

André Callegari: Tutela penal das instituições democráticas

04/07/2022

Spacca



Breve introdução. O que protege o Direito Penal?

A primeira questão que deve ser levada em consideração é qual a missão do Direito Penal. E podemos ter duas vertentes já de entrada: a) a proteção de bens jurídicos numa concepção tradicional da doutrina (Roxin–Hassemer) ou a vigência da norma, conforme preconiza Jakobs.

Mesmo que se adote a visão tradicional de proteção de bens jurídicos não são todos os bens que merecem a proteção do Direito Penal, mas tão-somente aqueles que são relevantes para uma convivência pacífica na sociedade (Roxin). Assim, determinados bens jurídicos que já foram protegidos no passado devem ficar de fora da tutela penal. E isso se aplica em face da concepção histórica de que determinados bens estavam relacionados a criminalização de costumes ou tabus da sociedade.

De outro lado, a concepção de proteção da vigência da norma reforça uma posição onde o bem jurídico tutelado é a própria norma penal, no sentido de que o autor, quando comete o delito, nega essa vigência e o Estado, ao impor a pena, nega esse comportamento incorreto do autor. A pena tem uma missão de comunicação, ou seja, passa à sociedade a mensagem que o desrespeito à norma não é correto e que mesmo com o comportamento praticado a lei seguirá sendo aplicada (Jakobs).

Feitas essas considerações iniciais sobre a proteção de bens jurídicos o tema proposto nos leva a uma questão interessante sobre a tutela penal das instituições democráticas.

As instituições democráticas são um bem jurídico?

O Direito Penal estava acostumado lidar com bens jurídicos individuais e não coletivos. Com a evolução da sociedade e do surgimento de novos bens jurídicos a tutela penal se expandiu para bens jurídicos que antes eram protegidos por outras esferas do Direito (administrativo, civil, previdenciário etc.). Com o passar dos anos e os novos modelos de proteção penal se admitiu a tutela de bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, a ordem econômica, a sociedade ou a ordem social no delito de terrorismo. Da mesma forma pode se inserir as instituições democráticas, embora de alguma forma essa proteção já existisse na Lei de Segurança Nacional.



A regra no Código Penal é que elas não se inserem no contexto da proteção de bens jurídicos tradicionais e isso se depreende não só dos conceitos históricos ou tradicionais de bens jurídicos como da própria legislação penal.

Mas os ataques propriamente ditos as instituições tipificarão quais crimes? Normalmente a tutela penal não se estende aos entes abstratos como as instituições democráticas, mas de outro lado protege os seus representantes que as dirigem ou fazem parte dela.

Nesse sentido, atingir um bem público, ou ofender um integrante de uma instituição certamente constitui um crime porque há previsão legal para isso. Mas a ofensa por si só há uma instituição democrática poderia tipificar algum delito? A resposta para essa indagação se encontra nas alterações introduzidas no Código Penal e antes previstas na Lei de Segurança Nacional.

Os tipos penais descritos nas mudanças introduzidas recentemente no Código Penal são os que atentam contra as instituições democráticas. A identificação do bem jurídico protegido parece não ter maiores dificuldades em relação ao artigo 359-L, do Código Penal, porque esse tipo penal trata especificamente da proteção dos poderes constitucionais, onde deve-se ler que compreende os três poderes constitucionalmente previstos em nossa Carta Política. Nesse sentido, aquele que atentar com o emprego de violência ou grave ameaça abolir o Estado de Direito, impedindo o exercício dos poderes constitucionais praticará a conduta típica agora descrita.

A vontade do legislador certamente foi impedir que se use de violência ou grave ameaça para restringir o normal funcionamento de nossas instituições. A proteção da democracia reside justamente em que as instituições possam funcionar sem o temor de que alguém as ameace para restringir as suas atividades constitucionais. Sem isso não há estado de Direito.

Importante proteção penal está inserta no novel tipo penal que protege um governo legitimamente constituído, leia-se, eleito democraticamente pelo povo através de processo eleitoral instituído e fiscalizado pela Justiça Eleitoral. Assim, aquele que tenta depor, por meio de violência ou grave ameaça um governo legítimo e democraticamente eleito pelo voto popular cometerá o delito previsto no artigo 359-M, do Código Penal.

A Justiça Eleitoral e o Tribunal Superior Eleitoral, instituições democráticas encarregadas de nossas eleições, tem zelado para que o sufrágio popular seja respeitado, portanto, aqueles que forem proclamados eleitos pela justiça especializada deverão assumir legitimamente os seus cargos e não poderão ser depostos. Colocar em jogo isso é colocar em jogo a democracia.

De igual forma a regra, digna de proteção jurídico-penal, vale para o caso daquele que impede ou perturba a eleição ou sua aferição mediante violação indevida de mecanismos de segurança do sistema eletrônico de votação estabelecido pela Justiça Eleitoral (artigo 359-N, CP).

A tutela penal incide sobre o exercício regular da democracia na livre escolha do voto popular, e protege o sufrágio eleitoral para que normal e livremente se escolham os candidatos que postulam um cargo nos poderes constitucionais. O sistema eleitoral deve ser preservado e o tipo penal tutela justamente isso, ou seja, a correta eleição e aferição do seu resultado.

Importante ressalva em relação à tipicidade penal fez o legislador ao respeitar o direito a manifestação crítica aos poderes constitucionais e as atividades jornalísticas que desenvolvem importante trabalho no fortalecimento da democracia. Assim, da mesma forma ficam de fora da proteção penal as manifestações, passeatas, reuniões, desde que sejam com propósitos sociais.

Essa exclusão da tipicidade penal faz parte da democracia e não se pode criminalizar as manifestações críticas e respeitadas aos poderes instituídos, tampouco as manifestações sociais. De outro lado, isso não significa que as condutas não possam tipificar outros delitos quando houver excessos ou ofensas pessoas que tipifiquem os crimes contra a honra daqueles que exercem legitimamente as suas funções. Não se deve e não se pode confundir a manifestação crítica com a imputação de fatos que possam ofender a honra subjetiva ou objetiva de representantes de instituições.

De todo o exposto, resulta clara a mensagem do legislador ao identificar bens jurídicos legitimamente tutelados em nome da proteção e do bom funcionamento de nossas instituições democráticas. Do meu ponto de vista a pena cominada para esses delitos comunica que embora o infrator se comporte de forma equivocada a norma seguirá aplicada, mantendo-se as expectativas da vigência da norma (prevenção geral positiva).



[] Breve resumo da palestra que proferi no dia 27 de junho no X Fórum Jurídico de Lisboa na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde tive a honra de dividir a mesa com os colegas Luis Greco, Alaor Leite, Pierpaolo Bottini, Marília Fontenele e Antônio Carlos de Almeida Castro.*

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-jul-04/andre-callegari-tutela-penal-instituicoes-democraticas/>