Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170, de 1983).

¹⁴¹ PONTES, 2020, p. 253.

¹⁴² PONTES, 2020, p. 286.

¹⁴³ VIEIRA, 2023, p. 21.

¹⁴⁴ Art. 127, CF/1988

No presente trabalho, dois destes elementos serão mais profundamente trabalhados.

O primeiro deles é a limitação à criação dos partidos políticos na Constituição Federal. Embora o dispositivo não tenha relação direta com o objeto do estudo em si, é de suma importância tratar da possibilidade de banimento ou impedimento de determinados partidos políticos, pela importância que a pauta possui no debate acerca da democracia militante.

Neste ponto, o artigo 17 da Constituição Federal de 1998 permite inferir uma medida militante, ao dispor que “é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, *resguardados* a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”¹⁴⁵.

Disso decorre que o ordenamento constitucional brasileiro **proíbe** a criação de partidos políticos que afrontem o regime democrático e os direitos fundamentais da pessoa humana. Mais uma vez, aqui, pode-se extrair a preocupação com aspectos procedimentais e substantivos; além do que, a discussão sobre banimento de partidos, tão sensível aos teóricos da democracia militante, encontra resolução expressa na CF/88.

Trata-se de medida notoriamente militante, vez que impede que atores antidemocráticos se utilizem da arena democrática para propagar um discurso que contrário à sua existência. Van den Bergh – assim como os teóricos recentes do assunto – levantou a questão sobre a legitimidade de tal medida, mas, à luz da CF/88, a resposta é clara: partidos antidemocráticos, que violem os processos democráticos ou os direitos fundamentais, sequer podem ser criados.

Não se pode ignorar que, sim, é necessário compreender e desenvolver quais os graus de afronta a estes princípios que ensejam a supressão do direito de livre criação de partidos políticos. Mas fato é que tal proibição está vigente, hoje, no Brasil.

Por outro lado, vale destacar, que o artigo 17 da Constituição não é capaz de limitar condutas individuais de ataques à democracia, vez que não limita nem mesmo

¹⁴⁵ Art. 17, *caput*, CF/88.

candidaturas individuais que afrontem tais princípios. Tal opção constituinte poder ser uma boa medida para evitar intervenções militantes prematuras¹⁴⁶.

No entanto, em contextos como o brasileiro, de presidencialismo com alta fragmentação partidária e, conseqüentemente com candidaturas individuais poderosas, candidatos que “recusem os princípios centrais da democracia e do constitucionalismo, podem produzir danos muito maiores para a sociedade se comparadas a um partido por vezes heterogêneo ou de pequena expressão nacional”, o que pode tornar necessário “o uso de providencias de autodefesa democrática contra indivíduos”¹⁴⁷.

Trata-se de limitação que não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Por outro lado, a margem existente para atuação nesse sentido encontra-se no art. 14, §9º, CF/88, o qual cria reserva de lei complementar para o estabelecimento de novos casos de inelegibilidade, o que pode ser utilizado pelo legislador ordinário para hipóteses de autodefesa da democracia¹⁴⁸.

Ainda com relação às afrontas individuais à democracia, a Constituição Federal traz uma segunda resposta – este, sim, diretamente relacionado com a presente pesquisa. Com efeito, a Carta Magna traz, em seu art. 5ª, inciso XLIV, um mandado de criminalização expresse para afrontas ao sistema democrático:

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.¹⁴⁹

O referido dispositivo evoca a proteção jurídico penal para tutelar um objeto específico: “a ordem democrática constitucional em seu conteúdo essencial”¹⁵⁰. Ademais, o referido mandado de criminalização é expresse ao delimitar a proteção contra *grupos armados*, sejam eles civis ou militares; desde que presentes os objetivos políticos descritos.

FELDENS (2013) alerta, ainda, para o risco de que tal preceito constitucional seja evocado para a criminalização de lutas sociais, o que não pode ser admitido, haja vista que a proteção está vinculada a um objetivo específico de ataque à ordem democrática propriamente dita.

¹⁴⁶ RIPJKEMA, 2018.

¹⁴⁷ PONTES, 2020, p. 253.

¹⁴⁸ PONTES, 2020.

¹⁴⁹ Art. 5º, XLIV, CF/1988.

¹⁵⁰ FELDENS, 2013, p. 401.

Em todo caso, diante disso, fica demonstrada a compatibilidade da ordem constitucional brasileira com a utilização do Direito Penal Político, como forma de proteção às instituições democráticas:

Nessa linha, não parece haver incompatibilidade, em tese, entre leis que tipificam condutas voltadas ao aniquilamento do Estado de Direito e o princípio democrático, que informa toda a nossa carta política. Muito pelo contrário, a necessidade de proteção do núcleo básico desse princípio – razão de ser da teoria da democracia militante – pode exigir a elaboração de leis criminais, como antecipou o Constituinte ao redigir o art. 5º, inciso XLIV, CF/88.¹⁵¹

Diante do mandato expreso de criminalização dos atentados violentos à democracia, deverão ser analisados os mandamentos infraconstitucionais que preenchem a eficácia limitada do dispositivo. É o que será analisado no capítulo seguinte.

¹⁵¹ PONTES, 2020, p. 282.

4. DIREITO PENAL POLÍTICO E CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

4.1. A REVOGADA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL

Como demonstrado no capítulo anterior, a Constituição Federal vincula o legislador ordinário à criminalização das condutas de grupos armados que atentem contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF/1988).

Parte da doutrina compreendia que este mandato constitucional de criminalização restava satisfeito pelo quanto disposto na Lei 7.170/1983, a Lei de Segurança Nacional; o que é, contudo, questionado em face de uma possível não recepção da Lei pelo texto constitucional.

A referida lei, nos termos da ementa oficial, “define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências”¹⁵². Mais especificamente, prevê crimes de lesão ou exposição a perigo de lesão “o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito”¹⁵³.

É notável que uma lei promulgada no bojo de uma ditadura militar, que por décadas perseguiu os defensores da democracia, tenha como objeto a proteção criminal a crimes que “lesam ou expõem a perigo de lesão” (art. 1º, *caput*, Lei nº 7.170/1983), o Estado Democrático; ainda mais, sob a pecha da Doutrina da Segurança Nacional.

Afinal, conforme o alerta de FELDENS (2013), “haurida em período de matriz autoritária, é realmente pitoresco [a Lei de Segurança Nacional] que possa servir, ela mesma, à tutela de um Estado Democrático”¹⁵⁴. Isso porque a concepção de democracia então vigente consistia em uma regra formal de maioria, traduzida na existência de um parlamento sufocado por um regime autoritário. Nas palavras do autor:

Embora seu art. 1º refira que a Lei prevê crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão "o regime representativo e democrático", tem-se a democracia, no particular, como reduzida a uma regra formal da maioria, no âmbito de um parlamento em regime de exceção (que naqueles tempos haveria de servir para

¹⁵² Lei nº. 7.170/1983.

¹⁵³ Art. 1º, II, da Lei nº. 7.170/1983.

¹⁵⁴ FELDENS, 2013, p. 401.

“parlar”, como pronunciado por um general guindado ao cargo de Presidente).¹⁵⁵

Com efeito, o regime “democrático” supostamente tutelado pela referida lei, apenas ganhou guarida constitucional em 1988 – ou seja, cinco anos depois –, quando foram: *i*) instituídas as bases para a sustentação de um regime (efetivamente) democrático; e *ii*) enterrada a Doutrina de Segurança Nacional, absolutamente incompatível com o Estado de Direito.

Quanto ao primeiro ponto, tem-se que a Constituição Federal de 1988 inaugura a redemocratização da sociedade brasileira, trazendo amplas disposições sobre os direitos fundamentais e políticos e alçando a democracia – tanto em sua perspectiva procedimental como substantiva – à estatura de cláusula pétrea. Portanto, a democracia, nesta concepção, não poderia restar protegida por uma lei anterior a sua instituição.

Por essa razão, FELDENS (2013) entende que a LSN não apenas seria incapaz de satisfazer o mandado de criminalização supracitado, como sequer seria compatível com a nova ordem constitucional. Neste ponto, uma eventual recepção da norma em face da Constituição Federal de 1988 estaria condicionada a um processo de mutação normativa, consistente na “obrigatória distinção entre texto e norma (Guastini, 2005: 23-26), em franca recuperação de sentido de seus enunciados textuais, à luz da realidade política e social do momento”¹⁵⁶.

Quanto ao segundo, tem-se que a própria lógica de “Segurança Nacional”, que orientava a revogada Lei nº 7.170/1983, foi absolutamente enterrada pela nova Carta, especialmente por sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a Doutrina de Segurança Nacional fora desenvolvida no pós-segunda guerra mundial, sobretudo nas escolas militares dos Estados Unidos, “de emulações militares e antagonismo total com os países comunistas”¹⁵⁷. Tais ideais foram os que deram suporte ideológico à implantação do regime militar no Brasil, após o golpe de 1964, assim como de tantos outros na América Latina.

Em nome da segurança nacional, disseminou-se nos países periféricos do bloco ocidental um truculento sentimento anticomunista, fundamento da repressão, da censura e da perseguição política. Quase todos os países da América Latina

¹⁵⁵ FELDENS, 2013, p. 401.

¹⁵⁶ FELDENS, 2013, p. 401.

¹⁵⁷ REALE JÚNIOR & WUNDERLICH, 2020, p. 19.

sofreram o impacto antidemocrático da ideologia da segurança nacional, com o colapso das instituições constitucionais e a ascensão de regimes militares.¹⁵⁸

Não à toa, a Constituição de 1967, outorgada sob a égide da guerra fria e do anticomunismo, trouxe um capítulo inteiro sobre a “Segurança Nacional”, pautado em um regime de exceção e na violência de Estado contra os eleitos como “inimigos”. Durante o período militar, algumas “leis de segurança nacional” foram aprovadas para regular a questão, tendo sido a Lei nº. 7.170/1983 a última delas, que vigorou até o ano de 2021¹⁵⁹.

Esta última, conforme se extrai da “exposição de motivos”, foi deliberadamente mantida apartada do Código Penal, para conservar seu caráter de legislação especial, haja vista a “necessidade de sua freqüente alteração para atender a contingências político-sociais. Dificilmente se harmonizará tal necessidade com o caráter mais duradouro e menos flexível das normas codificadas”. É expressa, portanto, a intenção de criar exceções à legalidade, caso necessário à proteção da ordem estatal, diante de novos, ou velhos, inimigos.

Ademais, BARROSO (2003), destaca que a Lei nº 7.170/83, emprega uma terminologia superada na definição dos crimes. Trata-se de linguagem:

(...) impregnada de subjetivismo ideológico e facciosismo político, como por exemplo: incitar à subversão da ordem política ou social, à animosidade entre as Forças Armadas e as instituições civis ou à luta com violência entre as classes sociais (art. 23); fazer funcionar partido político ou associação dissolvidos por força de disposição legal ou de decisão judicial (art. 25); imputar ao Presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal fato definido como crime ou ofensivo à reputação (art. 26), independentemente de ser verdadeiro ou falso.¹⁶⁰

No plano material, a referida Lei determina que sua aplicação deverá observar o Código Penal Militar, parte geral e especial; ao passo que, no plano processual, prevê a competência da Justiça Militar para julgamento e processamento dos crimes previstos, sob a incidência também do Código de Processo Penal Militar. Segundo BARROSO (2003), “nenhuma dessas disposições pode subsistir à luz da Constituição de 1988”.

O paradoxo que se compõe entre a teologia da norma – de proteção do sistema democrático – e as próprias disposições autoritárias decorre do fato de sua promulgação

¹⁵⁸ BARROSO, 2003.

¹⁵⁹ BARROSO, 2003.

¹⁶⁰ BARROSO, 2003.

ter ocorrido no final do regime militar, em um momento de abrandamento do autoritarismo em prol do início de um – “lento, gradual e seguro”, para citar o então militar e Presidente João Figueiredo – processo de redemocratização.

Até por isso, REALE JÚNIOR & WUNDERLICH (2020) afirmam que “em nosso sentir, é uma lei de transição, não passou de tentativa legislativa de superação do Modelo Autoritário de Segurança Nacional, o que não ocorreu integralmente”¹⁶¹. Quanto a isso, elucidam os autores que:

(...) a Lei n. 7.170 de 1983 altera o quadro político e filosófico das leis anteriores, possibilitando uma maior abertura na discussão da proteção do regime democrático, que acabou por vir em 1988. (...) Enquanto lei de transição, a Lei de Segurança Nacional de 1983 não abandonou às inteiras o autoritarismo e adotou definitivamente um Modelo de Defesa do Estado e suas Instituições Democráticas, até porque o Estado e suas Instituições, na concepção constitucional, só foi instituído em 1988, cinco anos após a publicação da Lei.¹⁶²

Com efeito, quando da promulgação da Lei, em 1983, o estado de exceção ainda era regra, o que não deixou de influenciar na sua redação:

Embora promulgada no período menos agudo do regime militar – após o fim dos atos institucionais e da lei da anistia –, ainda foi contemporânea da intolerância política e do conflito ideológico mundial. De fato, em 1984, quando da votação da emenda constitucional destinada à introdução das eleições diretas, a capital federal esteve sob medidas de emergência e o movimento que apoiava a modificação foi, em diversas ocasiões, intimidado e reprimido. O muro de Berlim, marco simbólico da guerra fria, somente veio a ser derrubado mais adiante, em final de 1989, quando já em vigor a nova Carta.¹⁶³

Bem por isso, BARROSO (2003) destaca que “produto de uma outra época, a Lei de Segurança Nacional, tanto na sua filosofia como nos princípios e conceitos que utiliza, não se harmoniza com o Estado democrático de direito introduzido pela Constituição de 1988”¹⁶⁴.

Não se pode ignorar que “há, é certo, residualmente, dispositivos que não são em si inconstitucionais e que tutelam bens jurídicos que devem ser preservados em qualquer circunstância”¹⁶⁵. No entanto, tal constatação não é apta a sustentar a validade de sua aplicação, bem porque:

¹⁶¹ REALE JÚNIOR & WUNDERLICH, 2020, p. 52.

¹⁶² REALE JÚNIOR & WUNDERLICH, 2020, p. 48.

¹⁶³ BARROSO, 2003.

¹⁶⁴ BARROSO, 2003.

¹⁶⁵ BARROSO, 2003.

(...) contaminam-se por integrar um diploma que, no seu conjunto, não fez validamente a travessia entre a ordem autoritária e a ordem democrática. A aplicação isolada desses artigos, servindo-se da legislação processual regular, apesar de possível, não restará harmônica com os já mencionados fundamentos e dispositivos autoritários da Lei em comento.¹⁶⁶

Neste ponto, vale destacar, a superação da Doutrina de Segurança Nacional não parece ser possível de maneira apenas parcial, até porque, segundo REALE JÚNIOR & WUNDERLICH (2020), ela tende sempre ao absoluto:

Em síntese, a Segurança Nacional tende para o absoluto e os Estados como o Brasil, que tomaram como base este conceito, empregaram violências de Estado contra seus inimigos. A questão fica mais clara nas palavras contundentes de Joseph Comblim, ao diagnosticar a situação em que se encontravam os governos militares latino-americanos, ao afirmar que (g) a Segurança Nacional é “insaciável”, pois “descobre cada vez mais inimigos”.¹⁶⁷

No mesmo sentido, BARROSO (2003), em minuta de exposição de motivos apresentada à comissão constituída pelo Ministro da Justiça para a elaboração de um anteprojeto de lei para a superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, já falava na necessidade de se deixar de aplicar a antiga Lei de Segurança Nacional, para substituí-la por uma “nova lei, não mais inspirada pela ideologia da segurança nacional, mas voltada para a defesa do Estado Democrático de Direito”¹⁶⁸.

REALE JÚNIOR & WUNDERLICH (2020), em consulta oferecida em face de solicitação da Ordem dos Advogados do Brasil, opinaram pela inconstitucionalidade da Lei de Segurança Nacional de 1983, “por ser absolutamente incompatível com os princípios consagrados no art. 1º de nossa Constituição”¹⁶⁹, bem como pela necessidade da aprovação de uma nova legislação sob o tema.

Por tudo isso, é que se assentou o posicionamento segundo o qual a Lei de Segurança Nacional não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual não resta dúvida quanto à omissão legislativa em face do mandado constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIV, da CF/1988.

Muito já foi debatido sobre qual forma e conteúdo deveriam tomar uma lei para que fosse considerada apta a revogar a Lei de Segurança Nacional e,

¹⁶⁶ BARROSO, 2003.

¹⁶⁷ REALE JÚNIOR & WUNDERLICH, 2020, p. 34.

¹⁶⁸ BARROSO, 2003.

¹⁶⁹ REALE JÚNIOR & WUNDERLICH, 2020, p. 74.

concomitantemente, cumprir o dever explícito de criminalização supracitado. LEITE & TEIXEIRA (2020), em consulta já mencionada realizada à Ordem dos Advogados do Brasil sobre a Lei de Segurança Nacional, traçaram alguns desafios a serem enfrentados.

Primeiramente, os autores destacaram um **desafio histórico conceitual**, que consiste na dificuldade de superar o modelo anacrônico de Segurança Nacional, sem que restem, contudo, lacunas na proteção do Estado de Direito. Isso porque há uma urgência legislativa decorrente da demanda por superação da LSN e, ainda, da necessidade de proteção das instituições democráticas em face dos crescentes ataques discursivos, sobretudo por meio das redes sociais. E, como se sabe, “a urgência é uma péssima conselheira em matéria penal”¹⁷⁰.

Diante disso, deve-se conservar da lei antiga aquilo que permanece indispensável à proteção do Estado Democrático – notadamente a proteção contra ameaças externas –; mas, também, construir “uma atmosfera ampla que possibilite a construção de um modelo alternativo de defesa do Estado de Direito que possa ser superior ao que vigora”¹⁷¹, além de capaz de enfrentar as novas ameaças – discursivas e virtuais – que o Estado de Direito ora enfrenta.

Ademais, há um **desafio legal**, decorrente da própria resistência que demonstrou a Lei de Segurança Nacional, quer em face das críticas da sociedade civil, quer em face da nova ordem constitucional que deveria ter colocado em cheque sua legitimidade. Em especial, destaca-se a necessidade de um maior enfoque sobre o nível *institucional* de proteção, em detrimento do *individual*, haja vista que este último, embora menos efetivo, é predominante tanto na LSN quanto no Código Penal.

Quanto a isso, vale esclarecer que LEITE e TEIXEIRA (2020) classificam o objeto dos chamados crimes contra o Estado Democrático de Direito em três níveis distintos de proteção, notadamente: individual, grupal e institucional.

O nível individual abarca a proteção à honra de pessoas naturais, com especial proteção aos agentes públicos do alto escalão estatal no exercício de suas funções. O grupal protegeria os “agrupamentos humanos mais vulneráveis e frágeis da sociedade, em regra carentes de uma proteção especial do Estado” (LEITE & TEIXEIRA, 2020).

¹⁷⁰ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 45.

¹⁷¹ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 46.

E, por fim, o nível institucional tutela as instituições fundamentais do Estado de Direito propriamente dito:

Cuida do funcionamento de instituições fundamentais ao Estado de Direito (um Poder Judiciário independente, um Poder Executivo sub lege etc.), de modo que elas desempenhem integralmente o seu mister constitucional. Essa dimensão transcende os (transitórios) personagens que ocupam posições nas (perenes) estruturas institucionais – distinguindo-se do nível individual – e diz com instituições fortes, sólidas e capazes de autodefesa – distinguindo-se do nível grupal.¹⁷²

Para os autores, o aspecto individual abrange “reedições modernas dos crimes de lesa-majestade presentes Livro V, Capítulo VI das Ordenações Filipinas, e que até hoje vivem sob nova rubrica – resiliente injusto, o de ‘maldizer o rei’”¹⁷³. Mais do que anacrônico, é um contrassenso tal proteção, porque “o contexto da crítica pública a agentes no exercício de suas funções diminui a necessidade de proteção da honra”¹⁷⁴, e não o contrário.

É por isso que o aspecto individual não deveria ser objeto de proteção do capítulo da proteção do Estado de Direito, havendo, para eles, o capítulo próprio dos crimes contra a honra. Ademais, na sua interpretação, deveria ser considerada a especial prevalência que adquire a liberdade de expressão quando exercida no debate público, em especial para revisar os art. 141, I e III e 138 § 3º do Código Penal.

De outra sorte, “o foco deve estar no aspecto institucional, na imprescindível proteção direta das instituições em si”¹⁷⁵. A proteção, aqui, deve ser muito restrita, limitada ao núcleo fundamental do sistema constitucional, sem que se ativem sistemas de exceção, sob pena de cair-se novamente na lógica da segurança nacional.

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. (...) 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 fronteiras.¹⁷⁶

¹⁷² LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 7.

¹⁷³ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 56.

¹⁷⁴ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 56.

¹⁷⁵ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 51.

¹⁷⁶ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 40.

Em adição, os autores apresentam um **desafio político-criminal**, consistente no risco de que o parco desenvolvimento dogmático nesta área abra a porta para que a lógica da segurança nacional penetre neste suposto novo modelo de proteção do Estado, em especial por meio de tipos penais infelizes, que tragam uma excessiva antecipação da tutela penal a estágios prévios ao perigo e à lesão. O que se deve ter em mente é que “a iniquidade não desaparece quando cometida em nome do Estado de Direito, antes revela que este talvez não vigorasse plenamente”¹⁷⁷.

Há, ainda, um **desafio conceitual**, haja vista que os conceitos manejados em qualquer legislação que pretenda regular o tema são, inevitavelmente, abertos: Estado de Direito, democracia, princípios constitucionais... De um lado, a amplitude dos conceitos traz uma grande dificuldade de adequação em face do princípio da legalidade:

O Estado de Direito ou as instituições democráticas podem se defender de diversas formas, antes que se lance mão dos instrumentos repressivos do Direito Penal. Quando o recurso à proteção especificamente jurídico-penal se faz necessário – e esse momento sempre chega –, emerge dificuldade de difícil superação: os eventuais tipos penais devem atender às exigências do princípio constitucional da legalidade (art. 5º XXXIX CF). É especialmente delicado realizar integralmente as altas expectativas – com toda razão de sê-lo – lançadas pela exigência de determinação conceitual em um âmbito em que pululam expressões pendentes de definição precisa: “segurança nacional”, “Estado de Direito”, “instituições democráticas”, “democracia”.¹⁷⁸

De mais a mais, como dito, o risco são os tipos penais excessivamente abertos que, associados aos desafios histórico-conceitual e político-criminal, podem “estimular a manutenção de um mecanismo de exceção”¹⁷⁹.

A sugestão dos autores é que ao menos alguns “elementos mínimos, aqueles passíveis de serem qualificados como essenciais e indispensáveis para o real funcionamento de um Estado de Direito, teriam de ser previamente estabelecidos em legislação – conviria partir de um modesto ‘minimalismo democrático’.”¹⁸⁰

Aqui, exige-se mais do que declamações esotéricas em favor de uma proteção absoluta (mas insincera) da liberdade de expressão ou uma apaixonada (mas retórica) defesa incondicional das instituições, próprias de outros modelos de Estado. Para valer-se de mais um conceito weberiano, seria salutar uma espécie “desencantamento” da discussão para formular uma proposta legislativa sólida. É preciso, a todo custo, que o legislador do porvir evite as “indeterminações evitáveis” – na feliz designação de Greco. Auxilia observar as experiências estrangeiras.¹⁸¹

¹⁷⁷ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 47-48.

¹⁷⁸ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 6.

¹⁷⁹ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 48.

¹⁸⁰ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 47-48.

¹⁸¹ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 49-50.

Por fim, insta destacar o **desafio jurídico-dogmático**, que é a necessidade de tradução, em boa técnica, de todas as cautelas acima expostas, na busca por adequadas categorias dogmáticas para a elaboração, interpretação e aplicação dos tipos penais.

Aqui, há muito a fazer. Seria preciso elaborar o método de agressão, a estrutura de delito adequada – provavelmente sob a forma de “delito de aptidão” ou de “perigo abstrato-concreto” – e, possivelmente, formular uma cláusula de restrição que poderia traduzir-se em “elemento da valoração global” ou em cláusula de “adequação social”. O bem jurídico protegido teria de ser meticulosamente concretizado, em face da sua enorme abstração. O fundamental, a esta altura, é afirmar a desnecessidade e o caráter de uma diminuta, mas perniciosa Parte Geral própria – como há na vigente LSN –, de modo a evitar uma dogmática de exceção para esse setor. O locus dos crimes contra o Estado de Direito deve ser, idealmente, o Código Penal.¹⁸²

Isto posto, e tendo em vista que a Lei de Segurança Nacional já fora revogada pela Lei nº 14.197/2021, que instituiu, no Código Penal, os crimes contra o Estado Democrático de Direito, resta saber se esta nova legislação foi capaz de superar os vícios da anterior, bem como sua adequação ao texto constitucional.

4.2. A LEI Nº 14.197/2021 E OS CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como demonstrado, as críticas à antiga Lei de Segurança Nacional foram muitas, desde que Constituição Federal rompeu com o modelo autoritário de Estado para inaugurar, enfim, uma república constitucional, cujo núcleo essencial é a democracia, em seu aspecto procedimental e material.

Este extenso debate encontrou respaldo também no Congresso Nacional, onde alguns projetos de leis foram apresentados e debatidos, visando resolver a questão. Até 2021, contudo, os esforços foram em vão.

Enfim, prevaleceu a iniciativa do Projeto de Lei nº 2462/1991, ao qual foram apensados os PLs nº 6764/2002, 3064/2015, 5480/2019, 6165/2019, 2464/2020, 3550/2020, 3430/2020, 3864/2020, 954/2021, 3054/2000, 3163/2000, 3381/2020, 3697/2020 e 506/2021. Os projetos de lei relacionados ao tema não serão, aqui, analisados um a um, mas demonstram que as movimentações legislativas sobre o tema foram intensas e já bastante antigas, ao passo que a efetiva promulgação da lei apenas

¹⁸² LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 50.

ocorreu quando as ameaças ao sistema democrático já se demonstravam em franca ascensão.

No parecer de Plenário elaborado pela Comissão Especial destinada a proferir parecer ao PL nº 2462/1991 e apensados, consta que o referido projeto de lei foi amplamente debatido com a sociedade civil, por meio de audiências públicas, bem como com especialistas, por meio de pareceres, reuniões, eventos. Após o processo deliberativo, a referida Comissão entendeu pela constitucionalidade e juridicidade da redação da proposta, com exceção da disposição constante do Projeto de Lei nº 6165/2019, que buscava “conferir, por lei ordinária, competência ao Supremo Tribunal Federal para o processamento e julgamento dos crimes previstos na Lei de Segurança Nacional.”¹⁸³

O pronunciamento da Comissão Especial destacou, além da necessidade de superação da Lei de Segurança Nacional em prol de uma legislação consonante com os princípios democráticos, a escolha por inserir no próprio Código Penal um capítulo para a tutela dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, de forma a abandonar o caráter excepcional e extravagante que maculava a anterior Lei de Segurança Nacional. Ademais, buscou-se evitar a criminalização de condutas cujo enquadramento já ocorria com relação a tipos penais já existentes, bem como a extirpação dos crimes contra a honra até então constantes da LSN.

Assim, o texto final da Lei nº 14.197/2021 acabou por incluir, na sistemática do Código Penal, o Título XII, “Dos Crimes Contra O Estado Democrático De Direito”. O referido Título restou dividido em cinco capítulos (haja vista que um deles foi vetado), quais sejam: Capítulo I, “Dos Crimes Contra A Soberania Nacional”; Capítulo II, “Dos Crimes Contra As Instituições Democráticas”; Capítulo III, “Dos Crimes Contra O Funcionamento Das Instituições Democráticas No Processo Eleitoral”; Capítulo IV, “Dos Crimes Contra O Funcionamento Dos Serviços Essenciais”; Capítulo VI, “Disposições Comuns”.

Com isso, foram criados sete novos tipos penais, dispostos nos artigos 359-I a 359-R:

¹⁸³ CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2021.

Para tanto, esta legislação estabelece sete tipos penais, tipificando tanto crimes políticos externos nos ilícitos contra a soberania nacional, quais sejam atentado à soberania (art. 359-I); atentado à integridade nacional (art. 359-J); e espionagem (art. 359-K); os crimes contra o funcionamento dos serviços essenciais, no caso, o crime de sabotagem (art. 359-R). Mas também estabelece crimes políticos internos, como s.o os casos dos crimes contra as instituições democráticas: a abolição violenta do Estado Democrático de Direito (art. 359-L); e golpe de estado (art. 359-M); e, ainda, os crimes contra o funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral: interrupção do processo eleitoral (art. 359-N), violência política (art. 359-P).¹⁸⁴

No que tange ao tema do presente trabalho, merecem especial atenção os artigos 359-L a 359-P, pela relação direta que eles estabelecem com a proteção do sistema democrático propriamente dito. Trata-se dos crimes contra as instituições democráticas (Capítulo III) e contra o seu funcionamento no processo eleitoral (Capítulo IV), que protegem aquilo que pode ser considerado como mais nuclear em uma democracia (e que, portanto, deve ser objeto de sua atuação militante): o “Estado Democrático de Direito”, os “poderes constitucionais”, o “governo legitimamente constituído”, o “processo eleitoral” e o “exercício dos direitos políticos”¹⁸⁵.

Ademais, incluiu-se equiparou-se ao tipo penal de “incitação ao crime”¹⁸⁶, “quem incita, publicamente, animosidade entre as Forças Armadas, ou delas contra os

¹⁸⁴ STRECK, 2022, p. 30.

¹⁸⁵ CAPÍTULO II

DOS CRIMES CONTRA AS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

Abolição violenta do Estado Democrático de Direito

Art. 359-L. Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais:

Penal - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

Golpe de Estado

Art. 359-M. Tentar depor, por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído:

Penal - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência.

CAPÍTULO III

DOS CRIMES CONTRA O FUNCIONAMENTO DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS NO PROCESSO ELEITORAL

Interrupção do processo eleitoral

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:

Penal - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

(VETADO)

Art. 359-O. (VETADO).

Violência política

Art. 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:

Penal - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

(VETADO)

Art. 359-Q. (VETADO)

¹⁸⁶ Artigo 286, do Código Penal.

poderes constitucionais, as instituições civis ou a sociedade”¹⁸⁷; além de incluir no rol de causas de aumento dos crimes contra a honra a conduta praticada “contra os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal”¹⁸⁸, além dos funcionários públicos no exercício de sua função.

Por fim, enquanto disposição geral, inclui a seguinte previsão:

Art. 359-T. Não constitui crime previsto neste Título a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais.¹⁸⁹

De outra sorte, insta destacar que alguns dispositivos foram vetados pelo então presidente Jair Bolsonaro. Em especial foram vetados os tipos penais de “comunicação enganosa em massa” (art. 359-O), resultado da tentativa legislativa de combater a propagação das *fake news*; e o “atentado ao direito de manifestação” (art. 359-S), que protegia manifestações políticas pacíficas de ataques violentos. Ademais, excluiu-se também a previsão específica que possibilitava a ação penal privada subsidiária com relação aos crimes contra o processo eleitoral, dando legitimidade ativa aos partidos políticos com representatividade no Congresso Nacional no caso de inércia do Ministério Público (art. 359-Q). Por fim, foi vetado o dispositivo que trazia as causas de aumento aplicáveis a todos os crimes do Título, notadamente: *i*) a utilização da arma de fogo; *ii*) ser o sujeito ativo do crime é funcionário público (cumulada com a perda do cargo); *iii*) ser o sujeito ativo do crime militar (cumulado com a perda do cargo) (art. 359-U)¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Artigo 286, parágrafo único, do Código Penal.

¹⁸⁸ Artigo 141, II, do Código Penal.

¹⁸⁹ Artigo 359-T, do Código Penal.

¹⁹⁰ Comunicação enganosa em massa

Art. 359-O. Promover ou financiar, pessoalmente ou por interposta pessoa, mediante uso de expediente não fornecido diretamente pelo provedor de aplicação de mensagem privado, campanha ou iniciativa para disseminar fatos que sabe inverídicos capazes de colocar em risco a higidez do processo eleitoral, ou o livre exercício dos poderes constitucionais.

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Ação penal privada subsidiária

Art. 359-Q. Para os crimes previstos neste Capítulo [Capítulo III - Dos Crimes Contra O Funcionamento Das Instituições Democráticas No Processo Eleitoral], admite-se ação privada subsidiária, de iniciativa de partido político com representação no Congresso Nacional, se o Ministério Público não atuar no prazo estabelecido em lei, oferecendo a denúncia ou ordenando o arquivamento do inquérito.

(...)

Atentado a direito de manifestação

Os vetos realizados pelo governo vigente à época são um bom termômetro de seu posicionamento. Especialmente, chama atenção o veto à criminalização da promoção ou financiamento das chamadas *fake news* (art. 359-O), haja vista que ser instrumento amplamente utilizado pelos aliados de Jair Bolsonaro e cuja necessidade de regulamentação já vinha há muito sendo alertada pelos doutrinadores do tema. Inclusive, como supracitado, LEITE & TEIXEIRA (2020) destacaram repetidamente a importância de a nova lei de proteção às instituições democráticas fosse capaz de enfrentar os ataques discursivos, principalmente aqueles proferidos nos meios digitais e redes sociais – o que, como se vê, foi impedido pelo chefe do Poder Executivo.

Também é digno de nota a exclusão das causas de aumento de pena previstas no art. 359-U, pela maior reprovabilidade das hipóteses acima descritas. Diante da forma como se deram os ataques recentes às instituições democráticas, é bastante importante o aumento de pena no caso do uso da arma de fogo. Além disso, as ações dos funcionários públicos e dos militares deveria culminar em uma maior reprovabilidade, não somente porque protagonizaram escândalos recentes de ataque à democracia, como também por indicarem a cooptação das instituições democráticas já teve início, o que deve ser frontalmente debatido, ao menos pela teoria da democracia militante. No entanto, o prejuízo que tais disposições causariam ao próprio Jair Bolsonaro, como também a seus aliados, parece ser suficiente para compreender os reais motivos que levaram ao veto presidencial.

Em todo caso, para VIEIRA (2023), a aprovação da lei – a despeito dos vetos – fortaleceu o sistema de defesa da democracia, conferindo maior “coerência e

Art. 359-S. Impedir, mediante violência ou grave ameaça, o livre e pacífico exercício de manifestação de partidos políticos, movimentos sociais, sindicatos, órgãos de classe ou demais grupos políticos, associativos, étnicos, raciais, culturais ou religiosos:

Pena – reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º Se resulta lesão corporal grave:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

§ 2º Se resulta morte:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos.

(...)

Aumento de pena

Art. 359-U. Nos crimes definidos neste Título, a pena é aumentada:

I – em um terço, se o crime é cometido com violência ou grave ameaça exercidas com emprego de arma de fogo;

II – em um terço, cumulada com a perda do cargo ou da função pública, se o crime é cometido por funcionário público;

III – em metade, cumulada com a perda do posto e da patente ou da graduação, se o crime é cometido por militar.

robustez”¹⁹¹ ainda que aprovada por um Congresso conservador e na conjuntura política de ataques às instituições democráticas pelo próprio Presidente da República e seus apoiadores.

De uma maneira geral, para FELDENS (2021), o objeto da tutela penal dos crimes supracitados é “a ordem constitucional no modelo de Estado que ela institui (art. 1º da CF). Mais definidamente, protege-se o conteúdo essencial da Constituição, historicamente vinculado a dois elementos materiais: a separação de poderes e a garantia dos direitos individuais”¹⁹².

No que tange ao conteúdo essencial da Constituição Federal, insta também destacar que os crimes previstos nos Capítulos II e III, notadamente os artigos 359-L a 359-P, do Código Penal, destacam-se por sua proteção direta aos elementos fundamentais de existência da democracia, perpassando: *i*) o aspecto institucional, consistente na proteção do funcionamento das instituições democráticas e poderes constitucionais propriamente dito (art. 60, §4º, III, da CF/1988); *ii*) o aspecto procedimental, atinente à de formação de maiorias pelo processo eleitoral (art. 60, §4º, II, da CF/1988); *iii*) o aspecto substantivo, haja vista a garantia de direitos fundamentais na criminalização da violência política (art. 60, §4º, IV, da CF/1988). Tudo isso, a indicar a legitimidade dos tipos penais instituídos à luz da teoria da democracia militante; bem como no cumprimento do mandado de criminalização imposto pelo artigo 5º, XLIV, da CF/1988, o que será contudo, analisado com mais profundidade em capítulo próprio.

Por outro lado, à luz dos desafios elencados por LEITE & TEIXEIRA (2020)¹⁹³ em parecer para a Ordem dos Advogados do Brasil alguns comentários devem ser tecidos sobre as limitações e potencialidades da lei em sua superação.

Primeiramente, no que tange ao **desafio histórico conceitual**, tem-se que, finalmente, e com muitos anos de atraso, o ordenamento jurídico brasileiro conseguiu expurgar, de uma vez por todas, a Doutrina de Segurança nacional. Ademais, isso foi

¹⁹¹ VIEIRA, 2023, p. 24.

¹⁹² FELDENS, 2021.

¹⁹³ Quanto a este ponto, vale destacar que o Parecer de Plenário elaborado pela Comissão Especial destinada a proferir parecer ao PL nº 2462/1991 e apensados menciona que estes mesmos autores apresentaram sugestões de elaboração legislativa, de forma que se pode inferir que tais desafios foram debatidos no âmbito do referido Projeto de Lei.

feito preservando da lei antiga aquilo que era essencial no combate às ameaças externas – na forma dos crimes de “atentado à soberania” (art. 359-I, do Código penal), “atentado à integridade nacional” (art. 359-J, do Código Penal) e “espionagem” (art. 359-K, do Código Penal).

Por outro lado, embora tenham sido positivados importantes avanços no que tange à proteção das instituições democráticas, agora sob égide dos princípios edificados pela Carta Política de 1988, pouco se avançou na direção da proteção aos ataques discursivos e praticados pelas redes sociais, de potencial lesivo ao sistema democrático. Se é positiva a proteção prioritária aos crimes praticados com violência ou grave ameaça, especialmente em face do já demonstrado sutil equilíbrio com a liberdade fundamental de expressão; restou a lacuna a uma das principais formas de ataque à democracia na atualidade.

Quanto ao **desafio legal**, tem-se que a nova lei restou bem sucedida, haja vista que priorizou com bastante margem a criminalização das condutas praticadas a nível institucional. Com efeito, nenhum dos novos crimes instituídos pela Lei nº 14.197/2021 protege a honra dos agentes públicos no exercício de suas funções, ao passo que apenas o art. 359-P, que prevê o tipo penal de “violência política” institui uma proteção a nível grupal.

Todos os demais crimes cuidam dos aspectos institucionais do Estado Democrático, conforme supracitado. Tanto o é, que os nomes capítulos, que indicam os bens jurídicos objeto de proteção penal, são: “soberania nacional”, as “instituições democráticas”, o “funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral”, o “funcionamento dos serviços essenciais”. Tal proteção, vale dizer, não se destina à indesejável “honorabilidade” do Estado, mas sim, do núcleo fundamental do funcionamento real das instituições, conforme sugerido por LEITE & TEIXEIRA (2020) e demonstrado acima.

Por outro lado, a Lei nº 14.197/2021 peca ao deixar de revisitar os art. 141, I e II e 138 § 3º do Código Penal, os quais trazem um agravamento da sanção no caso de ser o crime contra a honra praticado contra o Presidente da República ou agente público no exercício de sua função. Na verdade, a nova Lei apenas modifica o art. 141, II, para adicionar ao “agente público”, também “os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal”. Assim, em que pese o Título

propriamente dito dos Crimes contra o Estado Democrático de Direito estar debruçado sobre uma proteção à nível institucional, as disposições dos crimes contra a honra no Código Penal mantiveram a proteção exacerbada quando a vítima for agente ou funcionário público, o que vai ao encontro do amplo exercício da liberdade de expressão.

O **desafio político criminal**, por sua vez, em que pese a tentativa de manter fora do âmbito de criminalização “a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais” (art. 359-T, do Código Penal), bem como a ausência de excessiva antecipação da tutela penal; a nova lei não é capaz de impedir que os tipos penais inevitavelmente abertos criem – em razão da própria matéria de proteção – possibilitem mecanismos de exceção.

Isso porque, e já também adentrando o **desafio conceitual**, a despeito de não haver graves problemas na redação em si dos tipos penais, o legislador omitiu-se na definição dos conceitos utilizados, o que leva ao risco de que a aplicação, que ocorrerá sobretudo nos momentos de crise institucional, acabe por fortalecer mecanismos de exceção, com a abertura do sistema para uma lógica de direito penal do inimigo, o que não é recomendável.

Por fim, e também em face do **desafio dogmático jurídico**, tem-se que o legislador, ao deixar de criar um capítulo de disposições comuns mais extenso, com as definições dos conceitos complexos que compõe a ciência política, a sociologia, e a teoria geral do Estado, bem como formas de interpretação e aplicação dos tipos penais, ampliou ainda mais os riscos da criação de mecanismos de exceção – os quais, na falta da adequada técnica legislativa neste ponto, deverão ser sanados pela jurisprudência, que deverá se fixar de forma sóbria e técnica.

Sob uma outra perspectiva, FELDENS (2021), aponta alguns problemas quanto à redação da lei, especialmente no que tange à sua efetividade na proteção à ordem constitucional enquanto bem jurídico tutelado. Para o autor, algumas condutas cuja tutela penal seria necessária para uma efetiva proteção da ordem constitucional, não se encontram propriamente abarcadas nos tipos penais introduzidos pela nova lei.

A primeira delas seria o “autogolpe” de Estado, cujo enquadramento no crime de “abolição violenta do Estado Democrático de Direito” (artigo 359-L, do Código Penal) é questionável, ao passo que não poderia caracterizar o crime de “golpe de estado” (artigo 359-M, do Código Penal), por ausência da elementar “deposição”. A segunda seria a obstaculização, mediante violência ou grave ameaça, das atividades de uma CPI, a qual dependeria da interpretação aplicada às elementares do tipo penal previsto no artigo 359-L, o que, por si só, demonstra a imprecisão dos termos utilizados. Por fim, questiona-se sobre a tipicidade da conduta de “descumprimento de decisão judicial, dirigida a Chefe de Poder, que a considera ilegítima e, sequencialmente, arregimenta seguidores, estimulando-os a constranger ameaçadoramente o emissor da decisão judicial, ou respectivo tribunal”¹⁹⁴. Quanto a esta última, ausente o propósito do agressor em abolir o Estado de Direito, bem como a efetividade da conduta para atingir tal objetivo, restaria atípica a conduta.

Em suma, tendo em vista os desafios supracitados, tem-se que a Lei nº 14.197/2021, positivamente, foi capaz de superar em grande parte a Doutrina de Segurança Nacional, mantendo a proteção do sistema às ameaças internas, mas também inaugurando a proteção às ameaças internas sob a lógica dos direitos fundamentais e cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988. Foi capaz de fazê-lo, ainda, com enfoque sobre a proteção a nível institucional, sem excessiva antecipação da tutela penal e com a clara distinção entre os crimes dispostos e as manifestações críticas legítimas. Ademais, manteve seu enfoque sobre condutas praticadas mediante violência ou grave ameaça, ou com expresse potencial lesivo aos bens jurídicos tutelados.

Por outro lado, o texto final da Lei pecou na delimitação dos conceitos atinentes aos bens jurídicos protegidos, bem como uma dogmática adequada para a interpretação e aplicação dos tipos penais, o que, de um lado, abre espaço para que a aplicação da lei se dê sob uma lógica de exceção e, de outro, que os tipos penais não subsistam em face do princípio da legalidade.

Além disso, não se pode ignorar que a imprecisão terminológica de alguns tipos penais resulta em lacunas legislativas com relação a condutas cuja gravidade já fora destacada pelos próprios acontecimentos atuais.

¹⁹⁴ FELDENS, 2021.

Soma-se a isso, além das hipóteses levantadas por FELDENS (2021), que se deixou de lado a proteção contra os ataques discursivos às instituições democráticas, os quais, em que pese o grande desafio de tipificação sem que se violem as garantias fundamentais constitucionais, urge uma adequada regulamentação pela legislação penal.

É verdade que, no Direito Penal, é sempre preferível pecar pelo mínimo do que pelo excesso; mas, por outro lado, os tempos recentes demonstraram a necessidade de se enfrentar a questão.

Por este motivo, LEITE & TEIXEIRA (2020) indicam que o caminho de criminalização perpassaria a análise das particularidades dos ataques discursivos – em comparação com outros métodos de agressão:

Uma ideia inicial seria a de, partindo dos métodos clássicos de agressão (violência, ameaça de violência, coação), identificar se as novas formas de ataques discursivos possibilitadas pela digitalização da comunicação, por suas características próprias, equivalem aos métodos clássicos, que devem ser coibidos de forma incontestes.¹⁹⁵

Ademais, seria necessário que o legislador se deixasse guiar por um princípio de intervenção mínima, vinculado ao núcleo fundamental da ordem democrática; bem como que empregasse especial atenção ao efetivo potencial lesivo da conduta, sob pena de enterrar a liberdade de expressão. Para os autores:

O caminho seria o de identificar as características do novo veículo por meio do qual os ataques discursivos são realizados – as redes sociais –, de modo a isolar os elementos que fazem com que esse ataque assuma potencialidade lesiva semelhante aos métodos clássicos, fazendo com que a presunção em favor da liberdade de expressão excepcionalmente ceda. Candidatos seriam a capilaridade de difusão, a permanência e virulência dos ataques e o descolamento do debate original ensejador da contenda, o que os diferenciariam, inclusive, dos ataques verbais feitos em “escritos” comuns anexados ao próprio automóvel, cartazes ou em reuniões públicas – casos que o legislador do passado tinha em mente.¹⁹⁶

Diante do exposto, tem-se que a nova legislação representou importante avanço na proteção da ordem constitucional democrática brasileira, mas deixou, ainda, importantes lacunas, em termos de imprecisões terminológicas, proporcionalidade das penas e não tipificação de condutas.

¹⁹⁵ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 52.

¹⁹⁶ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 53.

4.3. EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE DOS TIPOS PENAIS PREVISTOS NA LEI Nº 14.197/2021

4.3.1. PREMISSAS DO EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE DO PRESENTE ESTUDO

Há muito a doutrina vem destacando a necessidade de um sistemático e fundamentado o controle de constitucionalidade das leis penais, “procurando fixar parâmetros interpretativos para promover a estabilidade decisória”¹⁹⁷, sob pena de tornar letra morta o texto constitucional. Por essa razão, uma análise, ainda que breve, acerca da constitucionalidade da Lei que instituiu os crimes contra o Estado Democrático de Direito não poderia faltar no presente trabalho.

Segundo DIMOULIS (2015), “o objetivo fundamental das normas constitucionais é *impedir* que sejam impostas certas decisões tomadas pela maioria dos representantes populares”¹⁹⁸. As normas constitucionais possuem uma função contramajoritária, porque em termos procedimentais, sedimentam escolhas de política criminal – sejam elas mais liberais ou repressivas – que não podem ser modificadas pelo legislador ordinário:

O direito penal constitucional é resultado da combinação de vários elementos normativos e cognitivos. Sua imediata base é o texto constitucional, que inclui normas de interesse penal. Como indicamos, o intuito é orientar o legislador, limitando seu poder decisório em matéria penal. Essas normas constitucionais são utilizadas como *parâmetro* para avaliar a conformidade constitucional da legislação.¹⁹⁹

É a partir do cotejo entre as leis ordinárias (objeto do controle de constitucionalidade) com os parâmetros constitucionais que se constatará “indevidas omissões do legislador ou intervenção injustificada em direitos fundamentais. Também pode ser realizada interpretação para garantir a conformidade com o parâmetro.”²⁰⁰

De largada, o controle de constitucionalidade deverá levar em conta as disposições garantistas da Constituição; tais quais proibição ao Tribunal de Exceção, competência do Tribunal do Juri, proibição de prisão antes da condenação, direitos fundamentais dos presos, devido processo legal, presunção de inocência, vedação de provas ilícitas, limitações à criminalização primária (como retroatividade da lei penal

¹⁹⁷ DIMOULIS, 2015, p. 23.

¹⁹⁸ DIMOULIS, 2015, p. 7.

¹⁹⁹ DIMOULIS, 2015, p. 28.

²⁰⁰ DIMOULIS, 2015, p. 31.

mais benéfica, estrita legalidade, inimputabilidade dos menores de 18 anos, prescrição)²⁰¹.

Ademais, deverá ser considerado conteúdo material das normas penais, consistente no resultado das escolhas do legislador para “selecionar as condutas que serão alçadas à condição de delitos, para determinar as sanções adequadas, assim como para resolver uma série de questões sobre a responsabilidade penal (requisitos da imputação, tratamento de partícipes do crime, relevância das consequências do ato e das características do réu (...).”²⁰²

Isso porque, no ordenamento jurídico brasileiro, “desde que respeite os limites estabelecidos pela Constituição (‘competências negativas’, aqui analisadas), o legislador penal possui poder discricionário para criminalizar condutas conforme seu entendimento”²⁰³. Discricionariedade esta cujo resultado está, igualmente, submetido ao controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade de leis penais, portanto, deverá analisar: *i*) se foram observadas as competências constitucionais negativas; e *ii*) caso positivo, se a discricionariedade do legislador foi exercida em conformidade com o ordenamento constitucional. Esta última trata do controle de constitucionalidade material da legislação penal.

Neste ponto, SCALCON (2018) defende alguns critérios para aferição de constitucionalidade no caso do chamado “controle fraco”, isto é, quando o legislador detém liberdade quanto à decisão criminalizadora, em vista de “espaços de decisão constitucionalmente delegados ao legislador”²⁰⁴. Segundo a autora:

“O processo legislativo de tomada de decisão *a favor* da criminalização de condutas deve ser controlado em três momentos: (i) quando da *eleição* dos fins a serem promovidos (fomentar a tutela de bens jurídicos?); (ii) quando da *seleção* do meio utilizado para tanto (por que o meio penal e não outro?) e (iii) quando da *concretização* ou *tradução* dessas intencionalidades em textos legais.”²⁰⁵

Tais critérios serão elucidados a seguir.

²⁰¹ DIMOULIS, 2015.

²⁰² DIMOULIS, 2015, p. 66.

²⁰³ DIMOULIS, 2015, p. 73.

²⁰⁴ SCALCON, 2018, p. 96.

²⁰⁵ SCALCON, 2018, p. 96.

a) Critério 1: constitucionalidade dos fins eleitos

A primeira pergunta levantada por SCALCON (2018), corresponde com a primeira fase do *exame bifásico da constitucionalidade material de leis penais* proposto por DIMOULIS (2015). Para o autor, a fiscalização sobre a elegibilidade dos bens dignos de proteção depende de uma verificação das justificativas jurídicas empregadas na norma infraconstitucional criminalizadora. Afinal, “quem percebe que o direito penal é um mecanismo de *suspensão ou restrição de direitos fundamentais* deve admitir também a necessidade de oferecer justificativa constitucional da intervenção penal.”²⁰⁶

Tal justificativa deve levar em conta que, no âmbito do Direito Penal, a legitimidade de uma lei material está condicionada à persecução de uma finalidade: a proteção, direta ou indireta, de um **direito fundamental**. Neste ponto, vale apenas esclarecer que, diante disso, DIMOULIS (2015) esclarece que utiliza a expressão “bem jurídico” como “sinônimo da tutela de direitos fundamentais, que, em nossa opinião, é o único fim aceito no exame de constitucionalidade de normas penais” (DIMOULIS, 2015, p. 81). Esta também é a perspectiva adotada no presente trabalho.

Poderia-se invocar como direito fundamental (ou “bem jurídico”, nos termos acima expostos) apto a justificar a criminalização o próprio direito à segurança, mas este não passa de um pré-requisito para a justificação. Isso porque, “a menção da garantia da segurança como finalidade do direito penal pode tornar-se uma espécie de *passe-partout* jurídico em razão de seu caráter vago”²⁰⁷, não sendo suficiente para assegurar a constitucionalidade da norma penal. Por outro lado, é também inafastável, porque não pode haver “crime nem pena sem que o direito à segurança de terceiros seja objetivo e justificativa da tipificação e da pena”²⁰⁸.

A justificativa, portanto, deve especificar com relação a quais direitos fundamentais a segurança está sendo afetada:

Formulado em vocabulário dogmático, é necessária uma justificativa *concreta* que indique sob quais circunstâncias está sendo ameaçada a segurança de cada um dos vários direitos e titulares envolvidos e por quais razões uma medida de ordem penal pode, *prima facie*, relacionar-se causalmente com a garantia da segurança.²⁰⁹

²⁰⁶ DIMOULIS, 2015, p. 74.

²⁰⁷ DIMOULIS, 2015, p. 75.

²⁰⁸ DIMOULIS, 2015, p. 76.

²⁰⁹ DIMOULIS, 2015, p. 77.

SCALCON (2018) defende que a eleição dos fins, no âmbito do controle de constitucionalidade das competências delegadas ao legislador (excluem-se, aqui, as vedações à criminalização primária e os mandados expressos de criminalização, que serão trabalhados adiante), pode se dar no caso de bens jurídicos expressamente protegidos pela Constituição, ou no caso de bens jurídicos implicitamente protegidos por ela.

A aferição de conformidade constitucional no controle fraco, entre normas cujo bem tutelado é expreso na Constituição e naquelas cujo bem é implícito se dá por meio do exame dos mesmos critérios. A principal diferença consistirá no esforço a ser empregado na justificação da eleição dos fins a serem promovidos. Quanto às demais análises (imprescindibilidade da tutela penal e concretização das intenções no texto legal), os mesmos critérios deverão ser aplicados²¹⁰.

Assim, a norma criminalizadora que tenha como objeto bens jurídicos implicitamente protegidos pela Constituição; deverá ter demonstrada a relevância constitucional destes direitos, de forma fundamentada e, em especial, por meio do postulado da coerência – haja vista que, se não são expressos na Constituição, devem ser harmônicos com ela.

Já a legislação que institui tutela penal sobre bens jurídicos expressamente protegidos pelo texto constitucional constitui “manifestação concreta de fins constitucionalmente previstos e reconhecidos”²¹¹. Dessa forma, o primeiro critério se resolve com mais facilidade: basta a devida identificação do dispositivo constitucional que expressamente alça o objeto da norma à bem jurídico constitucionalmente relevante, para que se constate a legitimidade dos fins eleitos.

b) Critério 2: seleção do meio / imprescindibilidade da tutela penal (proporcionalidade)

Ocorre que a relevância constitucional conferida a determinado objeto não torna imprescindível a garantia de sua segurança por meio da intervenção penal. Trata-se de uma condição indispensável, mas não suficiente, para que se conclua pela legitimidade

²¹⁰ SCALCON, 2018.

²¹¹ SCALCON, 2018, p. 97.

da norma penal incriminadora²¹². Por essa razão, superada a questão da legitimidade dos fins, é necessário responder às duas perguntas subsequentes (imprescindibilidade da tutela penal e concretização das intenções no texto legal).

Para tanto, SCALCON (2018) defende que será exigido do intérprete não somente as regras constitucionais sobre produção jurídica²¹³ – muitas delas chamadas por princípios –, que “regulam a *criação de outras normas (de hierarquia inferior)*”²¹⁴; como a categoria dos “postulados”, consistentes em “normas que regulam especialmente a *aplicação* de outras normas (também de hierarquia inferior).”²¹⁵

Para SCALCON (2018), no caso do controle de constitucionalidade sob norma penal, o principal postulado na busca pelo exame do segundo critério deverá ser, necessariamente, o da proporcionalidade. Com efeito, é o exame quanto à proporcionalidade do meio selecionado (no caso, a tutela penal) para a promoção do fim eleito (proteção do bem jurídico) que permitirá uma conclusão sobre a legitimidade da norma criminalizadora analisada — em resposta, portanto, ao segundo critério elencado por SCALCON (2018).

Também DIMOULIS (2015) descreve que a segunda fase do exame de constitucionalidade consiste em verificar se a norma criminalizadora, além de garantir a segurança das vítimas e da coletividade, atende aos critérios da *proporcionalidade*.

O debate doutrinário em torno do postulado da proporcionalidade é profundamente extenso e controverso. No presente trabalho, a discussão não será apresentada de forma exaustiva, apenas demonstrada a perspectiva a partir da qual se partirá para a análise de constitucionalidade dos tipos penais estudados.

Com efeito, para DIMOULIS (2015), a regra que guia o exame da proporcionalidade é que “só possuem justificativa constitucional definitiva os meios penais de intervenção a direitos fundamentais que permitem efetivamente tutelar outro direito fundamental”²¹⁶.

²¹² SCALCON, 2018.

²¹³ Trata-se de imposições tais quais a legalidade, anterioridade, irretroatividade e reserva de lei (artigo 5º, XXXIX, CF/1988). Desrespeitadas alguma dessas regras, a lei será inválida.

²¹⁴ SCALCON, 2018, p. 79.

²¹⁵ SCALCON, 2018, p. 79.

²¹⁶ DIMOULIS, 2015, p. 81.

Isso porque, “partindo do pressuposto constitucional de intervenção penal só se justifica em vista da proteção de direitos de terceiros, deve-se concluir que a pena criminal só pode ter finalidades *preventivas*”²¹⁷ – e não retributivas, que seriam pautadas em concepções metafísicas (e não jurídicas) sob o adequado e o justo²¹⁸.

Como consequência, a justificativa de existência do direito penal, neste ponto, não seria um “suposto valor (abstrato) de um ‘bem jurídico’”²¹⁹, com valor apriorístico e que, ao fim e ao cabo, serve para legitimar quase toda opção de criminalização; mas sim, um exame acerca da **utilidade** e **necessidade** da aplicação de um meio (criminalização e sanção) para alcançar o fim almejado (prevenção da conduta lesiva à direito fundamental).

Para tanto, a primeira questão a ser analisada – para além da constitucionalidade dos meios e fins individualmente – é a adequação, consistente na idoneidade do meio para alcançar os propósitos preventivos.

Diante da sabida dificuldade metodológica na análise dos efeitos preventivos das penas criminais, DIMOULIS (2015) elenca que a utilidade da criminalização deve observar critérios como: estudos comparativos internacionais, índices de criminalidade em comparação com a atividade de repressão e pesquisas de opinião e comportamento para averiguar as motivações das condutas. No mesmo sentido, SCALCON (2018), propõe que a constitucionalidade de determinada norma penal “deverá ser analisada, *sim*, a partir de *dados concretos e atuais* sobre a adequação do meio à promoção do fim.”²²⁰ Para DIMOULIS (2015), no caso de divergência entre os critérios, deverá prevalecer o poder discricionário do legislador.

Em todo o caso, elucida o autor que basta que o meio seja *adequado*, sendo prescindível sua efetividade na realização da finalidade preventiva:

No quesito da adequação não se examina se o meio interventivo em direitos fundamentais é apto a atingir plenamente o fim pretendido. Muito menos se exige que o meio atinja esse fim atuando isoladamente. Para que a pergunta sobre a adequação seja

²¹⁷ DIMOULIS, 2015, p. 77.

²¹⁸ Nesse sentido, para o autor: “Em nossa opinião, a justificativa do direito penal não deve ser procurada em sua capacidade de infligir sofrimento proporcional ao crime. O Estado constitucional não condiz com a perspectiva da retribuição segundo a fórmula bíblica ‘olho por olho’. A intervenção penal só pode surgir do exame relacional dos efeitos preventivos que se aguardam do direito penal com efeito esperado pela atuação de outros mecanismos.” (DIMOULIS, 2015, p. 23)

²¹⁹ DIMOULIS, 2015, p. 82.

²²⁰ SCALCON, 2018, p. 104.

respondida positivamente, é suficiente (e necessário) que o meio seja revelado apto a promover ou fomentar o fim atingido. (...) Adota-se, assim, uma perspectiva quantitativa baseada na estatística e na comparação.²²¹

A intervenção penal pode ser seletiva e pouco eficiente, mas, desde que se comprove a capacidade de fomentar certo fim, não está em contradição com o requisito constitucional da adequação.²²²

O segundo passo, se considerada adequada a norma criminalizadora (porque, considerada inadequada, já se poderá reputá-la como inconstitucional), é o exame de necessidade da intervenção. Este, por sua vez, leva em conta a concepção do direito penal como mecanismo subsidiário de intervenção estatal, de forma que apenas se poderá dele lançar mão na ausência de “outros meios que o Estado possa utilizar para alcançar os mesmos propósitos de tutela”²²³. Assim, tem-se que:

Entre os meios adequados para alcançar o propósito lícito, será necessário somente aquilo que afeta o direito fundamental com menor intensidade, desde que os benefícios sejam, grosso modo, equivalentes aos esperados pelo emprego de meios mais gravosos. Buscam-se equivalentes funcionais com menor custo para os direitos fundamentais.²²⁴

Nestes custos, vale dizer, devem ser levados em conta também os *custos sociais* da criminalização, que afetam negativamente familiares e dependentes dos condenados.

Ainda sobre o requisito da necessidade, SCALCON (2018) destaca que “deve-se sempre verificar a proporção existente entre *grau de promoção* [dos fins] e *grau de restrição* [do direito fundamental afetado]”²²⁵; sendo a melhor medida não necessariamente a mais eficaz, mas sim a mais coerente com a Constituição.

Ademais, quanto maior a dúvida sobre a suficiência da utilização de medidas extrapenais para persecução da finalidade almejada, “*menor* será a possibilidade de validamente restringir os direitos fundamentais contrapostos”²²⁶. Por outro lado, tem-se que:

Somente seria plausível reconhecer a inviabilidade da criminalização, por violação à proporcionalidade, na peculiar hipótese de o legislador ter ignorado um cenário de *fortíssima incerteza* empírica, realizando a tipificação à revelia de quaisquer questionamentos aprofundados sobre a suficiência de meios *não penais* para o fomento do fim pretendido.²²⁷

²²¹ DIMOULIS, 2015, p. 82.

²²² DIMOULIS, 2015, p. 86.

²²³ DIMOULIS, 2015, p. 86.

²²⁴ DIMOULIS, 2015, p. 86.

²²⁵ SCALCON, 2018, p. 107.

²²⁶ SCALCON, 2018, p. 108.

²²⁷ SCALCON, 2018, p. 109.

Por fim, SCALCON (2018), ainda acrescenta um terceiro critério na aferição da proporcionalidade da norma, por meio da *proporcionalidade em sentido estrito*, com base no qual se deve questionar “se a importância da realização do fim justifica o grau de restrição paralelamente causado a outros direitos fundamentais”²²⁸.

c) Critério 3: concretização das intenções na redação da lei

Constatada a relevância do fim escolhido, bem como a proporcionalidade da intervenção penal para sua tutela, deve-se analisar o “*modo* como o legislador penal concretizou e traduziu tantas intencionalidades em textos legais”²²⁹.

Para tanto, a norma deverá ser analisada a partir dos demais postulados “a fim de certificar a inoportunidade de indevidas afetações aos direitos fundamentais envolvidos e imbricados.”²³⁰

Especialmente no que tange à análise de constitucionalidade das normas penais, SCALCON (2018) destaca aqueles os postulados que revelam maior importância:

No que tange aos postulados, aqueles que apresentam maior relevância para as finalidades deste trabalho são: (i) postulados hermenêuticos (coerência); (ii) postulados aplicativos normativos “inespecíficos” (ponderação, concordância prática, proibição do excesso e proibição de insuficiência) e (iii) postulados aplicativos normativos “específicos” (razoabilidade, igualdade e proporcionalidade). A aplicação de tais postulados para o exame do *modo* como o legislador penal concretizou direitos fundamentais, especialmente aqueles *imbricados*, possibilita um eventual reconhecimento da inconstitucionalidade da lei. Inconstitucionalidade, essa, que decorrerá não da violação aos postulados, mas sim de indevida afetação de um dos direitos fundamentais envolvidos.²³¹

A grande quantidade de postulados, bem como a sua relevância variável em face de uma ou outra norma criminalizadora impedirá que o presente trabalho se debruce sobre todos eles. Serão destacados especialmente dois: a coerência e a proibição do excesso.

²²⁸ SCALCON, 2018, p. 101-102.

²²⁹ SCALCON, 2018, p. 100.

²³⁰ SCALCON, 2018, p. 100.

²³¹ SCALCON, 2018, p. 80.

O postulado da coerência requer do intérprete “relacionar as normas de um dado ordenamento jurídico, buscando torná-las harmônicas entre si a partir da indicação de princípios superiores comuns ou compartilhados”²³². Para SCALCON (2018):

Por conseguinte, para que haja coerência, é necessário: (i) encontrar princípios superiores compartilhados; (ii) identificar relações de mútua implicação entre os crimes e (iii) constatar elementos comuns. Em relação ao critério “i”, apesar do grande dissenso doutrinário que ronda o tema, este estudo sustenta que os princípios comuns para avaliação da gravidade de um crime devem ser (a) relevância do bem jurídico e (b) intensidade da ofensa.²³³

Já o postulado da proibição do excesso parte do pressuposto de os direitos fundamentais são constituídos de um âmbito intangível, isto é, irrenunciável e intransponível, por qualquer motivo que seja, sob pena de “retirar todo o conteúdo útil do direito fundamental”²³⁴.

O direito à liberdade - cuja restrição é a principal consequência da intervenção penal – não se difere dos demais neste ponto, estando, portanto, “protegido de restrições *superlativas* pelo postulado da proibição de excesso”²³⁵. Em decorrência, no que tange à legislação penal, restam proibidas criminalizações de condutas inofensivas com relação aos bens jurídicos que protegem:

Isto porque, em nome da proteção de bens jurídicos, se estaria a limitar a fruição do direito de liberdade pelo meio mais intenso de que dispõe o Estado (o Direito Penal), sem que o seu exercício, contudo, chegasse a ofender tais bens jurídicos.²³⁶

Do contrário, o direito à liberdade estaria esvaziado de sentido, porque qualquer conduta, ainda que inofensiva, poderia acarretar em sua supressão. A violação ao postulado da proibição do excesso, neste caso, demonstraria a indevida afetação do direito à liberdade, previsto no artigo 5º, da CF/1988.

d) Critérios aplicados aos mandados de criminalização

A Constituição Federal traz, ainda, outras disposições no que tange à tipificação penal: as competências punitivas positivas. São deveres explícitos de criminalização

²³² SCALCON, 2018, p. 90.

²³³ SCALCON, 2018, p. 93.

²³⁴ SCALCON, 2018, p. 110.

²³⁵ SCALCON, 2018, p. 110.

²³⁶ SCALCON, 2018, p. 111.

impostos ao legislador, que requerem considerações específicas quanto ao controle de constitucionalidade.

Na verdade, a Constituição Federal de 1988 conta com uma lista de competências desta espécie de “incomum extensão”²³⁷, o que é problemático *per se*, haja vista que “ignora as múltiplas e constantes críticas à eficiência do direito penal”²³⁸, bem como da tradicional posição da tutela penal na Constituição: “de mero limite, as normas constitucionais tornam-se verdadeiro fundamento do Direito Penal”²³⁹.

É especialmente digno de nota que:

Uma Constituição feita para romper com a prática repressiva da ditadura militar de 1964, e que justamente por essa razão incluiu um extenso elenco de normas limitadoras do sistema penal (Capítulo 6.1.), demonstrou também uma crença inabalável no potencial do direito penal. Considerou-o ferramenta que permite enfrentar problemas tão complexos e díspares entre si como o racismo, o terrorismo, a tutela ambiental, o abuso de menores e a retenção dolosa de salário.²⁴⁰

Por outro lado, a análise do conteúdo dos mandados de criminalização constantes da Constituição Federal de 1988 leva a crer que expressaram esforços no sentido de superar, enfim, o regime militar:

Nesse sentido, não é difícil compreender a razão da inserção na Constituição brasileira de 1988 da criminalização da “prática da tortura” (art. 5º, inciso XLII, da Constituição brasileira), bem como da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inciso XLIV). Tendo a Carta Constitucional inaugurado um período democrático imediatamente posterior a anos de ditadura militar, é natural a sua quase neurótica preocupação de *não repetição*.²⁴¹

Não obstante, fato é que as competências constitucionais positivas existem e trazem consequências ao ordenamento jurídico.

Para DIMOULIS (2015), para além de “um dever de agir do legislador que não existia antes, pelo menos da maneira explícita”²⁴²; os mandados constitucionais de criminalização oferecem uma “justificativa geral para a intervenção legislativa em direitos fundamentais”, o que limita “o poder discricionário do legislador de emitir

²³⁷ DIMOULIS, 2015, p. 96.

²³⁸ DIMOULIS, 2015, p. 96.

²³⁹ SCALCON, 2018, p. 75.

²⁴⁰ DIMOULIS, 2015, p. 96.

²⁴¹ SCALCON, 2018, p. 76.

²⁴² DIMOULIS, 2015, p. 98-99.

juízos sobre a adequação e necessidade da criminalização”²⁴³, ao mesmo tempo que diminui seu “ônus argumentativo”²⁴⁴ na justificação de uma norma criminalizadora.

Também para SCALCON (2018), tem-se que o julgamento sobre a importância da utilização da tutela penal para a garantia de direito fundamental, bem como o juízo de proporcionalidade, deixa de integrar a esfera de competências do legislador ordinário, pois já fora exercida pelo constituinte:

Nesse delimitado âmbito [contexto das imposições constitucionais de tutela penal], parece claro que o legislador teve subtraída, ao menos em parte, sua liberdade de configuração, não lhe cabendo largos juízos críticos acerca da importância dos fins (ou, em linguagem penal, da “dignidade” dos bens jurídicos promovidos e tutelados), bem como da adequação ou mesmo necessidade do emprego do meio penal para tanto (“necessidade penal”).²⁴⁵

Diante disso, no caso dos mandados expressos de criminalização, ocorre que “fins e meios estão pré-fixados, cabendo ao legislador uma tarefa exclusiva de ‘concretização’ ou mesmo de ‘execução’ da norma superior”²⁴⁶. Apenas com relação esta última, portanto, remanesce a discricionariedade do legislador.

No âmbito do controle de constitucionalidade, a consequência é que a justificativa para a criminalização de determinada conduta (critério 1), bem com o exame de adequação e necessidade entre os fins e os meios (critério 2) prescindem de controle de constitucionalidade, haja vista terem sido extraídos diretamente do texto constitucional.

Ocorre que, nesse preciso contexto, há uma presunção constitucional tanto da importância da finalidade buscada quanto da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito do emprego da intervenção penal.²⁴⁷

A afirmação é bastante óbvia quando pensada em concretude: se a Constituição Federal obriga o legislador a criminalizar a tortura, quando é aprovada a lei que cumpre tal mandamento, não é necessário verificar se, à luz da Constituição, a decisão do legislador é legítima, tampouco se atende à proporcionalidade. A criminalização, em si, não pode ser inconstitucional, pois deriva de mandado constitucional expresso.

²⁴³ DIMOULIS, 2015, p. 95.

²⁴⁴ DIMOULIS, 2015, p. 98-99.

²⁴⁵ SCALCON, 2018, p. 77.

²⁴⁶ SCALCON, 2018, p. 74.

²⁴⁷ SCALCON, 2018, p. 81.

De outra mandado sorte, isso não quer dizer que a lei editada e promulgada em cumprimento a determinado de criminalização não poder ser automaticamente tida como constitucional:

A norma pode ser considerada inconstitucional se houver razões para tanto. Isso ocorrerá se o legislador ordinário realizar descrições abusivamente extensas da conduta que o constituinte designou com certo nomen juris (a fila de espera como “tortura”?). O mesmo ocorre se o legislador cominar sanções que não se justificam pela gravidade da conduta. Nessas hipóteses, a criminalização se revela inconstitucional, por mais que seja abstratamente amparada por mandamento constitucional.²⁴⁸

Isto se dá porque, embora a criminalização consista em obrigação legislativa, a norma constitucional não traz “determinação ‘completa e acabada’”²⁴⁹ da intervenção, de forma que resta ao legislador discricionariedade para executar e concretizar o mandamento constitucional, por meio da formulação precisa acerca da intervenção.

Trata-se de circunstância inevitável, porque derivada de uma distinção fundamental entre graus de densidade de normas constitucionais e infraconstitucionais. Afinal, “por mais exaustivo e cerrado que seja um texto constitucional, sua densidade não se aproxima àquela que a lei – ao menos em potencial – é capaz de atingir”²⁵⁰.

Novamente, as imposições constitucionais de criminalização ajudam a ilustrar o afirmado: por mais específicas que sejam (e na Constituição brasileira efetivamente o são), não preenchem todo o espaço decisório necessário para elaboração de um tipo penal. Qual será a redação do tipo? Qual a melhor técnica de tutela a ser utilizada (crime de dano, de perigo concreto, de perigo abstrato)? Quais as espécies e o *quantum* de pena? Haverá formas qualificadas? etc.²⁵¹

Vale destacar, no oposto, a perspectiva de DIMOLIS (2015), segundo quem o ordenamento constitucional brasileiro prevê mandados de criminalização com baixa densidade normativa, trazendo apenas o *nomen criminis* e, às vezes, características do fato típico, sem descrição da conduta e, tampouco, das penas a serem cominadas.

De uma forma ou de outra, conclui-se que a lei penal aprovada em cumprimento a um mandado constitucional de criminalização não está isenta do exame de constitucionalidade. Muito pelo contrário.

Diante de um mandado constitucional de criminalização, as hipóteses de inconstitucionalidade legislativa são: a inconstitucionalidade por omissão total

²⁴⁸ DIMOULIS, 2015, p. 98-99.

²⁴⁹ SCALCON, 2018, p. 77.

²⁵⁰ SCALCON, 2018, p. 74-75.

²⁵¹ SCALCON, 2018, p. 74-75.

(descumprimento legislativo); inconstitucionalidade por omissão parcial (cumprimento legislativo imperfeito) e inconstitucionalidade por ação (cumprimento equivocado)²⁵².

Para verificar cada uma delas, podem ser consideradas três etapas:

Pois bem, com quais critérios é possível, afinal, proceder a um controle da constitucionalidade da “execução” dos mandados de criminalização pelo Parlamento? *Em primeiro lugar*, devem-se identificar as normas constitucionais que dirigem ao legislador penal obrigações de criminalizar. *Em segundo lugar*, deve-se verificar se o legislador cumpriu tais obrigações imposições, promulgando a lei exigida (o *se* do controle), sob pena de inconstitucionalidade por *omissão total*. *Em terceiro e último lugar*, deve-se indagar o *modo* como ele concretizou tais mandados (o *como* do controle), investigando a eventual ocorrência de inconstitucionalidades quer por *omissão parcial*, quer por ação.²⁵³

Apesar dos debates que circundam a questão relacionada à primeira etapa, tem-se que os mandados de criminalização são bastante claros na Constituição Federal de 1988. Em especial, no que tange ao objeto do presente estudo, não há grandes dúvidas de que o artigo 5º, XLIV, institui ao legislador a obrigação de criminalizar – na forma de crimes inafiançáveis e imprescritíveis – “a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”. Por essa razão, este ponto não receberá especial atenção.

Constatado o mandado de criminalização, é necessário verificar a inércia do legislador em relação a ele, caso em que restará configurada a inconstitucionalidade por omissão total. Por óbvio, a inércia legislativa apenas ganha relevância em face de um mandamento constitucional, o qual deve, portanto, ser identificado.

Verificada, portanto, a existência de lei correspondente ao imperativo constitucional, dever-se-á analisar a criação legislativa propriamente dita, o que poderá levar às hipóteses de cumprimento incompleto (inconstitucionalidade por omissão parcial) ou equivocado (inconstitucionalidade por ação). Para tanto, SCALCON (2018) propõe como critérios as regras de produção jurídica e os postulados normativos aplicativos.

As regras relativas à produção jurídica, no âmbito do Direito Penal, como dito, são os tradicionais “princípios”, cujo desrespeito incorre em invalidade. Quanto aos postulados, SCALCON (2018), serão aplicados aqueles mesmos que dizem respeito ao controle fraco de constitucionalidade, razão pela qual evita-se a repetição.

²⁵² SCALCON, 2018.

²⁵³ SCALCON, 2018, p. 77.

Assim sendo, confrontando o conteúdo da norma infraconstitucional com as regras de produção jurídica e dos postulados, restará concluído o exame de constitucionalidade.

Em especial, no que tange à inconstitucionalidade por omissão parcial, o principal postulado a ser observado é o da igualdade. Recorrentemente, uma lei maculada com o vício da inconstitucionalidade por omissão parcial assim o é em razão de uma execução do mandado de criminalização que exclui da tutela penal determinadas hipóteses (relativas às vítimas, culpabilidade, ofensor, punibilidade...) sem que tal diferenciação esteja amparada no postulado da igualdade. Neste ponto, há de se ter em mente que: “*Há casos e casos. Se em alguns a diferenciação é proibida, noutros ela é obrigatória, sob pena, em qualquer das hipóteses, de violação ao conteúdo material da fragmentariedade conjugado ao da igualdade*”²⁵⁴.

Já no que tange à inconstitucionalidade por ação, no âmbito das competências constitucionais, embora todos as regras e postulados devam ser observados, especial atenção merece a questão da proporcionalidade “em relação à forma e o conteúdo da incriminação”²⁵⁵ – que será, por outro lado, “pouco relevante (ainda que não absolutamente insignificante) no que tange à adequação e necessidade”²⁵⁶, já asseguradas pelo mandado constitucional²⁵⁷.

4.3.2. A CONSTITUCIONALIDADE DOS TIPOS PENAIS INSTITUÍDOS PELA LEI Nº 14.197/2021

Como já amplamente demonstrado, a Lei nº 14.197/2021 incluiu no Código Penal os Crimes contra o Estado Democrático de Direito; divididos sob os capítulos “Dos Crimes Contra a Soberania Nacional”, “Dos Crimes Contra as Instituições Democráticas”, “Dos Crimes Contra o Funcionamento das Instituições Democráticas no Processo Eleitoral” e “Dos Crimes Contra o Funcionamento Dos Serviços Essenciais”.

²⁵⁴ SCALCON, 2018, p. 86.

²⁵⁵ SCALCON, 2018, p. 81.

²⁵⁶ SCALCON, 2018, p. 81.

²⁵⁷ SCALCON, 2018, p. 81.

Partindo-se da premissa de que os títulos dos capítulos indicam as finalidades dos tipos penais neles contidos – ou seja os bens jurídicos, ou direitos fundamentais, cuja intervenção penal busca proteger, pode-se elencar os seguintes: *i*) soberania nacional; e *ii*) instituições democráticas – nelas contidas o exercício dos poderes constitucionais e o funcionamento do processo eleitoral²⁵⁸. Não há dúvidas, portanto, de que se está diante, pelo menos, de “fins constitucionalmente previstos”, nos termos utilizados por SCALCON (2018).

Afinal, a soberania nacional constitui um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, I, CF/1988); uma das restrições à criação de partidos políticos (art. 17, *caput*, CF/1988); além de um dos princípios da ordem econômica (art. 170, I, CF/1988).

Quanto às instituições democráticas, pode-se considerar, de uma forma geral, que a finalidade última dos tipos penais em debate é a segurança do Estado Democrático de Direito, cuja importância constitucional é extraída do artigo 1º, *caput*, CF/1988, que prevê que esta é a forma de constituição da República Federativa do Brasil; do artigo 60, §4º, II, III e IV, que institui como cláusulas pétreas o sistema de voto, a separação de poderes e os direitos individuais; além de todas as medidas de proteção da democracia e suas instituições, desenvolvidas em capítulo próprio.

Assim, a resposta ao primeiro critério de análise proposto por SCALCON (2018), restou positiva: a eleição dos fins a serem promovidos encontra amparo – expresso – na Constituição Federal 1988.

Neste ponto, contudo, é necessário fazer uma ressalva.

Dentre os mecanismos autoproteção da democracia, como já demonstrado, encontra-se o mandado de criminalização expresso no artigo 5º, XLIV, da CF/1988. Dele se extrai uma obrigação do legislador em criminalizar: I) a ação de grupos armados; que atentem contra: a) a ordem constitucional; b) o Estado Democrático.

Como se vê, trata-se da promoção dos mesmos fins que ensejaram a promulgação da Lei nº 14.197/2021. Por esta razão, pode-se considerar que a referida

²⁵⁸ Em que pese o capítulo IV aparentemente proteger o bem jurídico “funcionamento dos serviços essenciais”, o único tipo penal nele constante traz como elemento específico do tipo a finalidade de abolir o Estado Democrático de direito, razão pela qual se considera este último como o fim tutelado.

lei consiste no cumprimento, pelo legislador, de um mandado constitucional de criminalização.

A lei infraconstitucional, contudo, é mais abrangente do que a competência positiva em comento: não criminaliza apenas a conduta dos grupos armados, mas sim condutas bastante mais abrangentes. Por esta razão é que, de um lado, será necessário avaliar a constitucionalidade da norma enquanto cumpridora do dever constitucional de criminalizar (“controle forte”), no que tange à conduta de “grupos armados”; e, de outro, a constitucionalidade à luz da discricionariedade do legislador na elaboração de tipos penais cujos fins estão constitucionalmente expressos (“controle fraco”).

a) O controle forte de constitucionalidade

Como dito, à princípio, a Lei nº 14.197/2021 cumpre o mandado de criminalização constitucional previsto no artigo 5º, XLIV.

Com efeito, a norma tutela a *ordem constitucional* expressamente no crime de espionagem (art. 359, K, CP); além de, indiretamente, no delito de abolir o Estado Democrático de direito, ao vincular a conduta típica ao impedimento ou restrição dos poderes constitucionais. Quanto ao *Estado Democrático*, diversos delitos indicam expressamente a finalidade de protegê-lo.

Portanto, as condutas descritas, de fato, são bastante mais abrangentes do que a restritiva disposição constitucional sobre “grupos armados, civis ou militares”, não deixando, contudo, de englobá-los em diversas das tipificações.

Assim sendo, quanto a este aspecto da legislação, dispensa-se a análise quanto à inconstitucionalidade por omissão. Ademais, a norma pode ser considerada válida, por não violar, a princípio, nenhuma das garantias de conteúdo penal da Constituição Federal; de forma que restam contemplados os critérios relativos aos fins eleitos e a seleção da tutela penal (ambos positivos).

No entanto, ainda é necessário se valer dos princípios e postulados jurídicos para verificar eventual inconstitucionalidade por omissão parcial ou por ação, quando da execução da ordem constitucional na redação da lei.

No que tange à inconstitucionalidade por omissão parcial, de largada, não há que se falar em violação ao postulado da igualdade. Nenhum dos tipos penais da norma em comento traz tratamentos desiguais de qualquer forma que seja. As condutas descritas são abrangentes, podem ser praticadas por qualquer agente ou grupo e são definidas basicamente em razão de seu caráter atentatório, justamente, à democracia e à ordem constitucional.

Além disso, a legislação criminalizadora é ainda mais abrangente do que o mandado constitucional, de forma que eventuais críticas – como a supracitada, de que há condutas que não foram consideradas, como ataques discursivos –, não caberiam no âmbito do controle forte de constitucionalidade. É bem verdade que, apesar de mais abrangente, poderia deixar de cumprir o mandado sob algum outro aspecto. Não é, contudo, o que se observou no caso.

Ainda, quanto à inconstitucionalidade por ação, não nos parece que a legislação alçou mão de sanções injustificadas – as penas, apesar de altas, correspondem em alguma medida com a sistemática do Código Penal.

Também não parece que o legislador ampliou excessivamente o *nomen juris* do mandado constitucional. Apesar da ausência de uma definição precisa sobre os conceitos utilizados pelo legislador na própria lei, a descrição das condutas não permite que se afirme uma descrição abusivamente extensa. Por outro lado, a falta de definição supracitada poderá, sim, trazer problemas de proporcionalidade aos tipos penais implicados, a depender de sua aplicação na realidade, de forma que a questão da adequação deverá ser revisitada, sempre, à luz dos dados concretos e atuais, conforme elucidado acima.

Os demais postulados deverão ser, um a um, analisados sobre cada tipo penal introduzido pela legislação. O exame, que é de suma importância, não será exaustivamente aplicado ao presente trabalho, pela falta de tempo e espaço.

Não obstante, conclui-se que, no âmbito daquilo que a Constituição expressamente prevê a criminalização, não há vícios graves de constitucionalidade, devendo ser, contudo, aprofundada a análise em próximos estudos.

b) O controle fraco de constitucionalidade

Diversos crimes introduzidos pela Lei em Defesa do Estado Democrático de Direito não podem ser considerados mero cumprimento do mandado de criminalização supracitado. Por esta razão, é necessário que a legislação seja também analisada sob a ótica do controle fraco de constitucionalidade.

Primeiramente, tem-se que a legitimidade na eleição dos fins já foi devidamente constatada, haja vista que dispõem de previsão expressa na Constituição.

Quanto à seleção dos meios (intervenção penal), a presunção de proporcionalidade apenas ocorre com relação aos crimes praticados por “grupos armados”. Portanto, ela é indispensável com relação a todos os tipos penais, pois são todos mais abrangentes, de forma que seu conteúdo decorre da discricionariedade do legislador.

Assim, quanto à adequação, insta destacar que seu exame requer avaliações empíricas, sob dados concretos e atuais, na legislação interna e internacional – o que, infelizmente, não será realizado no presente estudo. Por outro lado, em havendo tipos penais semelhantes ao redor do globo e em face da tutela penal prevista na própria Constituição para casos mais graves (ao passo que a lei não tutela condutas inofensivas), tem-se como razoável assumir que, sob a perspectiva da finalidade de prevenção positiva do Direito Penal, o meio é apto à proteção da soberania, da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito.

Quanto à necessidade, se adotada a perspectiva de SCALCON (2018), tem-se que a criminalização não deve ser considerada inviável, porque não parecer haver uma fortíssima incerteza empírica acerca da suficiência dos meios extrapenais para os fins pretendidos. Até porque, a crescente derrocada autoritária no contexto brasileiro vinha invocando a aplicação de dispositivos da antiga Lei de Segurança Nacional, esta sim, inconstitucional, de forma que sua substituição era indispensável à proteção dos bens jurídicos tutelados.

Ademais disso, os crimes descritos na Lei nº 14.197/2021 são condutas de alta gravidade (dar início à guerra, espionagem, impedimento de eleições, abolição do Estado Democrático), várias delas praticadas mediante violência ou grave ameaça; sem que haja conflito penal de primeira ordem (a afetação se dá sob o direito à liberdade em

razão da pena, porque não há um direito fundamental em exercício na conduta tipificada)²⁵⁹. Por tais razões, a importância da realização do fim parece justificar o grau de restrição decorrente da utilização do direito penal, nos termos da proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, com relação ao exame de proporcionalidade, insta trazer à baila as considerações de LEITE & TEIXEIRA (2020), sobre o tema:

Ninguém parece duvidar que a utilização de violência (ou ameaça de) ou de coação contra o Parlamento ou contra a Corte Suprema, de modo a tumultuar fisicamente o funcionamento das instituições – a impedir uma votação, por exemplo –, deve estar proibida penalmente, tal como ocorre, por exemplo, nos §§ 105 e 106 StGB, no art. 333 do Código Penal português e como já era previsto, entre nós, nos arts. 91 e seguintes do Código Penal do Brasil Império, de 1830.²⁶⁰

Assim, partindo-se do pressuposto de que o fim tutelado é legítimo e que o meio empregado é proporcional em face de sua persecução, passa-se à análise do *modo* como o legislador positivou a norma no ordenamento jurídico.

Primeiramente, vale trazer à baila o silêncio da legislação quanto aos ataques discursivos às instituições democráticas. Em que pese o desafio histórico e de política criminal que se coloca quanto a este ponto – debatidos em capítulo próprio –, não se pode dizer que há um problema de inconstitucionalidade dele decorrente.

Muito embora haja um postulado aplicativo normativo que proíbe a insuficiência, a criminalização dos aspectos discursivos, como demonstrado, é muito mais frágil do ponto de vista constitucional, justamente em razão da grave afetação à liberdade de expressão. As sugestões para a criminalização deste tipo de conduta à luz do ordenamento constitucional são diversas; mas não se pode, com isso, dizer que a lei em questão é insuficiente quanto à proteção do bem jurídico tutelado.

Quanto ao postulado da proibição do excesso, devem ser levadas em conta algumas considerações.

²⁵⁹ Nos termos da doutrina de DIMOULIS (2015, p. 74), “Em outros casos, a conduta criminalizada não constitui exercício de direito fundamental. Ainda que se adote uma interpretação extremamente ampla das condutas protegidas por direitos fundamentais (área de proteção), não se pode afirmar, v.g., que crimes de estelionato constituem expressão da liberdade econômica do agressor. Em tal caso, não há conflito penal-constitucional de primeira ordem entre direitos fundamentais. Mesmo assim, a intervenção penal (cominação, imposição e execução de pena) afeta direitos fundamentais, em particular e locomoção e a propriedade. Isso gera um conflito penal-constitucional de segunda ordem (decorrente da sanção criminal).”

²⁶⁰ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 52.

Primeiramente que, em regra, os tipos penais instituídos pela Lei nº 14.197/2021, como dito, não trazem uma excessiva antecipação da tutela penal. Boa parte das condutas tipificadas trazem como elementar típica o uso de violência ou grave ameaça, associado ao dolo específico de acabar ou prejudicar com o bem jurídico tutelado – elementos que reforçam a presença do requisito da proporcionalidade.

Com efeito, o crime de “abolição violenta do Estado Democrático de Direito”, cujo núcleo típico é o verbo “tentar” – o que poderia significar uma excessiva antecipação da tutela ou, ainda, a proibição de condutas incapazes de afetação ao bem jurídico – apenas têm incidência: *i*) no caso de emprego violência ou grave ameaça; e *ii*) se, no curso da ação (“tentativa”), ocorra uma restrição do exercício dos poderes constitucionais. Assim, tem-se que a conduta típica depende de uma efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

De outra sorte, vale destacar que o crime de “golpe de Estado”, embora apenas ocorra mediante violência ou grave ameaça, também tem como núcleo típico o verbo “tentar”. No entanto, neste caso, a tentativa não está vinculada a qualquer tipo de lesão, podendo levar à criminalização de condutas irrelevantes do ponto de vista de afetação ao bem jurídico tutelado. Com efeito, o alerta feito por LEITE & TEIXEIRA (2020) não parece ter sido plenamente atendido na elaboração do tipo penal em tela:

Quando se chega ao nível institucional – o que aqui nos interessa –, vê-se que o método de agressão deve ser de robustez bastante acentuada, na medida em que há fluidez quanto ao bem jurídico coletivo protegido (“abalo do funcionamento da instituição”) e as instituições são capazes de autodefesa, sem haver necessidade de recurso imediato ao Direito Penal. **Quando esse abalo real ocorrer, contudo, ele assume grande gravidade, pela importância da instituição para a consecução das finalidades do Estado de Direito.** Essa intuição deve ser desenvolvida e ser traduzida, a nosso ver, nos eventuais tipos penais, cujo alcance deve ser restrito.²⁶¹

Isto pode indicar uma violação de postulados como proibição do excesso proporcionalidade. Assim, pode ser aplicado ao caso uma “interpretação conforme a Constituição”, para fixar uma interpretação restritiva do tipo penal, criminalizando apenas as condutas com efetivo potencial lesivo à estabilidade do governo legitimamente constituído.

No que tange às condutas que não contam com elementar “violência ou grave ameaça”, tem-se: *i*) o crime de “atentado à soberania” (art. 359-I), que envolve a

²⁶¹ LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 52.

ocorrência de uma efetiva negociação com governo estrangeiro para provocar atos de guerra; *ii*) “espionagem” (art. 359-K), que constitui um crime de perigo concreto, pela necessidade de “colocar em perigo a preservação da ordem constitucional ou a soberania nacional”; e *iii*) o crime de “interrupção do processo eleitoral” (art. 359-N), cuja consumação depende de uma efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, o que se extrai dos núcleos típicos utilizados – “impedir ou perturbar”. Assim, não parece haver flagrantes ilegalidades nas tipificações.

Ademais disso, merece também atenção outro alerta feito por LEITE & TEIXEIRA (2020), que não foi devidamente atendido pelo legislador quando da redação da norma incriminadora:

Ainda no plano legislativo, seria salutar uma norma interpretativa similar ao § 92 StGB, com uma definição legal e reduzida do que pode “abalar o Estado de Direito constitucionalmente estabelecido” – para usar o conceito do direito português – ou a “ordem democrática fundamental”. Essa norma visa a assegurar que os contornos do Estado de Direito não sejam desenhados pelas epifanias palacianas dos governos de ocasião, mas, sim, determinados de maneira permanente a partir do que consta da Constituição (...).²⁶²

Como já demonstrado, os problemas decorrentes da insuficiente definição dos conceitos utilizados são diversos. Mas, especialmente no que tange à constitucionalidade, tem-se que, no silêncio legislativo, a cooptação das definições supracitadas pode levar à aplicação dos tipos penais de forma a consolidar interesses políticos, o que tornaria necessária uma revisitação ao requisito da adequação à luz dos dados concretos e atuais.

Por outro lado, tem-se que os conceitos utilizados, apesar de amplos, encontram guarida constitucional, de forma que sua interpretação deverá ser sempre ocorrer em sua conformidade. Afinal, é possível extrair da Constituição em que consiste o Estado Democrático (por exemplo, por meio das cláusulas pétreas) e como deve correr o processo eleitoral (eleições periódicos, voto secreto e universal), de forma que levar a aplicação destes conceitos em direção diversa, consistiria em um problema hermenêutico, mas não propriamente de constitucionalidade.

Por fim, outro ponto que merece destaque diz respeito ao artigo 3º, da referida Lei, que reforça a sistemática já existente no Código Penal e também constante da

²⁶² LEITE & TEIXEIRA, 2020, p. 54.

revogada Lei de Segurança Nacional, de agravamento de pena dos crimes contra a honra praticados contra funcionário público no exercício de sua função, como demonstrado.

A lei acrescenta ao inciso II, do artigo 141, do Código Penal, em que consta a referida majoração, a figura dos Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal. Disso decorre um reforço da posição segundo a qual a condição de funcionário público agrava o crime contra a honra, ao passo que deveria ser justamente o contrário, em proteção à liberdade de expressão, especialmente para crítica política no âmbito de um Estado de Direito. Por esta razão, entende-se que o inciso II, do art. 141, do Código Penal, não sobrevive a um juízo de proporcionalidade; ao passo que a alteração legislativa decorrente da Lei nº 14.197/2021 encontra barreira no postulado da coerência.

Assim sendo, em uma análise preliminar, o presente trabalho conclui pela constitucionalidade dos tipos penais em comento, com as ressalvas supracitadas e com exceção da modificação feita no inciso II, do artigo 141, do Código Penal.

5. CONCLUSÕES

Diante das premissas levantadas nos capítulos anteriores do presente trabalho, foi possível concluir que a teoria da democracia militante possui aplicabilidade ao contexto brasileiro, tendo em vista as disposições constitucionais expressas que instituem mecanismos de autodefesa das instituições democráticas e da ordem constitucional, tanto em seu aspecto procedimental quanto substantivo.

Ademais, concluiu-se também que, mais do que viável, a utilização de tais mecanismos se tornou imperativa, em face dos recentes e crescentes ataques antidemocráticos, encabeçados, inclusive, por um representante autoritário eleito para o Poder Executivo entre os anos de 2018 a 2022.

O contexto social e político levado à cabo na última década, gestou na sociedade civil e nos representantes dos poderes constitucionais a urgência de seguir o conselho de Loewenstein e tornar militante a nossa democracia. Felizmente, o constituinte já havia previsto tal cenário e, por esses e outros motivos, a Constituição Federal de 1988 manteve-se incólume, mostrando a já mencionada resiliência.

Ocorre que, dentre os clamores em prol da autodefesa da democracia, surgiu uma demanda profunda para que se recorresse à tutela penal para fazer cessar os ataques. Com efeito, a Lei de Segurança Nacional já se demonstrava flagrantemente anacrônica – não deveria sequer ter sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 –, demandando substituição, inclusive, para o cumprimento do mandado de criminalização constante do artigo 5º, XLIV, da CF/1988.

A Lei nº 14.197/2021 veio para resolver o problema. Além de revogar expressamente a Lei de Segurança Nacional, tipificou as principais condutas de efetivo potencial lesivo às instituições democráticas, observando seu núcleo essencial consolidado na Carta Cidadã.

De um lado, pode-se concluir que a positivação no ordenamento jurídico dos crimes contra o Estado Democrático de Direito contribuiu para a consolidação de uma democracia militante que já estava prevista pelo ordenamento constitucional. Afinal, como também demonstrado no presente trabalho, o Direito Penal pode, sim, ser um dos instrumentos a tutelarem a higidez das instituições democráticas, desde que observados os seus próprios princípios. No caso brasileiro, ainda, a utilização do Direito Penal na

proteção da democracia foi imperativo positivado na própria Constituição Federal (artigo 5º, XLIV, da CF/1988).

Não obstante, também se destacou o sutil equilíbrio que se forma entre o uso – ainda que legítimo – do Direito Penal e a defesa das instituições democráticas, pela gravosa restrição a direitos fundamentais que decorrem do primeiro, bem como do risco de que se criem “zonas de exceção”, de “não direito”, para a punição daqueles que o Estado entende como seus “inimigos”. Por esta razão é que a eventual tipificação de crimes que afrontam o Estado Democrático deve sempre ocorrer nos limites estritos dos direitos fundamentais e princípios penais.

Com efeito, os requisitos de legitimidade trabalhados ao longo do presente estudo, grosso modo, foram observados pelo legislador quando da redação da Lei dos Crimes contra o Estado Democrático.

Primeiramente, na preliminar análise de constitucionalidade feita no presente trabalho, os tipos penais instituídos parecem sobreviver – o que, por si só, retira as medidas militantes da esfera da “exceção”.

De mais a mais, os bens jurídicos tutelados são precisamente aqueles que a Constituição Federal elenca como fundamentais ao Estado Democrático (procedimento e substância), com ainda maior enfoque sobre o aspecto procedimental, o que garante maior objetividade na aplicação.

Ainda, as condutas tipificadas preveem, em regra, a necessidade de efetivo potencial lesivo, o que atende ao requisito da proporcionalidade; ao passo que também vão ao encontro do princípio de intervenção limitada, que deve orientar a aplicação dos mecanismos postos à serviço da democracia militante.

Neste ponto, o grande desafio na consolidação da democracia militante talvez seja a busca por uma solução aos ataques discursivos às instituições democráticas, que acabaram não incluídas na proteção da norma, muito menos após os vetos presidenciais. Será necessário, portanto, que se aprofundem os estudos dogmáticos em torno de meios extrapenais para tutelar ameaças de menor gravidade; bem como sobre as possibilidades de criminalização sem violação a direitos fundamentais.

Portanto, o que se tem que a Lei nº 14.197/2021 contribuiu para a efetivação da democracia militante no Brasil, o que ocorreu em conformidade com a Constituição e

superando um modelo de exceção que vinha sendo aplicado a este tipo de conduta. No entanto, a sua aplicação deverá ser cuidadosa.

Quanto a isso, destaca-se que grandes esforços deverão ser empregados na cuidadosa e recorrente análise da constitucionalidade dos tipos penais criados (com base em dados concretos e atuais para fundamentar o juízo de adequação), bem como da jurisprudência formada com relação a eles, visando evitar os excessos.

Afinal, como já apontado, a utilização de conceitos amplos pelo legislador sem a devida definição coloca desafios na interpretação e aplicação do texto legal. Sobretudo, possibilita interpretações extensivas, criação de regras excepcionais ou flexibilização de garantias fundamentais ou mesmo de normas infraconstitucionais. Para orientar as decisões judiciais, as disposições constitucionais, se bem aplicadas, resolvem boa parte dos problemas; do contrário, a má interpretação ou o abuso de poder podem se tornar a regra.

Bem porque os institutos de democracia militante já consistem em “exceções”: exceção à livre criação de partidos políticos, exceção à liberdade de expressão, exceção à liberdade de locomoção, no caso do uso do Direito Penal. Estas se tornam legítimas quando estão previstas no texto constitucional; e não desvirtuam a democracia quando se encontram nos termos dos fundamentos teóricos e teorias de autocontenção apresentados no presente trabalho.

Por outro lado, as instituições, ainda que se defenda que elas também devem se tornar militantes, o máximo que poderão fazer é ativamente aplicar as disposições legais que asseguram a autodefesa da democracia, mas **nunca, jamais**, criar novas exceções – quer em razão da gravidade da conduta, da intensidade da lesão, da reincidência do ofensor.

Enfim, a democracia brasileira é militante e os crimes contra o Estado Democrático são prova disso. A aplicação adequada dos institutos, contudo, é essencial para que a democracia não se converta, ela própria, em autoritarismo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

8 de janeiro: O que se sabe sobre os ataques golpistas em Brasília após um mês da invasão. Estado de São Paulo, São Paulo, 08/02/2023. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/8-janeiro-mes-ataques-golpistas-invasao-brasilia-o-que-se-sabe/>. Acesso em 19/09/2023.

AVRITZER, Leonardo. Política e antipolítica: A crise do governo Bolsonaro. Coleção 2020. São Paulo: Todavia, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o estado democrático de direito. In: Revista de Estudos Criminais, ano 2, n. 9, 2003. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/4/2FD52BCEBAD7B2_DefesadoEstadoDemocra%CC%81ticodeDi.pdf>. Acesso em 06/03/2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer de Plenário elaborado pela Comissão Especial destinada a proferir parecer ao PL nº 2462/1991 e apensados. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2004072. Acesso em 29/08/2023.

CLITEUR, P. B., & RIJPKEMA, B. R. (2012). The Foundations of Militant Democracy. In M. G. Ellian A. (Ed.), The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror (pp. 227-272). Dordrecht: Republic of Letters Publishing. Disponível em: <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/handle/1887/23053>>. Acesso em 06/03/2023.

DIMOULIS, Dimitri. Direito Penal Constitucional: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico político. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

FELDENS, Luciano. “Comentário ao art. 5º, XLVI”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al (coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

FELDENS, Luciano. A defesa penal da Constituição. JOTA, São Paulo, 11/05/2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-defesa-penal-da-constituicao-11052021>. Acesso em 25/09/2023.

KIRSHNER, Alexander S. A Theory of Militant Democracy: the ethics of combating political extremism. New Haven: Yale University Press, 2014.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Defesa do Estado de Direito por Meio do Direito Penal: a experiência comparada e o Desafio Brasileiro. Consulta ao Conselho Federal da OAB, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-lsn-alaor-teixeira.pdf>. Acesso em 02/03/2023.

LOEWENSTEIN (a), Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. American Political Science Review, 31(3), 417-432. doi:10.2307/1948164, 1937.

LOEWENSTEIN (b), Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, II. American Political Science Review, 31(4), 638-658. doi:10.2307/1948103, 1937.

NUNES, Daniel Capecchi. A Constituição de 1988 é neutra? A democracia não é compatível com toda e qualquer narrativa. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constituicao-de-1988-e-neutra-15122017>. Acesso em 19/09/2023.

PONTES, João Gabriel Madeira. Democracia militante em tempos de crise. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

POPPER, Karl. The Open Society and Its Enemies. New One-Volume Edition: Princeton University Press, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. Parecer: Lei de Segurança Nacional e Defesa do Estado de Direito no Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-lsn-reale-jr-wunderlich.pdf>. Acesso em 15/09/2023.

RIJPKEMA, B. R. (2012). Popper's Paradox of Democracy. Think. Philosophy For Everyone, 11(32), 93-96. Disponível em: https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/handle/1887/19967?solr_nav%5Bid%5D=4c2e1bc0a617c84cf644&solr_nav%5Bpage%5D=0&solr_nav%5Boffset%5D=15. Acesso em 06/03/2023.

RIJPKEMA, Bastiaan. Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance. Oxon e New York: Routledge, 2018.

SCALCON, Raquel Lima. Controle de Constitucionalidade de Leis Penais. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

STANLEY, Jason. “A democracia brasileira”. Quatro Cinco Um, ano 04, n° 33, 2020. Disponível em: <https://www.quatrocincoum.com.br/br/artigos/laut/a-democracia-brasileira> . Acesso em 01/05/2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. 2ª ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Democracia Militante”. *Folha de São Paulo*, 14 de março de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2020/03/democracia-militante.shtml>>. Acesso em 03/03/2023.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens Eduardo; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Supremocracia e infralegalismo autoritário: O comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro. *Novos Estudos. CEBRAP*, v. 41, p. 591-605, 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens Eduardo. Populismo autocrático e resiliência Constitucional. *Interesse Nacional*, v. 12, p. 66-76, 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. O STF e a Defesa da Democracia no Brasil. *Journal of Democracy em Português*. Volume 12, Número 1, Junho de 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O Inimigo no Direito Penal, 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.* Direito Penal Brasileiro: primeiro volume, 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 13ª ed., rev., atual.,. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.