

César Dario: Os tais crimes contra o Estado de Direito

13/11/2022

Difícilmente alguém não ouviu falar em crimes contra o Estado democrático de Direito ou contra a segurança nacional, já havendo, inclusive, processos em curso por esses delitos e, ao menos um deles, com condenação.



Vou tentar explicar da maneira menos técnica possível

quais são os principais crimes da novel legislação.

Para isso, peço paciência e me desculpem pelo extenso texto.

A Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021, que revogou a Lei de Segurança Nacional, cuida de delitos que atentam contra o Estado democrático de Direito em seu sentido mais amplo.

A nova lei, que inclui o Título XII no Código Penal, foi publicada no dia 2 de setembro de 2021, e contou com diversos vetos presidenciais.

Uma das principais alterações, muito bem-vinda, aliás, é que os delitos de opinião, aqueles cometidos por escritos ou palavras, deixam de ser tipificados na Lei de Segurança Nacional e passam a ser crimes comuns, descritos no Código Penal, passíveis de transação penal, de competência do Juizado Especial Criminal, com exceção da calúnia agravada, e o mesmo delito ou a difamação, quando cometidos ou divulgados em quaisquer modalidades de redes sociais da rede mundial de computadores (internet), cuja pena é triplicada.

Inclusive, incluiu parágrafo único no artigo 286 do Código Penal, que traz dispositivo que era previsto como crime contra a segurança nacional pela Lei nº 7.170/1983 (art. 23), expressamente revogado.

De acordo com o novo dispositivo, será punido com a mesma pena da figura fundamental (artigo 286 do CP) aquele que incitar, publicamente, à animosidade entre as Forças Armadas, ou entre estas e os Poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário), as instituições

civis ou a sociedade.

Observo que a incitação deve se dar publicamente, isto é, ser percebida pelos sentidos de um número indeterminado de pessoas e ter potencialidade para alcançar o resultado almejado, que é a animosidade entre as Forças Armadas, ou entre estas e os Poderes da República, as instituições ou a sociedade.

Cuida-se de crime de suma gravidade, que pode colocar em risco o Estado democrático de Direito, e merecia apenamento mais rigoroso, como o que era previsto na Lei de Segurança Nacional.

Punir com pena ridícula de três a seis meses de detenção, ou multa, decerto não tutela como deveria a paz pública e o Estado democrático de Direito.

Anoto, por oportuno, que não haverá este delito quando se pede a intervenção das Forças Armadas para que ela cumpra suas funções previstas na Constituição Federal. O que a lei veda e pune é insuflar as Forças Armadas para que ajam contrariamente ao direito. Seria ilógico e insensato pretender punir aquele que apenas quer que direitos e garantias constitucionais sejam observados.

Os novos tipos penais, que já se encontram em vigor, constituem o Título XII, do Código Penal, que contém cinco capítulos: I – Dos crimes contra a soberania nacional; II – Dos crimes contra as instituições democráticas; III – Dos crimes contra o funcionamento das instituições; IV – Dos crimes contra o funcionamento dos serviços essenciais e VI – Disposições comuns, anotando que o capítulo V, que cuidava dos crimes contra o exercício da cidadania, foi vetado.

A *novatio* legislação não mais contempla expressamente quais são os bens jurídicos protegidos como fazia a lei revogada. No entanto, pode servir de parâmetro na interpretação de alguns de seus dispositivos.

Com efeito, da análise dos tipos penais, percebe-se que os bens jurídicos tutelados são a integridade territorial e a soberania nacional, o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado democrático de Direito, a segurança nacional e a lisura do processo eleitoral. Assim, a depender de qual dos delitos, a conduta praticada deverá ferir o bem jurídico protegido pela norma (crime de dano) ou colocá-lo em risco (crime de perigo). Dessa forma, não será uma conduta qualquer, mas uma bem grave, a fim de não se banalizar o emprego desses tipos penais, que sempre serão excepcionais.

Lembro que em países totalitários invariavelmente há uma norma penal aberta para alcançar toda e qualquer manifestação contra o governo e, que no seu entender, coloque-o em risco. A título de exemplo, o artigo 6º do Código Penal Soviético, outorgado após a revolução (1926), trazia norma que permitia a punição de qualquer conduta que fosse considerada perigosa à estrutura do Estado soviético.

Isso implicava que o juiz poderia punir quem, em sua opinião, pudesse colocar em risco a ordem política da época. Essas fórmulas de elaborar normas penais extremamente abertas foram empregadas do mesmo modo nos códigos criminais do Brasil colônia, como as Ordenações

Filipinas, usadas para condenar e executar Tiradentes e inúmeras outras pessoas que ousassem atentar contra o soberano.

Por conta desse perigo de perseguição estatal, vige nos países democráticos o princípio da reserva legal, do qual já falei em vários dos meus artigos, em especial em um publicado na **ConJur** em 1/11/2021, com o título: "*Crime de homofobia: nascimento, morte e velório do princípio da reserva legal*". Por esse princípio, a norma penal deve ser taxativa e sua interpretação restritiva, não admitindo a analogia em desfavor do acusado. A conduta deve se amoldar perfeitamente à norma penal, não sendo permitidas interpretações muito abertas a ponto de nela caber diversas condutas ao gosto do freguês.

Não pretendo analisar todos os dispositivos, o que faço em meus livros, mas cabe-me trazer algumas ponderações sobre tipos penais que foram empregados, tanto por parte do governo federal para processar algumas pessoas por crime contra a honra, quanto pelo STF no famigerado inquérito judicial das *fake news*.

Como dito, não há mais nenhum crime de opinião. Os crimes contra a honra dos chefes dos Poderes e de induzimento à prática de algum delito previsto na lei revogada (artigo 26), passam a ser tipificados no Código Penal, quais sejam, calúnia (artigo 138), difamação (artigo 139) e injúria (artigo 140), que não era tipificada na Lei de Segurança Nacional. Já o de incitação ao crime, que era tipificado no artigo 23, está previsto no artigo 286 do Código Penal, com pena amena, de três a seis meses de detenção, ou multa.

Em alguns casos, como os acima referidos, haverá a chamada continuidade normativa-típica, isto é, os crimes deixaram de ser previstos em uma lei, mas passam a ser tipificados em outra lei, não ocorrendo *abolitio criminis*, mas, como já disse, com pena bem inferior, que deve ser aplicada para o passado e futuro por constituir lei penal mais benéfica, retroagindo em favor do réu.

Saliento que em muitos dispositivos desta lei há dois elementos objetivos do tipo, que necessitam de interpretação de acordo com os bens jurídicos tutelados, como ocorre com qualquer norma penal. São a violência e a grave ameaça.

A violência nada mais é do que o desenvolvimento da força física para vencer resistência de alguém ou lhe causar alguma espécie de dano.

Em vários tipos penais existentes em nosso ordenamento jurídico, a violência surge como elementar ou circunstância do delito.

Não se exige que a violência seja irresistível, bastando que seja idônea a produzir o resultado querido pelo agente.

Em regra, o emprego da violência fará com que o agente responda por ela, quando advierem lesões corporais.

A ameaça, como ocorre com a violência, é integrante de vários tipos penais, funcionando ora como elementar, ora como circunstância, que agravará a pena.

Ela poderá configurar crime em si mesmo (artigo 147, do CP), mas, em regra, é modo de execução de um delito.

A ameaça consiste na revelação à vítima de lhe causar um mal injusto e grave, atual ou futuro, que só o agente terá como evitar. Essa promessa de mal pode ser da produção de dano ou de perigo, pouco importando qual deles seja prenunciado pelo agente.

Um dos tipos em que a violência ou a grave ameaça se fazem presentes é o artigo 359-L, que diz: *"Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais: Pena — reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência"*.

O novo tipo penal é uma junção dos artigos 17 e 18 da revogada Lei de Segurança Nacional, que dispunham:

"Art. 17 - Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos. Parágrafo único. Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; se resulta morte, aumenta-se até o dobro."

Art. 18 - Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados. Pena: reclusão, de 2 a 6 anos".

A atual norma, que tornou o tipo penal mais fechado, foi parcialmente mantida pelo instituto da continuidade normativa-típica, mas não em sua integralidade, como explicarei.

O verbo do novo tipo penal é tentar, isto é, realizar a conduta para que consiga a abolição do Estado democrático de Direito, mesmo que não o consiga. A norma não exige que isso ocorra, mas que a ação seja voltada para esta finalidade.

A ação deve ter por propósito abolir o Estado democrático de Direito, o que se dá mediante o impedimento ou a restrição do exercício dos poderes constitucionais, quais sejam, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, com o emprego de violência ou grave ameaça, que são os modos de execução do delito.

Note-se, assim, que a conduta praticada deve ao menos ter o potencial de produzir o resultado pretendido, embora possa não ocorrer, uma vez que o verbo do tipo é *"tentar abolir"*. Com isso, embora não ocorra a abolição do Estado Democrático de Direito, o que dar-se-ia, em regra, com golpe de estado ou revolução e a imposição de um regime totalitário, é exigido pela norma que um dos Poderes da República seja impedido ou ao menos tenha restringido o regular exercício de suas atribuições ou jurisdição.

Com efeito, os elementos objetivos *"impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais"*, não se encontravam presentes no artigo 18 da LSN, mas no artigo 17 de forma autônoma e ainda com redação um pouco diferente.

Dessa forma, se não ocorreu o impedimento ou, ao menos, a restrição do exercício de um dos Poderes da República, não pode haver a condenação por delito consumado.



Além do mais, para a adequação típica, deve ter havido violência à pessoa ou grave ameaça e que a conduta tivesse o potencial de colocar em risco o Estado democrático de Direito, sendo essa a intenção do agente ao proferir palavras ou escritos, quando se tratar de crime cometido com esse modo de execução. Havendo atos concretos de violência contra pessoa, fica muito mais fácil interpretar a norma, o que não ocorre com a grave ameaça, normalmente cometida por escritos, palavras ou até mesmo por gestos.

Portanto, meras bravatas ou simples ameaças, destemperos emocionais, patacoadas ou desabafos, que não tenham o condão de colocar em perigo a ordem constitucional vigente, podem até configurar crime contra a honra e ameaça, mas não contra o Estado democrático de Direito.

Malgrado seja discutível, por se tratar de crime plurissubsistente, pode, em tese, ocorrer a tentativa, quando o sujeito, tendo como intenção a abolição do Estado democrático de Direito, empregar a violência ou a grave ameaça e não conseguir impedir ou restringir o exercício dos poderes constitucionais.

Outra conduta, ainda mais grave, vem delineada no artigo 359- M, que dispõe: *"Tentar depor, por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído: Pena — reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência"*.

Nesta conduta, o agente vai mais longe. Ele não visa apenas impedir ou restringir o exercício dos poderes constitucionais. Ele pretende, com o emprego de violência contra a pessoa ou grave ameaça, derrubar o governo legitimamente constituído, que me parece ser o Executivo, aquele que efetivamente governa no regime presidencialista. Não é exigida a deposição do governo, contentando-se a norma com a mera tentativa. Assim, ao empregar violência ou grave ameaça com o propósito de depor o governo legitimamente constituído, mesmo que isso não ocorra, o crime restará consumado.

Também é punida a invasão do sistema informático responsável pelas eleições. O novo dispositivo, reza que: *"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: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa"*.

Muito bem-vinda a nova norma penal em razão da violação ao sistema informatizado do TSE ocorrido em passado próximo.

Para que ocorra a adequação típica, não basta a mera invasão do sistema eletrônico de votação. A finalidade da invasão deve ser o impedimento ou a perturbação da eleição ou da aferição de seu resultado, isto é, a contagem dos votos.

Não se exige que ocorra o efetivo óbice do processo eleitoral ou da contagem dos votos, contentando-se o tipo com a perturbação, ou seja, a prática de alguma conduta que atrapalhe um e/ou outro.

Preocupado com o exercício dos direitos políticos, o legislador criou figura penal bem interessante, disposta no artigo 359-P, que diz: *"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: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, além da pena correspondente à violência".

Visa o novo dispositivo proteger tanto a capacidade eleitoral ativa (direito de votar) quanto a capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado). É punida a conduta de restringir (reduzir), impedir (não deixar) ou dificultar (criar obstáculo), mediante o emprego de violência física, sexual ou psicológica, o exercício dos direitos políticos de alguém (capacidade eleitoral) em razão de seu sexo, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

O dispositivo inova e traz outras formas de violência que não a física, que também é prevista como modo de execução do delito. Além dela, o crime pode ser praticado com o emprego de violência sexual de qualquer ordem, como crimes sexuais ou até mesmo a chantagem por meio de ameaça de divulgação de imagens comprometedoras de natureza sexual. A violência psicológica reflete no psiquismo da pessoa, consistente em meios empregados para sua desestabilização emocional, tais como perseguições, telefonemas, chantagens e ameaças.

Sexo, de acordo com a biologia, é o masculino e o feminino.

Raça é um conceito pertinente ao campo da antropologia física ou da biologia. Valem-se os estudiosos de elementos físicos coincidentes entre os indivíduos para caracterizá-los e inseri-los em determinado grupo racial. Para o IBGE as raças são: branca, negra, índia, amarela e parda.

Cor diz respeito à tonalidade da pele e acaba se confundindo indevidamente com o termo raça. Normalmente, os indivíduos são classificados em três grandes grupos: brancos, pretos e amarelos. Assim, essas classificações, embora semelhantes, não se confundem. Um exemplo muito comum e empregado em salas de aula é a questão do albino, que é de cor branca, mas da raça negra.

A palavra etnia está ligada a um grupo biológico e culturalmente homogêneo, como os asiáticos, irlandeses ou palestinos.

A religião nada mais é do que o modo como se acredita e venera uma força maior (divindade). Exemplos: católica, judaica, budista...

Procedência nacional é o local de onde alguém provém no Brasil (região ou Estado).

Com efeito, o agente para restringir, impedir ou dificultar o exercício dos direitos políticos de alguém, em razão de seu sexo, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, emprega contra ele violência física, sexual ou psicológica.

O crime restará consumado a restrição, impedimento ou embaraço do exercício dos direitos políticos da vítima (crime material).

Por se tratar de crime material e plurissubsistente, é possível a tentativa.

Assim, o emprego de violência ou grave ameaça, em razão das condições pessoais da vítima, sem que ocorra o resultado pretendido por circunstâncias alheias à vontade do agente,

caracterizará a tentativa.

Outro tipo penal bem interessante, que a meu ver é uma forma de terrorismo, está previsto no artigo 359-R. Diz a norma: "*Destruir ou inutilizar meios de comunicação ao público, estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional, com o fim de abolir o Estado Democrático de Direito: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos*".

Os objetos materiais do delito são os meios de comunicação ao público, estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional.

No que tange aos meios de comunicação ao público, que podem ser públicos ou privados por ausência de especificação, estão as emissoras de televisão, rádios, jornais e, também, os transmitidos pela internet, como YouTube, Instagram, WhatsApp e outros do gênero.

Os estabelecimentos, instalações ou serviços devem ser destinados à defesa nacional, como quartéis, paióis de munições, radares e outros do gênero.

A conduta de destruir (arruinar) ou inutilizar (tornar imprestável à sua destinação) é uma forma de sabotagem e deve ter por escopo a abolição do Estado democrático de Direito (elemento subjetivo do tipo).

Saliento que os crimes elencados na nova legislação são todos de suma gravidade por atentarem contra o regime democrático, a Federação, a soberania nacional e a segurança nacional.

Crimes de opinião, como não deveria deixar de ser, não mais fazem parte desta legislação, passando, alguns deles, a serem previstos como crimes comuns elencados no Código Penal e com sanção bem mais amena, e todos, isoladamente, dificilmente ensejarão a pena de prisão, exceto no caso de reiteração criminosa (reincidência).

Em todos os tipos penais em que a violência é seu elemento constitutivo, a pena correspondente (lesões corporais ou homicídio) será aplicada cumulativamente com a prevista no tipo penal por expressa disposição de legal (concurso material ou formal imperfeito, a depender da hipótese).

Como norma de encerramento o artigo 359-U dispõe sobre a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, direito fundamental e já consagrado na Constituição Federal (artigo 5º, IV), tão vilipendiado na atualidade. Dispõe a norma que: "*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*".

O direito à livre manifestação do pensamento consiste justamente em poder dizer o que pensa sobre algo ou alguém, inclusive poderes constituídos e seus agentes, sem que importe crime (atipicidade formal e material). Esta regra constitucional é fruto de um país democrático e uma lei, que tutela justamente o Estado de Direito, nunca poderia punir a manifestação do pensamento, que é um dos seus pilares.

Qualquer pessoa ou Instituição, não estando livre os chefes de Estado, de Poder e outros agentes públicos e políticos, podem ser criticados, cabendo ao Poder Judiciário realizar juízo de ponderação de valores para chegar à conclusão sobre a natureza jurídica da crítica (exercício de um direito ou crime), observando que medidas desproporcionais devem ser coibidas.

Do mesmo modo, não é possível criminalizar as atividades jornalísticas e de comunicação, que também possuem fundamento constitucional. O artigo 5º, inciso XI, da Magna Carta, dispõe ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. No mesmo sentido, o disposto no artigo 220 da Carta Constitucional, que veda qualquer tipo de restrição à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, observadas outras regras constitucionais, que devem conviver harmonicamente sem que haja qualquer tipo de excesso. E complementa o dispositivo seu § 2º, que veda qualquer espécie de censura de natureza política, ideológica e artística.

Por fim, reivindicações de direitos e garantias constitucionais, por meio de passeatas populares, reuniões, greves ou quaisquer outras formas de manifestações políticas com propósitos sociais, não podem ser consideradas infrações penais. Nunca um direito protegido pela própria Constituição Federal pode ser criminalizado, o que seria paradoxal, ilógico e certamente inconstitucional.

Claro que esses direitos, como quaisquer outros, não são absolutos e, quando ultrapassados seus limites, seu indevido exercício pode constituir infração, inclusive de natureza penal.

Aliás, cuidando-se de norma penal benéfica ao acusado ou investigado, deve ser aplicada analogicamente a outros tipos penais que punem os delitos de opinião, como os contra a honra (artigos 138, 139 e 140 do CP) e incitação ao crime (artigo 286 do CP).

Enfim, os novos tipos penais devem ser muito bem analisados e empregados a fim de que não constituam elemento de perseguição política ou ideológica.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-nov-13/cesar-dario-sao-tais-crimes-estado-direito/>