XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA III

BARTIRA MACEDO MIRANDA

JUSSARA SCHMITT SANDRI

RODRIGO ALESSANDRO SARTOTI

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito Penal, Processo Penal e Criminologia III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda; Jussara Schmitt Sandri; Rodrigo Alessandro Sartoti. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-800-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA III

Apresentação

Nos dias 12, 13 e 14 de outubro de 2023, na bela e emblemática Buenos Aires, capital da Argentina, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, consolidando a internacionalização da pesquisa jurídica brasileira, realizou o seu XII Encontro Internacional com o tema "Derecho, democracia, desarrollo y integración", na renomada Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA), refletindo a democracia como fator de desenvolvimento e de integração regional entre os países latino-americanos.

O evento proporcionou a oportunidade para estudiosos, pesquisadores e profissionais do direito se reunirem e compartilharem conhecimentos em um ambiente internacional, seguindo intensa programação abordando os mais variados ramos do Direito e distribuídos por dezenas de Grupos de Trabalho temáticos.

Nesse contexto, as professoras Dra. Bartira Macedo Miranda, da Universidade Federal de Goiás e Dra. Jussara Schmitt Sandri, do Instituto Federal do Paraná, juntamente com o professor Dr. Rodrigo Alessandro Sartoti, da Universidade Federal de Santa Catarina, coordenaram as atividades do Grupo de Trabalho "DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA III", conduzindo as apresentações e pondo em discussão os artigos que compõem este livro.

Assim, é com grande satisfação que apresentam esta obra, de consulta imprescindível, que reúne cada um dos textos discutidos, ora indicados por título, autoria e síntese.

O artigo “A CELERIDADE PUNITIVA NO PROCESSO PENAL ENQUANTO VALOR MÁXIMO”, de autoria de Antonio José Fernandes Vieira e Pedro Antonio Nogueira Fernandes, investiga até que ponto a busca pela celeridade pode contribuir para uma abordagem desproporcional e prejudicial no direito penal.

Na sequência, o artigo “12 DIAS NA FAVELA: UMA IMERSÃO NOS CONCEITOS DE ESTADO DE EXCEÇÃO E NECROPOLÍTICA”, da autoria de Anne Karollinne Michaelle Silva e Marlene Helena De Oliveira França, a partir de um olhar que observou durante 12 dias uma pequena fração daquilo que ocorre nos becos e vielas da Favela do Jacarezinho,

Morro da Providência, Comunidade do Mandela e Ocupação Elma, no Estado do Rio de Janeiro – RJ, objetiva a identificação e aplicação dos conceitos de Estado de Exceção e Necropolítica, que explicam processos de exclusão e violência, a extrema desigualdade e o extermínio em massa no solo de comunidades pobres.

O artigo "A EQUIPARAÇÃO DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL: O EXTENSO PERCURSO ATÉ A PROMULGAÇÃO DA LEI N. 14532/2023", da autoria de Thaisy Perotto Fernandes, Fernando Antonio Sodre de Oliveira e Ivo dos Santos Canabarro, aponta que se a recente inovação incorporada ao ordenamento pátrio não altera em plenitude a realidade do legado de racismo estrutural que conforma a sociedade brasileira, ao menos reforça o propósito combativo contra as ofensas de cunho discriminatório.

Vivian Diniz De Carvalho apresentou o artigo "DIGNIDADE HUMANA E DIREITO À SAÚDE: UM SINTOMA DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL CARCERÁRIA NO RIO GRANDE DO SUL", com o objetivo de verificar de que modo a situação do sistema de saúde do sistema penitenciário do Rio Grande do Sul tem se materializado como uma violação da dignidade humana enquanto violência institucional.

O artigo "A TUTELA PENAL DOS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA MILITAR: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL", da autoria de Lorena Hermenegildo de Oliveira, Marcelo Barroso Lima Brito de Campos e Antônio Carlos Diniz Murta, discute se os princípios da hierarquia e da disciplina ainda são bens jurídicos penais, e se sua tutela pelo Direito Penal Militar não viola os princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade penal e da dignidade da pessoa humana à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na sequência, o artigo "DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE EXECUÇÃO PENAL", da autoria de Jussara Schmitt Sandri, evidencia que o Estado, no exercício do seu poder punitivo, deve observar e respeitar os preceitos voltados à promoção da dignidade da pessoa humana no processo executório penal, com o propósito de proteger e assegurar os direitos das pessoas submetidas ao sistema prisional contra abusos, tanto por parte do poder público como de outros presos, de movo que a violação desses preceitos constitucionais acarreta uma sanção que extrapola a prevista na sentença condenatória.

Fernando Laércio Alves da Silva, autor do artigo "A NECESSÁRIA DISCUSSÃO DO MODELO DE JUSTIÇA CONSENSUAL NO PROCESSO PENAL: DELINEAMENTOS EQUIVOCADOS QUE COMPROMETEM SUA ADEQUADA APLICAÇÃO NO ÂMBITO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL", apresenta os resultados obtidos após o

desenvolvimento de pesquisa científica que teve por objeto interrogar o grau de aderência dos institutos da composição civil de danos e da transação penal, previstas na Lei n. 9.099/95 como técnicas de justiça consensual para solução do conflito criminal.

O artigo "CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A LIBERDADE DE REUNIÃO", da autoria de Felipe Maiolo Garmes e Antonio Carlos da Ponte, discute a flexibilização dos direitos fundamentais para a defesa do Estado Democrático de Direito, da qual extraiu-se um paralelo entre a liberdade de reunião como linguagem prescritiva permissiva da Constituição Federal e o mandado de criminalização expresso na Constituição Federal como linguagem prescritiva proibitiva.

Em sequência, Andre Epifanio Martins identifica e examina as recomendações e resoluções com conteúdo criminal aprovadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) nos últimos 10 anos, questionando como e em qual extensão o órgão atua normativamente - para além de suas atribuições de controle administrativo e financeiro dos ramos e unidades ministeriais - no âmbito criminal, o que faz no artigo intitulado "PODER NORMATIVO DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP) NO ÂMBITO CRIMINAL: UM ESTUDO DAS RESOLUÇÕES E RECOMENDAÇÕES CRIMINAIS APROVADAS NOS ÚLTIMOS 10 ANOS".

O artigo "ENCARCERAMENTO FEMININO: ASPECTOS JURÍDICOS A LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA", da autoria de Thiago Munaro Garcia e Lívia Ayres Alves dos Santos, ao estabelecer uma conexão entre a dignidade da pessoa humana, os direitos das mulheres e, mais especificamente, os direitos das mulheres encarceradas, evidencia as necessidades enfrentadas pelas mulheres no sistema prisional brasileiro.

Em seguida, o artigo "AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA: CONTROLE DE OMISSÃO NO PROCESSO PENAL E SUA (IN)EFICÁCIA SOCIAL", da autoria de Gustavo Antonio Nelson Baldan, Maria Eduarda Mantelato e Milleny Lindolfo Ribeiro, analisa a eficácia social da ação penal privada subsidiária da pública como controle de omissão no processo penal, expondo os principais aspectos positivos e negativos deste instrumento constitucional.

Já o artigo "INTERFACES NECESSÁRIAS ENTRE RAÇA, GÊNERO E SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL", da autoria de Fernanda da Silva Lima, Joice Graciele Nielsson e Nathalia das Neves Teixeira, reflete sobre a necessidade imprescindível de incorporação do paradigma da interseccionalidade e dos recortes de gênero e de raça nas reflexões e ações no campo da segurança pública brasileira.

Mariana Zorzi Maino, autora do artigo “SAÚDE E MORTE NO CÁRCERE: UMA ANÁLISE DO ACESSO À SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL DO RIO GRANDE DO SUL”, examina a morte sob custódia penal por questões de saúde, a partir de uma análise do acesso à saúde no sistema prisional do Rio Grande do Sul entre os anos de 2019 e 2022.

O artigo “PROCESSO PENAL E RACISMO: A PERMANÊNCIA DE PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS POR MEIO DE INSTITUTOS PROCESSUAIS INCONSTITUCIONAIS”, da autoria de Bartira Macedo Miranda e Ícaro Melo Dos Santos, vale-se da política de drogas para demonstrar imbricação dos sistema penal com o racismo, como um dos mecanismos utilizado para a manutenção das desigualdades sociais, especialmente, da população negra brasileira.

Por fim, o artigo “O CONFLITO E A CONSTRUÇÃO DA PAZ: UMA MUDANÇA DE ÉPOCA”, da autoria de Taysa Matos do Amparo, Bartira Macedo Miranda e Thawane Larissa Silva, tem por objetivo expor criticamente alguns aspectos do conflito, suas dimensões e imprevisibilidades, demostrando que as relações sociais conflituosas nascem das adversidades e da não dimensão do Outro.

Pode-se observar que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas que são críticos quanto à realidade do sistema penal, refletindo o compromisso de suas autoras e de seus autores na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol de uma melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade.

Por derradeiro, as Coordenadoras e o Coordenador do Grupo de Trabalho de DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA III do XII Encontro Internacional do CONPEDI, desejam uma ótima leitura e que os temas aqui tratados sejam repercutidos e proveitosos em vários âmbitos.

Buenos Aires – Argentina, primavera de 2023.

PROFA. DRA. BARTIRA MACEDO MIRANDA - Universidade Federal de Goiás.

PROFA. DRA. JUSSARA SCHMITT SANDRI - Instituto Federal do Paraná.

PROF. DR. RODRIGO ALESSANDRO SARTOTI - Universidade Federal de Santa Catarina.

CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A LIBERDADE DE REUNIÃO.

CRIMES AGAINST DEMOCRATIC STATE RULED BY LAW AND' FREEDOM OF ASSEMBLY.

Felipe Maiolo Garmes [1]
Antonio Carlos da Ponte [2]

Resumo

A presente pesquisa, pautada na Constituição Federal, legislação criminal, bem como na teoria dos mandados de criminalização, por intermédio do método lógico-indutivo, tem por objetivo a análise dos crimes contra o Estado Democrático de Direito frente à liberdade de reunião. Traçado o conceito da liberdade de reunião, juntamente às demais garantias fundamentais preconizadas na Carta Magna, buscou-se delinear o conceito de bem jurídico, aliciado aos demais princípios axiológico do direito penal, ressaltando-se a necessidade de proteção eficiente do bem constitucional. O projeto foi elaborado com base em diversas bibliografias, incluindo livros, artigos publicados e jurisprudências, para ao final enfrentar o objeto fundante do presente artigo, qual seja, a flexibilização dos direitos fundamentais para a defesa do Estado Democrático de Direito, da qual extraiu-se um paralelo entre a liberdade de reunião como linguagem prescritiva permissiva da Constituição Federal e o mandado de criminalização expresso na Constituição Federal como linguagem prescritiva proibitiva.

Palavras-chave: Direito penal, Mandados de criminalização, Liberdade de reunião, Crimes contra o estado democrático de direito, Bem jurídico

Abstract/Resumen/Résumé

This research will be based on the Constitutional Law, criminal legislation, as well as on the theory of criminalization writs, through the logical-inductive method, with the objective of analyzing crimes against the Democratic State of Law against freedom of assembly. After tracing the concept of freedom of assembly, allied to the other fundamental guarantees advocated in the Constitutional Law, the concept of legal interest is also outlined, presenting the prohibition of its inefficient protection allied to the other axiological principles of criminal law. the project was prepared based on several bibliographies, including books and published articles and criminal-law precedents. in order to finally face the founding object of the present, that is, the relaxation of fundamental rights for the defense of the Democratic State of Law due to the need to protect the legal good, drawing a parallel between freedom of

---

[1] Mestrando PUC-SP Esp. Direito Penal e Processual Penal PUC-SP Esp. Direito Público PUC-RS Esp. Direito Empresarial UAM graduado em Direito pela ITE

[2] Mestre, Doutor e Livre-Docente pela PUC-SP. Procurador de Justiça do MP/SP. Professor nos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-SP

assembly as permissive prescriptive language of the Constitutional Law and the criminalization writs expressed in the Constitutional Law as prohibitive prescriptive language.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Legal interest, Criminalization writs, Freedom of assembly, Crimes against democratic state ruled by law

1. INTRODUÇÃO

As diversas manifestações que ocorreram na América Latina, em especial a revolta social de 2019 no Chile, os protestos sociais em face da crise econômica da Argentina e os protestos decorrentes ao resultado das eleições no Brasil colocam em pauta temas como a liberdade de expressão, liberdade de reunião frente à proteção das Instituições Democráticas.

A liberdade de reunião está disposta no art. 5º, XVI, da Constituição Federal, a qual exige apenas a pacificidade, sem armas, da reunião, seja em local aberto ao público, não podendo frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local e precisando apenas avisar a autoridade competente previamente, independentemente da sua autorização.

A livre manifestação de pensamento exige uma análise de suas limitações, principalmente definir a pacificidade, devendo a sua análise ocorrer no caso concreto para impedir que ocorram possíveis arbitrariedades do Estado.

Assim, quando o caso concreto demonstra que a manifestação é violenta, nasce o dever de agir do Estado a fim de proteger os direitos individuais e coletivos.

Para análise do crime de Abolição Violenta ao Estado Democrático de Direito é rigor que por força da Constituição Federal, o Direito Penal tem o dever de ser mínimo e ser claro à sociedade, nesse sentido e em respeito ao princípio da legalidade, deve-se analisar as elementares do crime para a escorreita aplicação da justiça.

Para tanto, foi utilizado método dedutivo com análise da Constituição Federal, leis extravagantes, Código Penal, doutrina e Jurisprudência.

Adotando-se a premissa que a linguagem do Direito é sempre texto e nele o Estado prescreve condutas com a finalidade de regular os atos intersubjetivos da sociedade. Podemos afirmar que o princípio da Codificação é o regulador dessa linguagem, o qual deverá ser seguido para obedecer a sistematização jurídica, juntando princípios e enunciados.

Caminhando nessa linha, vemos que o Direito Penal sempre será fragmentário e subsidiário, fato que demonstra que diversas manifestações devem ser aceitas pelo Estado, mesmo que o seu juízo de reprovação seja alto, no sentido que o Estado Paternalista está bem distante do Estado Democrático e Social.

Não incumbe ao Estado regular o conteúdo que será transmitido à sociedade, mesmo que ele seja desprezível, o rigor constitucional impõe um dever de abstenção do Estado quando não há motivação para sua atuação, lembrando que essa motivação sempre será respaldada por linguagem do agente competente com as provas.

Em contrapartida, há expresso mandado de criminalização na Constituição Federal para a proteção constitucional e do Estado Democrático de Direito, determinando que o poder legislativo legisle condutas que atentem contra o bem jurídico.

Pelo próprio caráter constitucional do Direito Penal e seu dever por zelar as garantias fundamentais, devendo o intérprete fazer uma perfeita correlação entre a norma e a conduta praticada, a qual será comprovada por meio da linguagem das provas.

Os protestos sociais trafegam em uma linha tênue entre a liberdade de reunião e a liberdade de expressão, por essa razão é indevido que o Poder Público o impeça de forma premeditada, devendo analisar o caso concreto, analisar se estão dentro dos ditames constitucionais.

A violência será analisada de forma precisa com base na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que definiu o que seria a pacificidade das manifestações.

Desta forma, o objetivo do artigo é demonstrar que a liberdade de reunião e de expressão são basilares para o Estado Democrático de Direito, porém, a limitação dessas liberdades é imprescindível para a permanência democrática e social do Estado.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Imprescindível neste ponto, e em primeiro lugar, estabelecer conceitos instrutórios dos princípios mais relevantes no presente artigo, inclusive para traçarmos o nosso sistema de referência.

Para melhor elucidação da importância dos princípios para este trabalho, Robert Alexy (2008, p. 90-91),

> O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Nas palavras de Antônio Carlos da Ponte (2016, p. 60), “os princípios são viabilizados por meio das regras [...] o conflito normativo, as antinomias, ocorrem entre regras, não entre princípios”

Nesta linha, demonstraremos os princípios fundantes do nosso trabalho, lembrando-se que a persecução penal só irá ocorrer através das regras, ou seja, as regras precisam respeitar os princípios e segui-los com a finalidade de cumprir os ditames constitucionais.

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da Pessoa Humana alcança o valor de fundamento maior da carta de princípios, devendo ser analisada como o fundamento do próprio Direito Constitucional, como defende Hans Kelsen.

Nesse sentido, GONÇALVES e QUIRINO (2013. p. 5)

> A norma fundamental é o comando de obediência à constituição, como ela não se confundindo. Da norma fundamental é extraído a máxima de que devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve {...} dessa forma, a Constituição em sentido jurídico-positivo é o que se pode identificar como norma fundamental de um Estado, aquela composta pelo texto normativo ou pelo conjunto de costumes de um país, ao passo que a norma fundamental é a máxima obediência à norma constitucional imposta-positiva.

Também, SARLET; MITIDIERO e MARINONI (2022, p. 119)

> A dignidade da pessoa humana, nessa quadra, revela particular importância prática a partir da constatação de que ela (a dignidade da pessoa humana) é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um), condição que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva (negativa) ou prestacional (positiva) da dignidade. Com efeito, verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a ameaças e riscos, no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade. Como tarefa o reconhecimento jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana implica deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção, sem prejuízo da existência de deveres fundamentais da pessoa humana para com o Estado e os seus semelhantes

A dignidade da pessoa humana encontra-se no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal por ser alicerce e objetivo maior da sociedade, logo deve ser encarado como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Válido mencionar a lição de PONTE (2016, p. 63):

> O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o fundamento maior da carta de princípios denominada Constituição Federal {...} trabalhando com a ideia de sistema jurídico fechado, propugnada por Hans Kelsen, o princípio da dignidade da pessoa humana seria, como já adiantado, a norma hipotética fundamental - ápice da pirâmide-, sob a qual encontrar-se-ia a Constituição Federal, alicerçada em uma série de outros princípios. Abaixo, estariam as leis complementares, delegadas, ordinárias, os decretos, as portarias etc.

Nessa linha, tomaremos a premissa do Princípio da Dignidade Humana como norma hipotética fundamental, alicerce constitucional e que deve ser respeitado por um Direito Penal Democrático.

2.2 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade é o mais importante em matéria penal, preconizado pelo art. 5º, XXXIX, da CF e expresso no art. 1º do Código Penal.

O primeiro documento a explicitar a legalidade foi a Magna Carta de 1215, firmada por João Sem Terra que visava limitar os poderes monárquicos, prescrevendo que nenhum homem livre poderia ser preso ou privado de sua propriedade, salvo pela Lei da Terra.

O princípio da Legalidade também aparece no *Bill of Rights*, Carta de Direitos Inglesa elaborada em 1689.

Porém, só foi reconhecida sua verdadeira importância a partir do Século XVIII, com base no movimento iluminista e o contrato social, colocando a vontade da Lei como a vontade do povo e que esse seria o ideal central da ordem jurídica.

Importante frisar que o aludido princípio é a maior limitação na atuação do Estado em face do particular, impondo a necessidade que tenha norma jurídica para que eu possa intervir no particular, nas reuniões entre eles e sua liberdade de expressão.

Exemplo do Código da Baviera em 1813 de autoria de Feuerbach que se preocupou em demonstrar a importância do Princípio da Legalidade sob o seu fundamento político e também a ideia de coação psicológica

Se analisarmos o Princípio da Legalidade dentro do Neopositivismo, pode-se afirmar que o Princípio da Codificação, além de derivar-se dele, também garante que o ordenamento jurídico está o utilizando, por razão da própria lógica do direito positivo.

Adentrando-se às funções do princípio da legalidade, tem-se a política e a jurídica. A primeira demonstra a garantia do cidadão frente à violência estatal, o cidadão possui total conhecimento

Nilo Batista defende a função constitutiva do princípio da legalidade (1996, p. 68)

> O critério da legalidade não apenas exclui as penas ilegais (função de garantia), mas também constitui a pena legal (função constitutiva).
> É o princípio da legalidade que afirma, tomando-se como exemplo o ordenamento jurídico brasileiro, que o Estado não pode privar a vida do cidadão, mas que pode (e também quando, como e por quanto tempo pode) privá-lo da sua liberdade.

A função jurídica diz respeito à funcionalidade do sistema jurídico, o princípio da legalidade possui uma relevância muito alta, porque visa a prevenção geral de delitos, orienta as condutas intersubjetivas, alterando os comportamentos na forma quista pela sociedade, o qual será a base para entendermos a sistemática jurídica.

Também nos orienta, PONTE (2016, p. 114), "O princípio da legalidade pode ser indicado como o mais importante princípio do Direito Penal, posto que é estruturador do princípio da dignidade da pessoa humana e parâmetro indispensável ao sistema jurídico punitivo brasileiro".

Nesse sentido, a Jurisprudência hodierna do Supremo Tribunal Federal:

> direito penal – regência. o direito penal submete-se ao princípio da legalidade estrita. direito penal – analogia. ante disciplina normativa, descabe a analogia visando beneficiar réu. estelionato – energia elétrica dano – reparação – efeito. a reparação do dano, no estelionato, repercute na fixação da pena – artigo 16 do código penal –, não cabendo a aplicação analógica da disciplina especial do artigo 34 da lei nº 9.249/1995, relativa aos tributos, incluída a contribuição social.
> (stf - hc: 179808 sp 0035218-39.2019.1.00.0000, relator: marco aurélio, data de julgamento: 16/11/2020, primeira turma, data de publicação: 23/11/2020)

Além das funções acima expostas, existem cinco importantes desdobramentos do princípio da legalidade, os quais necessitam ser observados em respeito ao preconizado.

O primeiro é o *lege praevia,* a irretroatividade, a qual significa que a conduta tipificada como criminal só passará a valer após a sua vigência, não podendo produzir efeito nas condutas pretéritas por notável violação à legalidade.

O segundo é o *lege scripta,* reserva legal, o qual proíbe a cominação de crimes e penas em questão de costumes ou conceitos não legislados como típico penal, essa linha sustenta que não há crime sem lei escrita prescrita na forma penal.

O terceiro é o *lege stricta,* proibição da analogia, que veda a aplicação da lei penal em casos que o intérprete amplia os limites da lei visando caracterizar determinada conduta como criminosa.

Nessa linha, devemos recordar os ensinamentos da linguagem prescritiva utilizada pelo Direito Penal, o qual impõe penas para aqueles que praticarem determinadas condutas, porém essa linguagem está presa no direito positivo, não podendo o intérprete ir além da base legal, inclusive essa fuga pode se afastar da própria exclusividade da proteção do bem jurídico, tornando-se uma decisão política e ideológica.

O quarto é o *lege certa*, taxatividade, o qual exige clareza na matéria bruta da norma penal, pois o Direito Penal apenas assumirá o seu caráter pedagógico se as condutas criminosas estiverem devidamente escritas em linguagem acessível à sociedade, evitando-se tipos vagos.

Embora a corrente majoritária da Doutrina não o inclua, entendemos necessária a inclusão do quinto desdobramento, o Princípio da Codificação, assim como a taxatividade, também se impõe como base para a observância do princípio da legalidade, na medida em que a Codificação incluirá dentro de uma matéria bruta do direito positivo, o sistema penal com todos os princípios, regras e condutas tipificadas como crime, cumprindo-se o caráter pedagógico do direito penal de regular as condutas intersubjetivas da sociedade visando a proteção dos bens jurídicos tutelados.

2.3 Princípio da liberdade

Deriva do próprio Princípio da Legalidade, na visão que o ser humano é sempre livre, salvo por motivo legal.

Nesse sentido, FILHO (2022, p. 245), O Princípio da Legalidade é o Princípio de Liberdade. Com efeito, ele significa que o ser humano pode assumir a conduta que quiser, bem como não estar obrigado a nada, salvo determinação legítima do poder político expressa pelo instrumento que é a Lei.

Desta forma, o aludido Princípio reforçará nossa tese em razão que a liberdade deve ser sempre respeitada em um Estado Democrático de Direito e sua privação decorre de um processo penal democrático, o qual deve ser minuciosamente seguido e a persecução penal deve ocorrer pelo Promotor natural e julgado pelo Juiz natural.

Lembrando que o Promotor natural atuará com base nas provas, não havendo persecução penal sem as provas que irão fomentar o Devido Processo Legal e essas serão levadas ao Juiz imparcial.

2.3.1 Liberdade de Reunião

Intimamente ligada, a liberdade de reunião deve ser respeitada em um Estado Democrático de Direito, mesmo que as ideias defendidas sejam diversas do pensamento da maioria, lembrando-se que o respeito às garantias fundamentais é o que impede de vivermos em uma ditadura da maioria, onde a sua vontade seria imposta a todos.

Estados paternalistas acreditam ser necessário um filtro autoritário imposto pelo Estado para regular as informações passadas, por óbvio, que esse filtro é inconstitucional, salvo por motivo justificável, ou seja, quando tenho a violação ou grande risco aos bens jurídicos de grande importância.

A Constituição de 1988 disciplina que "todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente".

Em razão do mandamento constitucional, qualquer atuação estatal que obste o exercício da Liberdade necessita ser devidamente fundamentada em outro princípio e sopesado de acordo com o caso concreto.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, após diversas alterações, está pacificada nesse sentido, conforme leciona DIAS E LAURENTIIS (2015, p. 655):

> O Supremo Tribunal Federal, na ocasião, entendeu que as pessoas podem se reunir pacificamente para debater a criminalização das condutas previstas nas leis. Do contrário, as normas penais "estariam fadadas à perpetuidade" e, por exemplo, não se poderia discutir, também a proibição do aborto. Manifestar-se contra a criminalização de um ato não significa fazer apologia ao crime existente. O exercício da liberdade de reunião, enfim, é um direito-meio para alcançar o direito-fim da liberdade de expressão e "funciona como um mecanismo de controle dos abusos do Estado". Trata-se de uma proteção a minorias que fortalece o pluralismo político e, via a consequência, a própria democracia. E não é apenas um direito de *status negativus*, de defesa contra intervenções estatais, mas uma imposição para que o Estado atua para garantir o seu exercício.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 187/DF, que declarou a inconstitucionalidade das decisões que proíbem a chamada "marcha da maconha", em que manifestantes defendem a legalização da referida substância entorpecente, foi enfático no dever de motivação para as restrições aos direitos fundamentais, art. 5º, incisos IV e IX, e 220 e art. 5º, inciso XVI, todos da Constituição Federal.

O ministro Celso de Mello (2011, p. 20) finaliza seu voto, afirmando que "a cláusula constitucional que ampara a liberdade de reunião (CF, art. 5º, XVI), tanto um direito (titularizado pelos manifestantes) quanto uma obrigação (imposta ao Estado)".

Soma-se o que o Direito Penal é a *ultima ratio,* logo, defender a descriminalização de alguma conduta não é o sinônimo de apologia à conduta ou falar será aceita pelo Direito, posto que existem normas sancionatórias na esfera administrativa suficientes para represar inúmeras práticas.

Além, DIAS e LAURENTIIS (2015, p. 656)

> de qualquer forma, a nosso ver, o Estado não deveria proibir uma reunião com o propósito de modificar uma lei criminalizadora de certa conduta, por mais que alguns comportamentos sejam fortemente reprováveis. Não importa se o direito de reunião se dá para reivindicar a revogação de uma lei que criminaliza o aborto, o consumo de drogas, a pedofilia, a pederastia, a homossexualidade, o ato obsceno, o roubo, o furto, a corrupção ou o dano ao patrimônio público. Como já mencionamos, citando Dworkin, nem a maioria dos cidadãos nem o governante tem o direito de decidir o que

> estamos aptos a ouvir. Isso seria infantilizar a população e os próprios governantes, que não teriam capacidade de, ouvindo opiniões, decidir o que é certo ou errado.

Assim, infantilizar a sociedade é uma atitude claramente autocrata e incompatível com o Estado Democrático de Direito, a democracia tem o rigor de aceitar opiniões diversas, mesmo que sejam altamente reprováveis.

Ressalto que o Estado não pode limitar o exercício do direito de reunião, devendo agir unicamente com a finalidade de proteger os manifestantes e garantir que ela seja pacífica e evite tentativas de desorganização.

O Estado não pode proibir previamente uma manifestação, porque será clara a sua inconstitucionalidade, por faltar-lhe elementos autorizadores de sua atuação. Devendo o caso concreto demonstrar que se trata de uma manifestação violenta.

2.4 Princípio da Exclusiva Proteção a Bens Jurídicos

O bem jurídico tem como fundamento valores sociais, culturais que irão se basear nas necessidades individuais, as quais irão se converter em valores culturais quando há uma dominância social nesses e quando surge a necessidade de proteção jurídica.

Com base nos pensamentos iluministas, o Direito Penal busca apenas tutelar bens jurídicos e não meros valores morais ou religiosos.

Incumbe ao Direito Penal a proteção de bens que possuem uma alta relevância social, como já explicado acima, o Direito Penal não pode se preocupar com valores morais, tampouco utilizar da máquina pública com a finalidade política ou ativismo judicial.

A finalidade da Lei penal tem que visar exclusivamente o bem jurídico protegido pelo típico penal.

Nessa linha, JUNQUEIRA e VANZOLINI (2022, p. 35).

> A noção de bem jurídico passou a exercer então duas importantes funções: inicialmente uma função intrínseca (interna ao sistema), fornecendo um critério para a organização e interpretação dos tipos presentes no ordenamento. No nosso Código Penal, os tipos são agrupados segundo o bem jurídico, por exemplo ("vida, "patrimônio", "dignidade sexual" etc.). Mas, posteriormente, passou a exercer uma função extrínseca (externa ao sistema) e consiste em fornecer critérios que possam definir o conteúdo das condutas passíveis de repressão penal, ou seja, quais comportamentos da vida merecem ser criminalizados. É nesse segundo sentido que atua o princípio da exclusividade da proteção a bens jurídicos.

Desta forma, o aludido Princípio serve como um dever de agir da máquina estatal em determinados casos que é sua obrigação defender determinado bem jurídico, exemplo dos

mandados de criminalização que a própria Constituição informa o bem jurídico que necessita ser protegido através da tipificação penal.

Também, impõe um impedimento ao legislador e ao jurista de utilizar o processo penal para finalidade alheia ao Bem Jurídico.

Observa-se que o Direito Penal é fragmentário e subsidiário e seu fundamento é a proteção aos bens jurídicos, ou seja, ele só existe para protegê-los, pois em outros sentidos estaríamos retirando o caráter fragmentário do Direito Penal.

3. O DEVER DE AGIR E SE ABSTER DO ESTADO

Como foi demonstrado, o Estado tem um dever de agir e se abster, visando sempre o resguardo da Democracia. Diversos momentos ele precisará agir para garantir que as garantias fundamentais sejam respeitadas, como no caso da saúde e da segurança pública, porém, em outros casos, ele precisará se abster para garantir que a liberdade de expressão e de reunião sejam exercidas.

Curioso notar que são duas atuações totalmente antônimas, porém ambas possuem a mesma finalidade, a obediência às Garantias Fundamentais.

É nesse diapasão que residem os crimes contra o Estado Democrático de Direito, se por um lado, tem-se uma atuação estatal que irá intervir fortemente no direito de ir e vir de diversas pessoas, por outro possui o dever de proteger as instituições Democráticas e a Soberania Nacional.

O rigor constitucional já demonstra a linha tênue que será enfrentada pelo aplicador do direito, pois, a utilização desenfreada do título XII do Código Penal será altamente prejudicial ao Estado e o afastará daquilo que ele visa proteger, o Estado Democrático de Direito.

A proteção exclusiva ao bem jurídico penal é o divisor desta linha, ele que irá demonstrar a relevância penal do caso concreto.

Nesta abordagem, PRADO (2022, p. 53)

> O bem jurídico protegido deve estar sempre em compasso (de conformidade) com o quadro axiológico vazado na Constituição (princípios e valores – chamado núcleo material constitucional), e a noção de Estado Democrático e Social de Direito (Estado Constitucional).
> Daí apresentar-se como uma postura constitucional estrita, ainda que matizada, temperada ou relativa, sendo de certo modo, um pouco mais aberta ou ampla do que aquela fundada apenas e concretamente no texto constitucional. Isso partindo-se da premissa de que a norma constitucional pode ser utilizada de várias maneiras no momento de impor limite ao legislador, de modo genérico, como marco de referência (concepção ampla), ou de modo específico, como disposição concreta da Constituição (concepção estrita).

> A concepção que se deve ter em conta na configuração do bem jurídico lastreia-se na experiência social, bem como na orientação constitucional – noção de Estado Democrático e social de Direito. Ancora-se na realidade social em bases constitucionais, numa relação de complementariedade.

O núcleo material constitucional limita a atuação do legislador e do aplicador jurídico, devendo encontrar total consonância entre o tipo penal e a conduta praticada, além de analisar o dolo do agente.

Observa-se o art. 359-T do Código Penal que apenas reafirma a liberdade de reunião, falando que é atípica a manifestação crítica aos poderes constitucionais, 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.

4. O MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO COMO CONDUTOR DO BEM JURÍDICO TUTELADO

É cediço que o direito penal democrático incorrerá na lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado no tipo penal, sendo atípica as demais condutas.

Porém, a afirmação supracitada mostra-se vaga se não estabelecermos o conceito de bem jurídico, além de localizar quais bens coletivos e individuais merecem a relevância penal.

Importa-nos ressaltar os conceitos divergentes de bem jurídico visto como tutelado pela lei penal e o conceito limitativo ou garantidor de bem jurídico, o qual será analisado com base na sua afetação frente ao conflito ocasionado pelo delito.

Nesse sentido, Zaffaroni (2010, p. 216)

> O conceito legitimamente de bem jurídico (bem jurídico tutelado) é produto de uma confusão entre o caráter fragmentário da legislação penal e o seu caráter sancionador. Na verdade, a legislação penal não cria bens jurídicos: são eles criados pela Constituição, pelo direito internacional a ele incorporado e pelo resto da legislação (civil, comercial, administrativa etc.) com ela compatível. Nesses âmbitos, sim, é possível entrever bens jurídicos tutelados pelas respectivas normas que os criam e disciplinam. A lei penal pode apenas, eventualmente, demarcar alguma ação que ofenda o bem jurídico de certo modo, porém sua natureza fragmentária não lhe faculta outorgar uma verdadeira tutela. O direito penal recebe o bem jurídico já tutelado e a norma que se deduz do tipo não faz mais do que anunciar um castigo para certas formas bem demarcadas e isoladas de ofensa a ele, mesmo quando o faça por expressa obrigação constitucional. Essa obrigação determina a criminalização primária de algumas ações que afetam o bem jurídico, porém mesmo que a obrigação não existisse o bem jurídico continuaria existindo.

O presente trabalho tomará como base o bem jurídico em conceito limitativo, ou seja, analisaremos a aplicação dos crimes contra o estado democrático de direito analisando a sua afetação e conflitividade.

A teoria do bem jurídico demonstrou-se como vetor do poder de incriminação, seja para descriminalizar condutas que não possuem um interesse social, como moral, seja para criminalizar novos comportamento.

Nessa linha, Tavares (2000, p. 179).

> Bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social e nesse sentido pode ser entendido, assim, como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de referência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os demais componentes. Por objeto de referência real se deve entender aqui o pressuposto de lesão ou de perigo de lesão, pelo qual se orienta a formulação do injusto. Não há injusto sem a demonstração da efetiva lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico.

Tomando como premissa que o bem jurídico é anterior à norma penal e seu alto grau de relevância independe de tipificação criminosa. Afirmamos que é a Constituição Federal a determinante do bem jurídico, competindo ao direito penal apenas a inclusão do enunciado prescritivo.

A Constituição Federal estabelece as garantias fundamentais e os valores fundantes daquela sociedade, logo a norma incriminadora fundamenta-se na Carta Magna, encontrando nela as condutas que necessitam ser tipificadas como infrações.

O uso dessa interpretação, inclusive, fornecerá o grau de importância do bem jurídico, bem como a pena que será imposta por sua lesão ou ameaça.

Sobre o tema, PONTE (2016, p. 172)

> O bem jurídico deve ser avaliado à luz da Constituição Federal e, somente encontrando fundamento nos valores e preceitos nela consagrados é que deverá ser analisado no campo próprio da dogmática penal. Raciocínio parecido é desenvolvido quando se analisa uma lei penal anterior à Constituição e sua recepção ou não por parte desta última. Não se discute se o valore era protegido ou não pelo Direito Penal, mas se tal valor ganhou status na nova ordem constitucional, podendo ser considerado vigente, válido e eficaz.

Também, CARVALHO (1992, p. 37)

> Constituição traz um caráter limitador das leis penais, no momento em que regula os direitos e liberdades fundamentais, contemplando, implicitamente, ou mesmo de forma explícita, os limites do poder punitivo e os princípios informadores do direito repressivo: as proibições penais não se podem estabelecer para fora dos limites que permite a Constituição, isto significando, também, que não podem ser afrontados os princípios éticos, norteadores da Lei Maior, mesmo que instituídos em dispositivos programáticos, sem regulamentações que lhe garantam uma existência real.

Ademais, a principal justificativa para a inserção de mandados de criminalização na Constituição Federal de 1988 foi em decorrência do dever de o Estado impor as garantias fundamentais e, em especial, a própria defesa do Estado Democrático de direito.

Nesse sentido, Turessi e Ponte (2022, p 312).

> Ultrapassados e superados os modelos liberal e social de direito, para além de exclusivos direitos de defesa individual contra a ingerência do Estado na esfera privada, num Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais descortinam sua dupla face e representam imperativos de tutela e força irradiante frente a terceiros, até mesmo frente aos próprios particulares e deveres de efetiva proteção por parte do Estado {...}em nosso ordenamento jurídico, essa justa proibição de insuficiência protetiva dos direitos fundamentais vem reafirmada, de forma expressa, por meio dos mandados de criminalização, isto é, pela previsão, no texto da Constituição Federal de 1988, de verdadeiras ordens de criminalização ao legislador ordinário, matérias sobre as quais não se tem a opção de criminalizar, mas a obrigatoriedade de legislar, combatendo-se retrocessos na efetiva tutela dos direitos fundamentais, à luz da dignidade da pessoa humana, verdadeira norma hipotética fundamental (CF, art. 1º, III).

Tanto é verdade que diversos países que enfrentaram regimes autoritários e rompimento da democracia inseriram mecanismos de defesa constitucional e dentro deles está o próprio Direito Penal.

Há mandado de criminalização expresso contido na Constituição Federal para a defesa da ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF).

Acrescenta-se que a própria Constituição em seu art. 1º define quais são os fundamentos da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, razão pela qual o Título XII elenca os mesmos bens jurídicos em uma verdadeira transgressão do bem de status constitucional à tutela penal.

Logo, a lei nº 14.197 ao inserir o Título XII dos Crimes contra o Estado Democrático de Direito não decorreu de uma opção legislativa, mas sim de um dever imposto expressamente pela Constituição Federal por intermédio de mandado de criminalização.

Em que pese a revogada lei de segurança nacional já cumprisse o mandado de criminalização supracitado, é inegável a vantagem da inserção do Título XII.

Primeiramente, pode-se afirmar que sua colocação dentro do Código passa à sociedade, em forma pedagógica, a importância de se respeitar a soberania nacional, as instituições democráticas, os serviços essenciais e o processo eleitoral.

Em um momento que passamos com tantos ataques ao sistema eleitoral e à Democracia, casos que ocorrem em diversos países, mostra de suma importância a inclusão desses crimes no Código, pois assim a linguagem jurídica restará mais clara à sociedade e a notável intenção de defender o Estado Democrático de Direito.

Ressalta-se que o título supracitado define com maior precisão os bens jurídicos defendidos por eles, além de prever crimes que defendem o sistema eleitoral por ser fundamental para qualquer Estado que se diga democrático, sendo de rigor a proteção dos mecanismos de aferição de resultado e garantir o exercício dos direitos políticos.

Conclui-se que o Estado Democrático de Direito além de ser uma garantia limitadora do poder punitivo, também é um mandado de criminalização que impõe ao poder legislativo a criação de mecanismos para sua defesa.

A fim de delimitar o objeto do presente trabalho, será analisado com maior complexidade o art. 359-L do CP, pois apresenta-se como norma penal limitadora da liberdade de reunião para a proteção da ordem constitucional.

5. ABOLIÇÃO VIOLENTA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Adentrando-se à análise do bem jurídico como limitador da liberdade de reunião, importa-nos analisar o tipo que restringe penalmente o seu exercício.

O art. 359-L do Código Penal tem a redação de "tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais".

O tipo penal descrito exige que essa tentativa seja com o emprego de violência ou grave ameaça, não sendo necessário um resultado naturalístico, apenas a sua prática (crime formal).

Tomemos como exemplo uma manifestação que bloqueia a passagem de automóveis, caso esse bloqueio seja suficiente para ocasionar danos consideráveis, podemos afastar o caráter pacífico da manifestação e vê-la como violenta.

Acerca do bloqueio de passagens de automóveis, deve-se analisar a lição de DIAS e LAURENTIS (2022, p. 11)

> A análise da limitação quanto ao exercício da liberdade de reunião demanda maior reflexão. O bloqueio de passagens de automóveis, seja em um autopista, seja numa via pública, é a forma de as manifestações se tornarem visíveis, chamando a atenção para seus problemas e reivindicações. E o simples fato de um grupo de pessoas se exporem ao perigo de tal ação mostra que sua reivindicação não teve ressonância nos canais mais tradicionais de participação democrática. Não se pode então excluir a priori do âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de reunião as manifestações que realizem o bloqueio de vias públicas. Decisivo para solucionar essa questão é a forma como esse bloqueio é realizado. {...}
> É necessário que se comprove, em concreto, que a forma como é realizado o bloqueio tem a finalidade de submeter a vontade de terceiros à ameaça de danos consideráveis à sua integridade física ou patrimonial. Não é, portanto, toda e qualquer possibilidade de dano que traz consigo a pecha da manifestação violenta e não pacífica.

Válido mencionar que o bem jurídico tutelado é o Estado Democrático de Direito, logo a ofensa deve ser dirigida a ele, assim não bastará apenas violações à terceiros, mas algo que demonstre uma violência contra o Estado e viole o bem jurídico tutelado.

Exemplificando-se, supomos que os bloqueios supracitados ocorram ao mesmo tempo e por todo o território nacional, os quais impedem transplantes hospitalares, acarretam falta de

combustível em diversos locais e demonstrem grande probabilidade de colapso econômico, podemos concluir que essas razões tornam o ato violento, retirando a pacificidade exigida.

Se a manifestação é organizada com a intenção de lesar bens públicos e com isso gerar um grave potencial de dano a direitos, pode-se afirmar que a Constituição proíbe tal ato em face do elemento subjetivo.

Também é necessário comprovar no caso concreto que os meios materiais são suficientes para ocasionar o dano pretendido,

Assim, tem-se que manifestações podem subsumir à tipificação do crime de abolição violenta ao Estado Democrático de Direito, no sentido de ocasionarem uma verdadeira violência contra o Estado, obrigando a sua atuação.

Logo, demonstrados os elemento subjetivos e objetivos que acarretam a tipificação do crime, passamos à análise da materialidade e autoria.

5.1 Materialidade

Para que a conduta seja típica, é necessário que as manifestações possuam o escopo de abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais.

Nessa linha, de rigor compreendermos os poderes constitucionais como aqueles divididos entre poder executivo, legislativo e judiciário.

Ademais, é claro o mandado de criminalização imposto pela Constituição para a devida proteção da forma democrática, conforme já exposto anteriormente.

Assim, o tipo penal deve elencar a proteção do Estado Democrático de Direito na forma que é compreendido pela Constituição Federal.

O tipo penal exige o emprego de violência ou grave ameaça, conforme já demonstrado, resta evidente a violência dessas manifestações e assim não abarcam a proteção Constitucional à liberdade de reunião. Conforme o exemplo acima, é óbvio que um evento que acarrete a paralisação dos meios de produção e um abalo econômico produz uma grave ameaça ao Estado.

Válido ressaltar a causa excludente de tipicidade prevista no art. 359-T do Código Penal, demonstrando uma clara transmissão da liberdade de reunião e expressão prevista na Constituição Federal, mas com a necessidade de ser pacífica e não armada.

Observa-se que o Estado Democrático de Direito está nitidamente sendo imposto como um limitador da liberdade de reunião, atuando como bem jurídico decorrente de mandado de criminalização expresso.

É claro que essa defesa não autoriza qualquer arbitrariedade por parte do Estado, devendo a conduta ser analisada na prática e as atuações devidamente isoladas para que ocorra a devida persecução penal, não podendo presumir que todos os envolvidos na manifestação tinham o dolo específico de abolir o Estado Democrático de Direito, sob pena de responsabilidade penal objetiva.

Válido ressaltar que a análise da violência e grave ameaça, se deve ter em mente o sujeito passivo do crime em questão, por óbvio a forma de violência é diversa de quando o crime é praticado contra uma pessoa física, devendo o aplicador do direito ir além da regra geral do termo violência e grave ameaça e compreender este em magnitude do bem tutelado.

A violência aqui elencada é contra a vítima do crime, contra o Estado Democrático de direito e suas instituições democráticas.

O Ministério Público deverá enfrentar a questão no caso concreto, analisando a ocorrência do emprego de violência ou grave ameaça para impedir ou restringir o exercício dos poderes constitucionais com o intuito de abolir o Estado Democrático de Direito.

5.2 Autoria

O sujeito ativo do crime em questão será toda pessoa que concorreu para o crime, claro neste ponto demonstrar a Teoria do Domínio do Fato de Claus Roxin, pois é óbvio que a maioria dos mandatários não praticaram qualquer ato tipificado como crime, porém orquestraram as paralisações e financiaram a sua conduta, assim é de rigor que respondam criminalmente, conforme o art. 29 do Código Penal.

Válido ressaltar que é exigido provas robustas para a aplicação desta teoria, não podendo ser utilizada como meio inquisitivo do Estado para a responsabilização que não ocorreria em razão da insuficiência probatória

Nessa linha:

> apelação crime – condenação pela prática do delito previsto no artigo 1º, inc. i, ii e iv, da lei 8.137/90, na forma do art. 71, do cp - pleito defensivo requerendo a absolvição diante da ausência de provas a evidenciar o agir doloso do acusado na perpetração das fraudes tributárias – acolhimento – malgrado comprovada a materialidade delitiva, ausentes provas quanto à autoria – exordial acusatória e sentença condenatória que aplicaram a teoria do domínio do fato como forma de estender a responsabilização criminal ao imputado – utilização equivocada de tal teoria, que possui como função dogmática diferenciar as figuras de autor e partícipe, e não de permitir a responsabilização que não ocorreria em razão da insuficiência probatória – simples referência à posição do agente como administrador ou gestor, de fato ou previsto no contrato social da empresa, que não atribui, por si só, a prática delitiva, sob pena de responsabilização penal objetiva – não demonstrado o domínio da ação, da vontade, tampouco o domínio funcional do fato pelo acusado – insuficiência de provas quanto ao nexo de causalidade entre as condutas do acusado e as fraudes tributárias imputadas

> – precedentes do stf, stj e desta colenda câmara criminal – sentença reformada para o fim de absolver o acusado da acusação pela prática delitiva prevista no art. 1º, incs. i, ii e iv, da lei 8.137/90, na forma do art. 71, do cp, com fulcro no art. 386, inc. vii, do cpp. prejudicada a análise quanto ao mérito do recurso ministerial, que versou sobre aspectos relativos à dosimetria penal, regime inicial de cumprimento de pena e fixação de reparação mínima. recurso defensivo conhecido e provido. recurso ministerial não conhecido. (tjpr - 2ª c. criminal - 0006885-05.2018.8.16.0058 - campo mourão - rel.: juiz de direito substituto em segundo grau mauro bley pereira junior - j. 30.09.2021) (tj-pr - apl: 00068850520188160058 campo mourão 0006885-05.2018.8.16.0058 (acórdão), relator: mauro bley pereira junior, data de julgamento: 30/09/2021, 2ª câmara criminal, data de publicação: 01/10/2021)

Assim, é necessário suporte probatório para a condenação penal em qualquer tipo de crime, sendo uma proteção do indivíduo frente à atuação estatal.

Todo Estado Democrático de Direito, baseado na norma hipotética fundamental, só poderá condenar alguém através do devido processo legal que será fomentado pelas provas, sem provas, não há processo e sem processo não há condenação.

6. CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito, é imprescindível resguardar todas as garantias fundamentais. A regra sempre será a liberdade de expressão, a liberdade de expressão e a atuação do Estado sempre será pautada pela via da exceção devidamente motivada pela linguagem das provas.

Porém, a própria Constituição Federal impõe atuação legislativa para a proteção da ordem constitucional e as garantias nelas elencadas, assumindo a ordem constitucional como bem jurídico de altíssima relevância.

Há mandado de criminalização expresso para a defesa do Estado Democrático de direito e da ordem constitucional (art. 5º, XLIV, CF).

Nessa linha, encontra-se o princípio da legalidade, onde exige a completa correlação entra a conduta praticada e o texto legal, impedindo arbitrariedades por parte do Poder Público.

Assim, todas as elementares do crime precisam estar preenchidas para que seja justa a persecução penal.

Traçado os limites da liberdade de reunião, observa-se que o crime de Abolição Violenta do Estado Democrático de Direito exige o emprego de violência ou com grave ameaça com dolo específico de abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais.

Para análise da violência ou grave ameaça, foi demonstrado que a sua ocorrência contra o Estado é diferente da forma que ocorre à pessoa física, no primeiro, a violência ocorre de formas menos explícitas, mas com grande potencial de lesividade à vítima.

Superadas as questões, têm-se que incontáveis danos a direitos de terceiros ou grande ameaça de colapso econômico é suficiente para enquadrar uma manifestação como criminosa, limitando-se o direito de reunião.

Recorda-se que atos isolados não podem ser utilizados para abranger outras formas de protesto mesmo que defendam algo inconstitucional, pois violará o princípio da exclusiva proteção ao bem jurídico. Logo, o direito penal poderá atuar apenas nos casos que houver de fato lesão ou ameaça de lesão.

Conclui-se que a Constituição Federal impõe uma limitação ao poder incriminador, obrigando a abstenção do Estado em casos de regular exercício da liberdade de reunião

Por outro viés, ela também impõe uma atuação coercitiva do Estado para a proteção da ordem constitucional e o funcionamento das instituições democráticas, inserindo o Estado Democrático de Direito como bem jurídico limitador da liberdade de reunião e sob essa linha foi incluído o art. 359-L do Código Penal em cumprimento do mandado de criminalização.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional.** 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/40. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 07 dez. 1940, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 25 de set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.170/83. **Dispõe sobre os crimes contra a segurança nacional.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 dez. 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm. Acesso em 26 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.197/21. **Dispõe sobre os crimes contra o Estado Democrático de Direito.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 set 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14197.htm, acesso em 25 set. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 179.808/SP**, Relator Marco Aurélio, Primeira Turma. Julgamento em 16 de novembro de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_HC_179808_a7230.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1664996625&Signature=d6Gi8DYWFtjtgwpaRYmXdcIq4t0%3D. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Supremo tribunal federal. **ADPF nº 187/DF**, Relator Ministro Celso de Mello, j. 15/06/2011. Voto do Ministro Relator (Mérito), p. 61-120. (http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195). Acesso no dia 30 de outubro de 2022.

BECK, Ulrich. **La Sociedad de Riesgo: Hacia Una Nueva Modernidad**. Barcelona: Paidós. Tradução: Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, 1998.

BERLIN. Isaiah. **Dois conceitos de liberdade**. In Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 226-272.

BONFIM, Edílson Mougenot. **Direito Penal da Sociedade**. São Paulo: Oliveira Mendes, Livraria Del Rey Editora, 1997.

CARVALHO, Márcia Dometila lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. "**Liberdade de reunião e democracia: reflexões a partir das experiências brasileiras e alemãs"**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 8, no 30, p. 649-669, set./dez. 2014.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mario da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 20. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GONÇALVES, Alex Silva; QUIRINO, Regio Hermilton Ribeiro. **A Norma Hipotética Fundamental de Hans Kelsen e a Regra de Reconhecimento de Herbert Hart: Semelhanças e Diferenças Entre os Critérios de Validade do Sistema Jurídico.** Sequência, Florianópolis. nº 78, p. 91-118. Abril. 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação Penal Especial.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

HASSEMER, Winfried. **Crisis y Características del Moderno Derecho Penal**. Madri: Actualidad Penal, n. 43, 1993

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUNIOR, Aury Lopes. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. ed. São Paulo: Saraiva, 2019

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. **Manual de direito penal.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BRASIL. Supremo tribunal federal. **Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 187/DF**, Relator Ministro Celso de Mello, j. 15/06/2011. Voto do Ministro Relator (Mérito), p. 61-120. (http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195). Acesso no dia 30 de outubro de 2022.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed. São Paulo: Método, 2022

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **O Princípio da Codificação e a Adequada Proteção dos Bens Jurídicos.** Momentum, Atibaia. V. 1. n. 11, p. 25/36. 2013.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; NETO, Ricardo Ferracini. **Criminologia.** 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIOVESAN, Flavia; DIAS, Roberto. **Liberdade de Expressão e constitucionalismo multinível: jurisprudência do STF, diálogos jurisdicionais e desafios contemporâneos**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022;

PRADO, LUIS REGIS. **O Bem Jurídico Penal e Constituição.** 8. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 44. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002;

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TURESSI, Flavio Eduardo; PONTE, Antonio Carlos da. **Direitos humanos, mandados de criminalização e as obrigações processuais penais positivas.** Revista Meritum. V. 17. n. 2, p. 311/331, 2022.

VEIGA, Marcelo; SOUZA, Renee do Ó. **Criminologia.** 2. ed. São Paulo: editora Método, 2022.

VIANA, Eduardo. **Criminologia.** 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El Enemigo en El Derecho Penal.** 1. ed. Buenos Aires: Ediar, 2012.

ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.