

DEMOCRACIA DEFENSIVA E OVERCRIMINALIZAÇÃO: A LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E OS EFEITOS DA ADI-5567 EM FACE DE CARGOS E FUNÇÕES PÚBLICOS

Rogério Gesta Leal  

Contextualização: O fenômeno da corrupção nos dias atuais tem se expandido para múltiplas fronteiras físicas e virtuais, atingindo relações públicas e privadas que se desenvolvem no âmbito da Sociedade, Estado e Mercado, nomeadamente no que tange à criminalidade econômica e organizada, gerando verdadeiros cenários de overcriminalização (ilícitos penais marcados por níveis de complexidade e sofisticação altíssimos, assim como gerando impactos trágicos de natureza individual, coletiva e difusa, inclusiva à Democracia). Por conta disto, tem-se desenvolvido legislações e políticas de defesa do Estado Democrático de Direito, com o recrudescimento também em termos de penas para sujeitos provocadores daqueles delitos, em especial para agentes públicos, dada a natureza institucional e política dos cargos e funções que ocupam.

Objetivo: O objetivo geral deste trabalho é avaliar, a partir de aproximações aos conceitos de overcriminalização e democracia defensiva, em que medida a determinação do art.2º, §6º, da Lei nº12.850/2013, que trata da perda de cargo e afastamento por oito anos de funções públicas de qualquer agente público envolvido com organizações criminosas, e a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI-5567, apresentam-se coerentes com o sistema normativo brasileiro como um todo.

Metodologia: Utilizamos no trabalho o método dedutivo, e enquanto técnica de pesquisa, nos valem da avaliação de documentação indireta, nomeadamente bibliográfica.

Resultados: Como resultados pretendemos propor perspectiva mais ampla enquanto fundamento da decisão do STF, no sentido de levar em conta a natureza política e jurídica dos cargos e funções públicas no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Overcriminalização; Democracia; Perda de Cargo Público.

**DEFENSIVE DEMOCRACY AND
OVERCRIMINALIZATION: THE CRIMINAL
ORGANIZATIONS LAW AND THE EFFECTS OF
ADI-5567 ON PUBLIC POSITIONS AND
FUNCTIONS**

Contextualization: The phenomenon of corruption nowadays has expanded to multiple physical and virtual borders, reaching public and private relations that develop within the scope of Society, State and Market, particularly with regard to economic and organized crime, generating real scenarios of overcriminalization (criminal offenses marked by extremely high levels of complexity and sophistication, as well as generating tragic impacts of an individual, collective and diffuse nature, inclusive of Democracy). Because of this, legislation and policies to defend the Democratic Rule of Law have been developed, with an increase also in terms of penalties for subjects who provoke those crimes, especially for public agents, given the institutional and political nature of the positions and functions that they occupy.

Objectives: The general objective of this work is to evaluate, based on approaches to the concepts of overcriminalization and defensive democracy, to what extent the determination of art.2º, §6, of Law nº12,850/2013, which deals with the loss of office and removal from public duties for eight years of any public agent involved with criminal organizations, and the decision of the Federal Supreme Court, in ADI-5567, are consistent with the Brazilian regulatory system as a whole.

Methodology: We use the deductive method in our work, and as a research technique, we use the evaluation of indirect documentation, namely bibliography.

Results: As results, we intend to propose a broader perspective as the basis for the STF's decision, in order to take into account the political and legal nature of public positions and functions in the Democratic Rule of Law.

Keywords: Overcriminalization; Democracy; Loss of Public Office

**DEMOCRACIA DEFENSIVA Y
SOBRECriminalIZACIÓN: LA LEY DE
ORGANIZACIONES PENALES Y LOS EFECTOS
DE LA ADI-5567 EN LOS CARGOS Y
FUNCIONES PÚBLICAS**

Contextualización del tema: El fenómeno de la corrupción en la actualidad se ha expandido a múltiples fronteras físicas y virtuales, alcanzando relaciones públicas y privadas que se desarrollan en el ámbito de la Sociedad, del Estado y del Mercado, particularmente en lo que respecta al crimen económico y organizado, generando escenarios reales de sobrecriminalización (delitos penales marcados por altísimos niveles de complejidad y sofisticación, además de generar impactos trágicos de carácter individual, colectivo y difuso, inclusive de la Democracia). Por ello, se han desarrollado legislaciones y políticas para defender el Estado Democrático de Derecho, con un aumento también en términos de penas para los sujetos que provoquen esos delitos, especialmente para los agentes públicos, dado el carácter institucional y político de los cargos y funciones que desempeñan.

Objetivos: El objetivo general de este trabajo es evaluar, a partir de aproximaciones a los conceptos de sobrecriminalización y democracia defensiva, en qué medida se cumple la determinación del art.2º, §6, de la Ley nº 12.850/2013, que trata de la pérdida de cargo y destitución de funciones públicas por ocho años de cualquier agente público involucrado con organizaciones criminales, y saber si la decisión del Supremo Tribunal Federal, en el caso ADI-5567, son consistentes con el sistema regulatorio brasileño en su conjunto.

Metodología: Utilizamos el método deductivo en nuestro trabajo, y como técnica de investigación utilizamos la evaluación de documentación indirecta, es decir, la bibliografía.

Resultados: Como resultados, pretendemos proponer una perspectiva más amplia como base para la decisión del STF, con el fin de tener en cuenta la naturaleza política y jurídica de los cargos y funciones públicas en el Estado Democrático de Derecho.

Palabras clave: Sobrecriminalización; Democracia; Pérdida de Cargos Públicos.

INTRODUÇÃO

O objetivo geral deste trabalho é avaliar, a partir de aproximações aos conceitos de overcriminalização e democracia defensiva, em que medida a determinação do art.2º, §6º, da Lei de Organizações Criminosas – LOC (nº12.850/2013), que trata da perda de cargo e afastamento por oito anos de funções públicas de qualquer agente público envolvido com organizações criminosas, e a decisão do Supremo Tribunal Federal -STF, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº5567 – ADI-5567, apresentam-se coerentes com o sistema normativo brasileiro como um todo.

Em face disto, a hipótese que vamos defender é que a disposição no art.2º, §6º, da Lei de Organizações Criminosas – LOC (nº12.850/2013) precisa ser interpretada tendo em conta compreensão alargada dos bens jurídicos tutelados pela norma e suas interconexões com a natureza política e jurídica dos cargos e funções públicas no Estado Democrático de Direito, propondo argumentos mais amplos daqueles utilizados pelo STF na decisão da ADI-5567.

Elegemos desenvolver este texto a partir dos seguintes objetivos tópicos: (i) dimensionar a importância, nestes tempos sombrios de overcriminalização em que vivemos, da proteção da Democracia e suas instituições; (ii) identificar quais as funções democrático-defensivas do Direito Penal no Estado de Direito, muito especialmente no âmbito da LOC e da decisão do STF na ADI-5567.

Pretendemos utilizar na pesquisa o método dedutivo, testando nossas hipóteses com os fundamentos gerais a serem declinados. Utilizaremos para tanto técnica de pesquisa com documentação indireta, nomeadamente bibliográfica.

1. DEFESA DA DEMOCRACIA E DEMOCRACIA DEFENSIVA

Temos vivido nestes últimos tempos momentos de extrema conflituosidade e tensão internacional relacionados a problemas econômicos, políticos, religiosos e culturais os mais diversos (raciais, sexuais, étnicos, etc.), redundando em inúmeras formas de violências – físicas e simbólicas -, fazendo com que os Estados Democráticos tenham de tomar medidas preventivas e curativas por vezes problemáticas em termos de sustentabilidade, como limitando liberdades constitucionais, e tudo isto tem posto em xeque inúmeros conceitos e compreensões tradicionais que temos criado sobre o Estado Democrático de Direito a partir de condições minimamente civilizatórias estabelecidas.

Como nos adverte Bobbio, entretanto, não podemos nos deixar enganar pelas aparências, imaginando que a cada dez anos a história recomeça do início; é preciso ter muita paciência e saber ouvir novamente as lições dos clássicos se desejamos realmente

apreender as complexidades destes fenômenos.¹ E neste sentido – dialogando com Marx -, Bobbio ratifica a premissa do autor alemão no sentido de que a política, ao fim e ao cabo, é a esfera onde se desenvolvem relações de domínio, tomado este em sua expressão mais intensa, isto é, enquanto poder capaz de recorrer, em última instância e para atingir seus fins, a força física.²

Daí porque constitui efetivo cálculo racional o que induz o ser humano a sair – e se manter distanciado – do estado bruto de natureza, instituindo a sociedade civil, evidencia maior da contraposição entre o homem racional e o passional. Nesta perspectiva jusnaturalista e de matiz liberal, o Mercado deveria se incumbir, em sua forma racional, de libertá-lo de todos os obstáculos que o impedem de se desenvolver livremente, provenientes nomeadamente daquele poder político que, segundo Hobbes, representa a barbárie em vez da razão.³

As promessas daquele Mercado liberal, contudo, não se cumpriram de forma satisfativa, gerando, ao mesmo tempo, riqueza em poucas mãos e exclusão social massiva, fazendo com que novas barbáries surgissem, reclamando a presença de um *tertius* para restabelecer a ordem social que equilibrasse crescimento econômico e desenvolvimento humano e ambiental sustentáveis: o Estado de Direito, ora entendido como:

Lo stato di diritto, inteso il diritto kelsenianamente come l'insieme delle norme che regolano l'uso della forza, può essere definito come lo stato in cui il potere coattivo non è esercitato dal sovrano a suo arbitrio ma vi sono norme generali ed astratte, e quindi non valevoli caso per caso, che stabiliscono chi è autorizzato a esercitare la forza, quando, cioè in quali circostanze, come, cioè attraverso quali procedure (il che vuol dire che salvo il caso di forza maggiore il potere esecutivo può usare la forza di cui dispone soltanto dopo regolare processo), e in quale misura, il che ha per conseguenza che vi deve essere una certa proporzione, stabilita una volta per sempre, fra colpa e castigo.⁴

A limitação do uso da força do Estado, contrapondo-se a força ilegítima de relações institucionais e intersubjetivas irracionais, funda-se justamente na distinção entre o manejo lícito daquele e ilícito destas, cuja base autorizativa são as deliberações políticas prévias, pela via do processo legislativo democrático e representativo. E mais, o conjunto de instituições que permitem resolver conflitos sem recorrer exponencialmente à força constitui, para além do Estado de Direito, o Estado Democrático, ou seja, o Estado em que

¹ BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. **Crisi della democrazia e neocontrattualismo**. Roma: Riuniti, 1984, p.10.

² Avança o autor italiano para dizer: *l'uso della forza fisica, se pure in ultima istanza, se pure come extrema ratio, è il carattere specifico del potere politico. Lo stato può essere definito come il detentore del potere politico, e quindi come mezzo e fine dell'azione politica degli individui e dei gruppi in conflitto fra loro, in quanto è l'insieme delle istituzioni che in un determinato territorio dispongono, e sono in grado di valersi al momento opportuno, della forza fisica per risolvere i conflitti fra gli individui e fra i gruppi.* (p.11).

³ HOBBS, Thomas. **De Cive: elementos filosóficos a respeito do cidadão**. Petrópolis: Vozes, 1983, p.12.

⁴ BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. **Crisi della democrazia e neocontrattualismo**. Op.cit., p.16. Agrega ainda o autor que: *A differenza di quel che accade nello stato dispotico, nello stato di diritto è possibile distinguere non solo la forza legittima da quella illegittima (considerando legittima ogni azione che proviene dal sovrano, cioè da colui che possiede il potere effettivo), bensì la forza legale da quella illegale, cioè la forza usata in base a leggi prestabilite e la forza usata contro le leggi. La lotta per l'instaurazione e il progressivo perfezionamento dello stato di diritto è la lotta per lo stabilimento e l'allargamento dei limiti dell'uso della forza.*

se aplica a regra fundamental de que, em cada conflito, vencedor não é aquele que tem mais força física, mas quem tem mais **força de persuasão normativamente fundada**.⁵

Estas premissas é que devem nortear, ao menos no plano normativo (constitucional e infraconstitucional) os Estados Democráticos de Direito na formatação e execução de suas políticas públicas preventivas e curativas de enfrentamento de fenômenos sociais/institucionais que colocam riscos e perigos os mais diversos à Sociedade, dentre os quais vamos dar destaque à overcriminalização.

2. OVERCRIMINALIZAÇÃO E DEMOCRACIA DEFENSIVA

O fenômeno conhecido como overcriminalização pode ser facilmente identificado em diversos países do globo hoje, e se caracteriza, na dicção de Douglas Husak, pela *dramatic expansion in the substantive criminal law and the extraordinary rise in the use of punishment*.⁶ E isto ocorre, dentre outros fatores igualmente globais, com: (i) a percepção demasiadamente tonificada de que vivemos em ambientes sociais altamente inseguros por conta dos índices de criminalidade ordinária e quotidiana (furtos, roubos, estelionatos, violência de gênero, raça e cor), e fundamentalmente por conta da macrocriminalidade organizada (tráfico de drogas, de pessoas, de armas, lavagem de dinheiro, corrupção, cibercriminalidade); (ii) a resposta fácil, imediata e midiática de que esta insegurança pode ser resolvida pela via do endurecimento da legislação penal; (iii) a imposição de padrões culturais, morais e até religiosos pela via da criminalização.⁷

Isto tudo acarreta problemas de diversas ordens, nomeadamente envolvendo percepções sociais e institucionais marcadas por compreensões por vezes restritas de fenômenos complexos, como nos mostra Castells:

O medo é a mais poderosa das emoções humanas. E sobre essa emoção atua o terrorismo indiscriminado, aquele que mata, mutila, fere, sequestra ou aliena em qualquer tempo e espaço para aninhar o medo na mente das pessoas. Seus efeitos sobre a política são profundos, porque onde há medo surge a política do medo. A saber, a utilização deliberada do óbvio desejo que as pessoas têm de proteção para estabelecer um estado de emergência permanente que corrói e, por fim, nega na prática as liberdades civis e as instituições democráticas. Terrorismo, medo e política, embora sempre tenham formado um sinistro ménage à trois, foram ocupando nas duas últimas décadas o frontispício da vida cotidiana, de tal modo que, em muitos países, entramos em um mundo no qual as crianças

⁵ Como nos diz Bobbio: *Mentre la istituzione dello stato di diritto influisce sull'uso della forza regolandola, l'istituzione dello stato democratico vi influisce riducendone lo spazio di applicazione*. BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. *Crisi della democrazia e neocontrattualismo*. Op.cit., p.18.

⁶ HUSAK, Douglas. *Overcriminalization – the limits of the criminal law*. New York: Oxford University Press, 2008, p.03.

⁷ Lembra LUNA, Erik. The overcriminalization phenomenon. *American University Law Review*, v. 54, nº 3, 2005, pp. 703-743, que: (a) em Delaware há legislação criminal que pune com até seis meses de prisão a venda de perfume ou loção como bebida; (b) no Alabama é crime desde a mutilação para provocar excitação sexual, até treinar um urso para lutar; (c) já em Nevada é crime a perturbação de cultos religiosos por conta de qualquer diversão barulhenta; (d) no Tennessee é contravenção caçar animais selvagens desde aeronaves; (e) na Indiana é crime a coloração de pássaros e coelhos; (e) em Massachusetts há sanções de natureza penal àqueles que assustam os pombos de seus ninhos; (f) no Texas é crime usar animais vivos como iscas em corridas de cães. (p.704).

crecem no medo. E no qual os cidadãos aceitam que os vigiem e os controlem eletronicamente, que os revistem em suas viagens, que os detenham preventivamente, que militarizem o espaço público.⁸

Esta militarização do espaço público amedrontado preocupa-se em instrumentalizar o Estado com ferramentas *eficientes* (preventivas e curativas) sob o ponto de vista de soluções ficticiamente imediatas (e, portanto, não raro, paliativas) para lidar com riscos e perigos que sequer conhece bem, decorrendo daí providências, políticas e normas que tem atingido mais as consequências do que as causas dos problemas, fomentando círculos viciosos de retroalimentação dos mesmos.⁹

Em meio a tudo isto, o campo do Direito Penal e Processual Penal tem sido eleito como um dos preferenciais por Estados de Direito para atuarem nestes âmbitos, tendo presente, todavia, a advertência de Kadish, ao lembrar que, em cenários de overcriminalização, estes campos do Direito podem assumir feições perigosas, em especial quando: *(1) to declare or enforce public standards of private morality, (2) as a means of providing social services in default of other public agency, and (3) as a disingenuous means of permitting police to do indirectly what the law forbids them to do directly.*¹⁰

Nos Estados Unidos da América - EUA, por exemplo, desde a promulgação, em 1962, do seu Código Penal (*Modern Penal Code*), também por conta dos fatores acima mencionados, pode-se dizer que a ampliaram-se as hipóteses de responsabilidade objetiva no âmbito penal, evidenciando a conseqüente falha da Suprema Corte dos EUA em reconhecer a necessidade constitucional do princípio da culpabilidade como eixo central deste campo jurídico, fazendo com que ocorresse franca expansão de leis criminais federais mais duras (retributivas) para todo o território, em detrimento de políticas de reabilitação.¹¹

Na Itália do final do século XX, pesquisa nacional mostrava que a reforma da legislação penal complementar neste país resultou na proliferação de 5.431 casos incriminadores no sistema, fora do código penal, sendo que 84% deles de natureza

⁸ CASTELLS, Manuel. **Ruptura – a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p.33. Lembra ainda o autor que: *Na Espanha, sofremos o do ETA e o dos GAL; na Colômbia, o de guerrilheiros e paramilitares; no México, o dos carteis criminosos e do narcoestado; no Chile, o dos sicários de Pinochet; no Oriente Médio, o de palestinos e israelenses.*

⁹ Analisamos mais a fundo estes cenários em nosso LEAL, Rogerio Gesta. **Segurança Pública no Estado Democrático de Direito brasileiro**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

¹⁰ KADISH, Sanford H. **The Crisis of Overcriminalization**. In American Criminal Law, nº17 (1968). Acesso em <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2550&context=facpubs>, 18/07/2017, p.22. Do mesmo autor ver o livro KADISH, Sanford H. **Blame and Punishment**. New York: Macmillan, 1987. Ver também o texto de BEALE, Sara Sun. **The many faces of overcriminalization: from morals and mattress tags to overfederalization**. In <http://scholarship.law.duke.edu/>, acesso em 18/07/2017.

¹¹ Como nos faz ver o excelente trabalho de KADISH, Sanford H. **Fifty years of criminal law: an opinionated review**. In California Law Review. Vol.87:943/982. Assevera o autor que: *For in the end it is the substantive law that bond and channels the exercise of state power to condemn and punish individuals. An enlightened substantive law does not guarantee justice; it will not by itself foreclose the brutal, unfair, and incompetent administration of the laws. But a grossly defective substantive law invites all these evils.* (p.946).

contraventiva.¹² Estes cenários fáticos e normativos dão razão ao argumento de Sergio Moccia:

Paradossalmente, più il carcere fallisce, più ne aumenta la richiesta. Le ragioni possono essere le più diverse, ma, essenzialmente, ciò si verifica perché è ancora radicato l'equivoco – che la giurisprudenza tendenzialmente asseconda – dell'equazione carcere uguale giustizia, a cui si aggiunge quello secondo cui più dura è la pena, maggiormente si realizza la giustizia. In altre parole, sopravvive una concezione premoderna, ancestrale, teologico-sacrale della giustizia e della pena come espiazione, che si collega immediatamente all'aggressività dell'individuo, ignorando prospettive di solidarietà: essa aggrava più che risolvere i problemi.¹³

Mas não é só no campo penal que isto ocorre, basta vermos recente decisão do Poder Executivo brasileiro em determinar a atuação das Forças Armadas nacionais em ações de Garantia da Lei e da Ordem – GLO¹⁴ junto a três portos e dois aeroportos do Rio de Janeiro e de São Paulo, por conta da onda de violência que atingiu o primeiro com ações de milícias e narcotraficantes, queimando 35 ônibus e vagões de metrô, e para combater quadrilhas que utilizam os terminais logísticos paulistanos para o tráfico de drogas e armas.¹⁵

De qualquer sorte, toda e qualquer violação de norma jurídica tem o efeito de causar danos aos direitos dos membros da comunidade da qual o defraudador faz parte; mas mais que isto, este sujeito de direito, violando aquela norma, rompe o contrato social a que aderiu, colocando-se, quando o faz com discernimento cognitivo passível de imputação, fora dele, podendo perder certos direitos que o pacto violado lhe garantia.¹⁶

O sistema jurídico puramente abstrato resta esvaziado em termos de função social, razão pela qual reclama adequada estrutura de suporte para os fins que persegue, inclusive o de ser reconhecido pelos que pactuaram com tais dispositivos, na medida em que *un individuo è legittimo titolare di diritti solo nella misura in cui è inserito in un contesto di reciprocità, ovvero: può pretendere di vedere rispettati i propri diritti solo se rispetta i diritti altrui*.¹⁷

Que relações de reciprocidade sejam necessárias à efetiva fruibilidade dos direitos

¹² DONINI, Massimo. Per un codice penale delle mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema". In DONINI, Massimo. **Alla ricerca di un disegno: scritti sulle riforme penali in Italia**. Padova: Cedam, 2003, p.233.

¹³ MOCCIA, Sergio. Aspetti involutivi del sistema penale. In CANESTRARI, Stefano. (a cura di). **Il diritto penale alla svolta di fine millennio**. Torino: Giappichelli, 1998, p.282.

¹⁴ A GLO está autorizada pela Constituição Federal de 1988, em seu art.142, bem como pelas Leis Complementares nº97/99, nº117/04 e nº36/10 e, ainda, pelo Decreto nº3897/99. A portaria que aprova a GLO foi publicada na edição de 06/11/2023, do Diário Oficial da União.

¹⁵ Ver matéria publicada no G1 sobre o tema: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/10/24/recordes-de-35-onibus-queimados-em-1-dia-afeta-passageiros-e-gera-prejuizo-de-mais-de-r-35-milhoes.ghtml>, acesso em 09/11/2023.

¹⁶ Tais normas aprovadas legitimamente em processos legislativos democráticos representam a síntese da relação entre política e moral, como quer KANT, Immanuel. **A paz perpétua: um projeto filosófico**. Rio de Janeiro: Vozes, 2020, p.48.

¹⁷ CAVALIÈRE, Antonio. Diritto penale del nemico e di lotta: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali. In GAMBERINI, Alessandro; ORLANDI, Renzo. **Delitto politico e diritto penale del nemico**. Roma: Laterza, 2021.

é perspectiva aceita por diversos segmentos da teoria e da filosofia do direito, como podemos ver na dicção de Etienne Balibar, quando lembra que direitos, para serem verdadeiramente fruíveis, não podem ser concedidos por outro poder externo e superior, mas, por sua própria natureza, devem ser conquistados/acordados por todos simultaneamente, por meio de seu reconhecimento mútuo e democrático, e uma das formas mais tradicionais de se conseguir isto é pela via do (igualmente democrático) processo legislativo legítimo.¹⁸

Por certo que esta suposição de que todo ser humano é titular de direitos fundamentais e inalienáveis como pessoa indica o modo como a sociedade deveria ser, e não descreve, necessariamente, o modo como a sociedade é, daí porque ser uma ideia regulativa, no sentido de constituir premissa política civilizatória importante conquistada pela Modernidade, e que deve ser mantida como linha de princípio.

E dizemos isto porque a realidade de nosso cotidiano tem demonstrado que há pessoas (físicas e jurídicas), por livre, consciente e espontânea vontade, que revelam extremas dificuldades de cumprimento dos pactos de convívio social entabulados democraticamente, e incorporados em sistemas jurídicos institucionais, o que se evidencia pelo contingente imenso de multifacetados ilícitos perpetrados diariamente em todo o globo (de natureza penal, civil, administrativa, etc.), razão pela qual mecanismos de neutralização e prevenção prementes, por vezes, se fazem necessários – aliados, sempre, as tentativas de ressocialização-, bem como medidas repressivas e socioeducativas adequadas.

Por isto as ações daquelas pessoas configuram ameaças não só para a Sociedade, mas fundamentalmente à estabilidade e à vigência do sistema jurídico civilizatório, na medida em que, através de seus agires, colocam em xeque a vigência das normas e a consolidação cognitiva destas em meio a Comunidade. E esta é uma preocupação histórica da filosofia política – guardadas as temporalidades e sentidos contextuais -, como nos faz ver Thomas Hobbes, quando distingue entre cidadão que delinque, punido segundo a Lei, e criminosos de guerra, que reclamam tratamento distinto: o primeiro não coloca em risco a globalidade das relações sociais, enquanto o segundo impacta, com suas ações, os princípios fundadores da ordem social e suas instituições conformadoras. E é este adversário de princípios que Hobbes trata como inimigo do Estado e da Sociedade, devendo ser combatido com os meios próprios da guerra.¹⁹

¹⁸ BALIBAR, Étienne. **Violence and Civility – on the limits of political philosophy**. New York: Columbia University Press, 2020, p.28. Ou seja, direitos só são bons se forem realmente fruíveis, e só serão realmente fruíveis se forem mutuamente reconhecidos pelo menos pela comunidade de associados em que vigem e foram constituídos.

¹⁹ Ver a excelente abordagem do tema que faz CATTANEO, Mario. Hobbes's Theory of Punishment. In BROWN, K. C.(ed.). **Hobbes Studies**. Oxford: Basil Blackwell, 1965. Mais um argumento para compreendermos as razões de instituição de medidas de guerra como a GLO para enfrentar os atos de terror das milícias e do narcotráfico do Rio de Janeiro e de São Paulo, anteriormente referidos. Ver também a matéria publicada no site da revista Veja, publicado em 23/10/2023 - <https://veja.abril.com.br/brasil/caos-no-rio-mais-de-30-onibus-incendiados-alguns-com-passageiros-dentro>, acesso em 09/11/2023.

Na dicção de Hobbes, pois, o cidadão tem de responder em face do Estado por seus atos violadores da ordem constituída, e isto porque tais atos, em verdade, estão a romper o próprio pacto social instituinte da comunidade em que vive, o que configura crime de lesa-majestade, e que consiste em ações ou palavras com as quais o cidadão ou súdito mostra não mais querer obedecer à pessoa, homem ou corte, a quem foi confiada a suprema administração da Cidade.²⁰

Temos que alguns tipos de atos ilícitos gravíssimos que impactam de forma definitiva instituições e relações sociais democráticas ainda persistem hodiernamente, agora sofisticados e complexos em suas formatações estruturais e operacionais (crime organizado e econômico, tráfico de entorpecentes, armas, pessoas, órgãos humanos, cibercrimes, domínio de cidades²¹, abolição violenta do Estado Democrático de Direito²²).

Por certo que há riscos de abusos de direitos e excesso autoritário de poder em nome da defesa da Democracia e dos seus estatutos normativos, como nos mostram algumas recentes políticas antiterroristas que advieram de contextos como os do ataque às torres gêmeas, no 11 de setembro de 2001, em New York, criando aberrações como a prisão de Guantánamo, na qual inúmeras violações de direitos humanos e fundamentais foram perpetrados contra detentos que sequer foram julgados definitivamente pelo Poder Judiciário.²³

Claro que fazer uso do direito penal em sentido normativo – mesmo diante de fenômenos como a overcriminalização - abre cenários foscos, de visibilidade turva, justamente porque historicamente ele tem se constituído como lugar central no mecanismo de exercício físico e legítimo da coação do poder estatal. De qualquer sorte, é este mesmo direito penal que opera como instrumento demarcador das possibilidades daquele exercício, com limites e requisitos a serem observados (devido processo legal, amplo direito de defesa, etc.), sob pena de configurar abuso de poder ou desvio de

²⁰ HOBBS, Thomas. **De Cive: elementos filosóficos a respeito do cidadão**, p.80. Esclarece Hobbes ainda que: *Esse pecado que, segundo a lei natural é o dito crime lesa-majestade, consiste numa transgressão da lei natural, não da lei civil. Sendo a obrigação à obediência civil, em virtude da qual são válidas as leis civis, anterior a toda lei civil, e sendo o crime de lesa-majestade naturalmente nada mais que a violação dessa obrigação, segue-se que pelo crime de lesa-majestade é violada a lei que precedeu a lei civil, isto é, a lei natural que nos proíbe violar pactos e compromisso tomado.....Do exposto segue-se que rebeldes, traidores e demais convictos de lesa-majestade são punidos não pelo direito civil mas pelo direito natural, a saber, não por serem cidadãos maus, e sim, inimigos da Cidade, como também não pelo direito de soberania ou do domínio, mas pelo direito de guerra.* (p.191).

²¹ Este tipo penal está em fase de processo legislativo e se encontra aguardando apreciação do Senado Federal, eis que já aprovado pela Câmara dos Deputados, conforme site: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2265995>, acesso em 28/11/2023. O site do Senado Federal informa que o projeto pretende combater e punir a atuação de grupos criminosos fortemente armados, conhecidos como "novo cangaço". A medida busca tipificar e tornar hediondo o crime de domínio de cidades e estipula penas de multa e reclusão aos participantes. A proposta define como domínio de cidade a realização de bloqueios totais ou parciais de vias de tráfego, com o objetivo de retardar a aproximação da segurança pública, viabilizando a ocorrência de crimes. Além disso, define como intimidação violenta a promoção de atos de vandalismo com o objetivo de impedir a atuação do poder público. As penas são altas, de 15 a 30 anos, ou mais. Ver no site do Senado: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2023/01/23/senado-deve-analisar-projeto-que-aumenta-combate-ao-201cnovo-cangaço201d>, acesso em 28/11/2023.

²² Art. 359-L, do Código Penal brasileiro.

²³ Ver o relato do livro de BOUMEDIENE, Lakhdar. (editor). **Witnesses of the Unseen: seven years in Guantanamo**. Stanford: Stanford University Press, 2018.

finalidade.²⁴

E outro fundamento importante para tais perspectivas é o da Democracia Defensiva, reativa aos processos desconstituintes das conquistas civilizatórias dos Direitos Humanos e Fundamentais e dos regimes democráticos inclusivos, bem como combativa dos fenômenos discriminatórios e autoritários de ideologias neofacistas, como nos informa Ferrajoli:

Desde arriba, por la subordinación de la política a los mercados: el vacío de poder no existe, y cuando los poderes políticos retroceden, otros poderes, los económicos y financieros, avanzan y toman la delantera. Desde abajo por la esterilización política de la sociedad, la desmovilización territorial de los partidos, la difusión de racismos y egoísmos sociales y la quiebra de la representación. El resultado es el proceso desconstituyente en curso en casi todos los países occidentales.²⁵

Em cenários como estes que temos apresentado, o regime democrático vai sofrendo erosões (por vezes silenciosas, por vezes estridentes), pela via de forças destrutivas/desconstitutivas que fomentam discursos de ódio e divisão social, cultural e política fundamentalistas, através de posturas institucionais oficialistas, forjando um pensamento único que se quer hegemônico em termos de representação social, e criando estratégias de esvaziamento dos freios e contrapesos constitucionais historicamente existentes – nomeadamente entre Executivo, Legislativo e Judiciário.²⁶

O problema aqui é que, como nos mostra Gargarella, as Democracias abaladas por estas novas formas populistas e autoritárias de exercício do poder não resultam de golpes militares abruptos, mas decorrem da formatação de culturas e perspectivas de mundo construídas de forma lenta e por dentro das próprias estruturas democráticas instaladas, fazendo com que, a passos curtos e formalmente legais, se esvaziem e enfraqueçam os compromissos constitucionais emancipatórios forjados com muita luta e custos.²⁷

Recentemente este tema também foi abordado em evento do Tribunal Superior Eleitoral brasileiro, trazendo o exemplo alemão e de sua Constituição de 1949, prevendo ferramentas protetivas de direitos e garantias fundamentais – como a liberdade de expressão inclusive para aqueles que acreditam não ser a Democracia o melhor regime de governo; mas, ao mesmo tempo, impede o uso de tais direitos e garantias para colocar em risco ou perigo a própria ordem constitucional democrática e o Estado Democrático de Direito.²⁸

²⁴ Tratamos amplamente disto em nosso livro LEAL, Rogério Gesta. **O Direito Penal e Processual Penal em Sociedade de Riscos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. Madri: Trotta, 2018, p.72.

²⁶ Neste sentido o texto de BERMEJO, Nancy. On democratic backsliding. In *Journal of Democracy*, Baltimore, v. 27, n.1, 2016, p. 10-11. Na mesma direção ver o texto de LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 32-35.

²⁷ GARGARELLA, Roberto. **El derecho como una conversación entre iguales**: Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2021, p.293.

²⁸ Evento ocorrido em 16/08/2023, no Tribunal Superior Eleitoral (<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Agosto/tse-sedia-seminario-internacional-sobre-democracia->

Na fala do Min. Alexandre de Moraes, na abertura deste evento, restou consignada a importância de as Democracias terem mecanismos de tutela dos valores e princípios civilizatórios dos ideais democráticos da Modernidade e contemporâneos, enquanto o juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Josef Christ, participante do evento, apresentou os instrumentos especiais usados no país para a defesa da democracia, todos controlados pelo Poder Judiciário, dentre os quais destacando a possibilidade de ser proibida a existência de determinados partidos políticos e associações civis que tenham como escopo o ataque aqueles valores e princípios.²⁹

Interessante que Christ ainda informa que há em seu país, dentre aqueles mecanismos defensivos da Democracia, a possibilidade de serem suspensos direitos fundamentais em face de abusos praticados no uso de direitos de liberdade (fomentadores de ódios, violência de gênero, raça, cor, etnia), passando pela tipificação penal de crimes contra o Estado Democrático de Direito, até em face do que dispõe as cláusulas pétreas da Constituição alemã, como os princípios da Democracia, da República e do Estado Social.³⁰ Mas não só isto, a própria estrutura normativa ordinária da Constituição Federal alemã conta com disposições explicitamente conformados nesta direção, dentre os quais:

Artigo 9, seção 2: São proibidas todas as associações cujas finalidades ou cuja atividade sejam contrárias às leis penais ou estejam orientadas contra a ordem constitucional ou os ideais do entendimento entre os povos.

Artigo 10, seção 2: Limitações só podem ser ordenadas em virtude de lei. Se a limitação tiver por finalidade proteger a ordem fundamental livre e democrática ou a existência e segurança da Federação e de um Estado federado, a lei pode determinar que a limitação não seja levada ao conhecimento do indivíduo atingido e que, em vez de se seguir a via judiciária, o controle seja efetuado por órgãos principais e auxiliares, nomeados pelos representantes do povo.

Artigo 18: Quem, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5 §1), da liberdade de ensino (artigo 5 §3), da liberdade de reunião (artigo 8), da liberdade de associação (artigo 9), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16 §2), perde estes direitos fundamentais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda dos direitos e fixar a sua extensão.

Artigo 21, seções 2 e 3: (2) São inconstitucionais os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha. (3) Estão excluídos do financiamento estatal os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem

[defensiva](https://youtu.be/BluZgLSvHf8), acesso em 13/11/2023). O evento foi transmitido pelo canal do TSE (<https://youtu.be/BluZgLSvHf8>). Ver a matéria do CONJUR sobre o evento, no site: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-17/democracia-defensiva-saida-conter-inimigos-liberdade>.

²⁹ Refere o magistrado que isto ocorreu até hoje somente em relação ao Partido Socialista do Reich (nazista), em 1952, e o Partido Comunista alemão, em 1956, sendo que o partido de extrema-direita Alternativa para a Alemanha, vem sendo monitorado e pode ser alvo de processo de proibição. No que diz com associações civis enquadradas neste contexto, informa o magistrado que 55 delas (extremistas de direita e de esquerda) já foram proibidas, envolvendo posições radicais contra estrangeiros e fundamentalistas como o islamismo.

³⁰ Lembremos que recentemente, no Brasil, foram tipificadas condutas criminais contra o Estado Democrático de Direito, nos termos da Lei Federal nº14.197/2021, englobando o atentado à soberania, o atentado à integridade nacional, a espionagem, a abolição violenta do Estado Democrático de Direito, o golpe de Estado, a interrupção do processo eleitoral, a violência política e a sabotagem.

prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha. Uma vez decidida essa exclusão, são eliminadas também as vantagens fiscais e as subvenções para esses partidos.³¹

E este debate não é novo, eis que, como nos informa Serik, numerous scholars and philosophers have discussed at length how a democracy can best defend itself from political forces who under the protection of democratic principles seek to destroy the democratic order and replace it with an autocratic state.³²

Desde o entreguerras no século XX vamos ter estas preocupações com os ataques à Democracia, institucionais e pessoais, tanto que, já nos anos de 1930 a 1940, Karl Loewenstein propunha reflexões sobre o que chamava de democracia militante, visando reforçar os Estados Democráticos no enfrentamento de condutas políticas e civis de determinados atores considerados como autoritários.³³

Ratificando esta posição, Müller assenta que o Tribunal Constitucional alemão, nos anos 1950, adotou esta ideia de democracia militante/defensiva, já que the Constitution had made a basic decision in favor of a substantive (as opposed to formal) understanding of democracy, a set of values that had to be defended against its declared enemies.³⁴ E esta dúplice tarefa da Democracia se fortalece: consolidar valores e princípios civilizatórios, e criar meios legítimos de defesa destes.

O grande tema aqui é como deverão as forças democráticas contemporâneas enfrentar as forças antidemocráticas? Ao concederem direitos de participação a grupos que não partilham valores democráticos, as democracias podem pôr em perigo os próprios direitos que concederam; mas negar estes direitos também pode minar os valores democráticos. Diante disto, é preciso contarmos com um conjunto de princípios para determinar quando se pode recusar razoavelmente os direitos de indivíduos, movimentos, grupos, partidos e até governos de exercerem dissensos antidemocráticos.³⁵

O Supremo Tribunal Federal no Brasil tem feito isto nos últimos tempos, nomeadamente no governo de Jair Bolsonaro, justamente para salvaguardar princípios e

³¹ Constituição Federal Alemã, acesso pelo site: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>, Grifos nossos.

³² SERIK, Beimenbetov. **A comparative analysis of Defensive Democracy: a cross-national assessment of formal-legal defensiveness in 8 advanced European democracies**. University of Exeter, 2014, p. 20. Tese de Doutorado, acessível pelo site: <https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10871/17661/BeimenbetovS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, em 14/11/2023. Na mesma direção o texto de THIEL, Markus (edited by). **The militant democracy principle in modern democracies**. Burlington: Ashgate Publishing Limited, 2009, quando sustenta que: *Although the 'militant democracy' principle is regarded as a constitutional value, it does not directly impose a duty on the citizens. The Constitutional Court held that it could call upon citizens to act as democrats (and enables the state to fight against those who do not)* – p.115. Grifos nossos.

³³ Loewenstein, Karl. **Militant Democracy and Fundamental Rights, I**. In American Political Science Review, 31, nº 3 (1937): 417–32; e o **Militant Democracy and Fundamental Rights, II**. In American Political Science Review 31, nº4 (1937): 638–81.

³⁴ MULLER, Jan-Werner. **A practical dilemma which philosophy alone cannot resolve? Rethinking militant democracy: an introduction**. In Constellations, Volume 19, nº4, Balckwell Publishing, USA, 2012, p. 536.

³⁵ No ponto ver a excelente reflexão de KIRSHNER, Alexander. **A theory of militant democracy – the ethics of combatting political extremism**. New Haven: Yale University Press, 2020.

regras jurídicas constitucionais que condensam valores democráticos os mais diversos, basta vermos o caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº622/DF³⁶, pela qual foi impugnado como inconstitucional o Decreto Federal nº10.003/2019, que alterou o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA, destituindo o então Presidente da República, sem motivação e com base na alteração normativa do Decreto referido, todos os seus atuais membros naquela quadra histórica, os quais se encontravam em pleno curso de mandatos legítimos.

Entendeu o Ministro Barroso que as novas regras instituídas à composição do CONANDA, além de abruptamente interromper mandatos eletivos absolutamente legais, esvaziaram indevidamente a participação da sociedade civil, por suas entidades representativas, que elegeram os mandatários por tempo certo, violando o disposto no art.204, II, combinado com o art.227, caput, e §7º, da Constituição de 1988 - CF, bem como o que o relator chama de princípio da vedação ao retrocesso (art.1º, caput, e III; art. 5º, XXXVI, e §1º; art. 60, §4º, da CF).³⁷

O Brasil, neste ano de 2023, resolveu criar a Procuradoria Nacional da União de Defesa da Democracia – PNDD, regulamentada pela Portaria Normativa PGU/AGU nº16, de 04/05/2023, publicada em 05/05/2023, no Diário Oficial da União.³⁸ Dentre outras competências, esta PNDD terá a de enfrentar a incitação ou a tentativa, com emprego de violência ou grave ameaça, que vise: (i) abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais; (ii) depor o governo legitimamente constituído; (iii) impedir ou perturbar as eleições ou a aferição de seu resultado, mediante violação de mecanismos de segurança do sistema eletrônico de votação estabelecido pela Justiça Eleitoral; e (iv) restringir, impedir ou dificultar o exercício de direitos políticos em razão de gênero, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual ou procedência nacional.³⁹

E isto pode se aplicar também para o tema da overcriminalização, que de igual maneira tem colapsado os Estados de Direito no sentido de permanentemente violar seus estatutos regulatórios de condutas e comportamentos, colocando em xeque as instituições democráticas, a estabilidade/confiabilidade do sistema jurídico como um todo e a segurança jurídica das relações intersubjetivas e interinstitucionais.

Por conta disto, inúmeras e inéditas legislações têm se criado em todo o globo para, nomeadamente no campo criminal, defender a segurança das pessoas e da Sociedade

³⁶ Acesso pelo site: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346480805&ext=.pdf>, em 20/11/2023.

³⁷ Alerta o Relator que: *as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto a sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático.* (p.15, do voto).

³⁸ Ver o documento no site: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-normativa-pgu/agu-n-16-de-4-de-maio-de-2023-481241444>, acesso em 14/11/2023.

³⁹ Art.5º, I, alínea c, da Portaria sob comento.

como um todo, e com isto tutelar a Democracia em sentido amplo. Prova disto é que, no Brasil, a Comissão dos Direitos Humanos - CDH no Senado Federal, em data de 26/04/2023, aprovou projeto de lei que criminaliza a apologia ao nazismo e a negação do Holocausto.⁴⁰ Também podemos citar a Lei Federal nº12.850/2013 - LOC, evidenciadora do reconhecimento público e normativo da overcriminalização de que estamos falando, pois define o que seja organização criminosa e dispõem sobre sua investigação criminal a partir de novos (e delicados) meios de obtenção de prova.

Esta lei de organizações criminosas está amplamente marcada por preocupações que envolvem a eficiência da investigação e responsabilização penal de grupos de pessoas que operam em estruturas ordenadas para a prática de delitos os mais diversos, impulsionando a overcriminalização, e por isto teve como fundamento a defesa da segurança pública da Sociedade e do Estado Democrático de Direito.⁴¹ Evidência clara disto são os meios de prova que prevê para tanto, sensíveis no que tange aos Direitos Fundamentais Individuais de privacidade e intimidade de pessoas físicas e jurídicas: (i) captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; (ii) acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; (iii) interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; (iv) afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; (v) agente policial infiltrado – física e virtualmente.⁴²

Somente os níveis de riscos e perigos que a overcriminalização das organizações criminosas representa hoje, combinados à defesa da Sociedade e do Estado Democrático de Direito, é que permitiram a aprovação legislativa daqueles meios de prova potencialmente invasivos a direitos e garantias fundamentais tão caras ao constitucionalismo contemporâneo.

Também em face da overcriminalização e as ameaças que ela impõe ao Estado Democrático de Direito e à Sociedade que restou aprovada a polêmica Lei Federal nº13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, incrementando ainda mais as possibilidades de repressão de determinados delitos, valendo-se: (i) do aumento de tempo da pena (40 anos); (ii) instituindo a perda alargada de bens do condenado, com

⁴⁰ Trata-se do PL nº192/2022, originariamente proposto pela Senadora Simone Tebet, obtendo o parecer favorável do relator desta CDH, Senador Randolfe Rodrigues, e encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça do Senado, aguardando relator – conforme informação do site do Senado Federal: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151635?_gl=1*1bn1vby*_ga*NTYxNjQ1NTFwLjE3MDA1NjkvMTY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwMDU2OTIxNi4xLjAuMTcwMDU2OTIxNi4wLjAuMA, acesso em 21/11/2023.

⁴¹ Tratamos destes aspectos a partir do conceito de Sociedade de Riscos em nosso LEAL, Rogério Gesta. **O Direito Penal e Processual Penal na Sociedade de Riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. Também nesta direção o livro LEAL, Rogério Gesta. **Segurança Pública no Estado Democrático de Direito brasileiro** – avanços e recuos. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

⁴² Art.3º, incisos II, IV, V e VI, VII (e art.10 a 14), da LOC. E não só isto, eis que esta norma também prevê condições mais gravosas de tratamento para o cumprimento de pena: (i) As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima - §8º, art.2º; (ii) O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa, ou por crime praticado por meio de organização criminosa, não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional, ou outros benefícios prisionais, se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo -§9º, art.2º.

inversão do ônus da prova; (iii) ampliando os casos de decretação da prisão preventiva em face do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado; (iv) ampliando o uso do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, no âmbito da execução penal (medida de extrema restrição de direitos dos apenados), podendo ser prorrogado indefinidamente.⁴³

Também a Lei Federal nº11.671/2008, que trata das transferências e inclusões de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima, em seu art.3º⁴⁴, determinou quem pode ser incluído em tais prisões, a saber, aquele para quem (preso condenado ou provisório) a medida se justifique no interesse da segurança pública, o que radicalmente amplia as possibilidades de enquadramento segregatório por parte do Estado – por óbvio que justificadamente.

Recentemente o STF foi provocado para se manifestar, em sede da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº5.567 (ADI-5567), sobre alguns dispositivos da LOC⁴⁵, dentre os quais queremos destacar a punição com perda de cargo e afastamento por 08 anos de funções públicas de qualquer agente público envolvido com organizações criminosas, justamente para dar relevo a nosso argumento da importância de mecanismos penais da Democracia Defensiva voltados à tutela do Estado Democrático de Direito e da Sociedade, mesmo que pela via do Direito Penal, o que passamos a abordar.

3. NOTAS CONCLUSIVAS SOBRE AS FUNÇÕES DEMOCRÁTICO-DEFENSIVAS DO DIREITO PENAL NO ESTADO DE DIREITO E O CASO DA ADI-5567

A ADI-5567, dentre outros escopos, pretendeu a declaração de inconstitucionalidade no disposto no art.2º, §6º, da LOC, que trata da perda de cargo e afastamento por 08 anos de funções públicas de qualquer agente público envolvido com organizações criminosas.

O contexto desta legislação precisa ser bem entendido para o deslinde da demanda, o que fez parcialmente o relator, ao reconhecer que: O grande desafio institucional brasileiro da atualidade é evoluir nas formas de combate à criminalidade, efetivando um maior entrosamento dos diversos órgãos governamentais na investigação à criminalidade organizada, na repressão à impunidade e na punição da corrupção.⁴⁶

Importante o registro de que, até antes da LOC, o Brasil não contava com legislação específica que definisse normativamente organização criminosa como sujeito ativo de

⁴³ O Pacote Anticrime endureceu drasticamente o RDD, alterando o art.52, da Lei Federal nº7.210/1984, Lei de Execução Penal.

⁴⁴ Alterado pelo Pacote Anticrime, restringindo ainda mais os direitos dos apenados em termos de visitas, banhos de sol e monitoramento dos meios de comunicação.

⁴⁵ Esta ADI-5567 foi impetrada pelo Partido Social Liberal-PSL, atual União Brasil, questionando a constitucionalidade de quatro disposições da Lei nº12.850/2013, sob o argumento de que eles estariam violando os princípios constitucionais proporcionalidade, segurança jurídica e devido processo legal, tendo como relator o Ministro Alexandre de Moraes. Ver notícia veiculada no site da agência Brasil: <https://agenciabrasil.etc.com.br/justica/noticia/2023-11/maioria-do-stf-valida-quatro-pontos-da-lei-de-organizacoes-criminosas>, acesso em 21/11/2023.

⁴⁶ Voto do Ministro Alexandre de Moraes, na ADI-5567, p.03.

crimes, a despeito de existir leis versando sobre delitos praticados por quadrilha e bando – como a Lei nº9.034/1995. Tampouco a ratificação feita pelo país da Convenção de Palermo, em 2004, que define o conceito de organização criminosa, foi aceita como capaz de integrar ao ordenamento jurídico nacional, por si só, reclamando-se disposição legal específica neste sentido, o que somente foi feito pelos termos da Lei nº12/694/2012, e depois alterado tal conceito pela LOC.⁴⁷ E tais medidas legislativas foram fundamentais, não só para aclarar mais o conceito de organização criminosa e os métodos e técnicas de persecução penal de suas ações, mas fundamentalmente para garantir maior eficácia a tais responsabilidades diante da complexidade dos bens jurídicos violados e da crescente estruturação e ramificação das organizações criminosas, que contam com vultosos recursos financeiros e, muitas vezes, com a cooperação de agentes públicos.⁴⁸

Ou seja, esta espécie de materialização da overcriminalização que é a organização criminosa, diante dos riscos e perigos que traz ao Estado Democrático de Direito e à Sociedade como um todo, reclama mecanismos defensivos (preventivos e curativos) eficazes o mais amplamente possível, pois são trágicas as consequências que acarretam (inclusive às instituições democráticas).

Por conta disto -e ao que interessa a este estudo – é que a LOC disciplinou, em seu art.2º, §6º, que: a condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena. E sobre tal disposição – dentre outras - é que o postulante na ADI-5567 pediu a declaração de inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade.

Para o Ministro Relator, e o colegiado do STF, este prazo de 8 anos, todavia, não representa qualquer violação ao princípio da proporcionalidade, vez que estipulado pelo legislador a luz do interesse público de ter afastado, do exercício da função pública, aquele que se viu condenado pela prática de crimes previstos na Lei nº12.850/13, fazendo ainda simetria entre tal dispositivo e o previsto no art.92, do Código Penal⁴⁹, com a ressalva de que não são automáticas tais determinações neste estatuto, devendo ser motivadamente declarados na sentença. No caso da LOC, entretanto, não importa a quantidade de pena imposta ao agente, bastando que seja funcionário público e que a sentença penal condenatória transite em julgado, sequer dependendo de pedido expresso do Ministério

⁴⁷ O Ministro Alexandre de Moraes lembra que o STF por várias vezes consignou não ser suficiente a Convenção de Palermo para suprir omissão legislativa quanto à definição de organização criminosa como sujeito ativo de crime. (p.06, do voto).

⁴⁸ P.09, do voto, do Ministro Alexandre de Moraes – grifos nossos, reforçando o conceito de overcriminalização que estamos utilizando aqui.

⁴⁹ Que prevê como efeito específico da sentença condenatória irrecorrível a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, ou, nos demais casos, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 anos.

Público.⁵⁰

Outro argumento importante do Relator foi o condizente com o fato de que a discricionariedade quanto ao prazo previsto, como efeito da sentença penal condenatória para a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo, e para a interdição para o exercício de função ou cargo público, encontra-se dentro do espectro do Poder Legislativo, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. E está correta a ponderação, eis que outorgado ao legislador tais competências normativas sob o ponto de vista constitucional.

Mas temos que outros fatores colaboram para o reconhecimento da medida punitiva objurgada, e isto envolve o reconhecimento da natureza política e pública dos cargos e funções alcançadas na espécie.

E neste sentido cumpre lembrar o disposto no art.116, da Lei nº8.112/90⁵¹, demarcando os deveres do agente público: exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo, ser leal às instituições a que servir, observar as normas legais e regulamentos, levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração. Já no art.117, veda-se ao mesmo agente valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública. É tão grave os comportamentos funcionais que violam tais disposições que podem redundar na pena de demissão do agente público (nos termos do art.132, X, XI e XIII, exemplificativamente), sem prejuízo de eventual responsabilidade civil e criminal cumulativas (art.121).⁵²

Ainda o mesmo Estatuto deixa claro quais os âmbitos das responsabilidades civil, penal e administrativa que possuem os agentes públicos, a saber: (i) civil: *decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros* (art.122); (ii) penal: *abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade* (art.123); (iii) administrativa: *resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função*(art.124).

Não há dúvidas, pois, de que todos os agentes públicos têm a obrigação de conhecer os limites de suas ações sob o manto da legalidade, honestidade, transparência e responsabilidade, não podendo escusar-se de tal sob o argumento de desconhecimento

⁵⁰ Refere o Relator ainda que: *Assim, havendo o trânsito em julgado de sentença penal condenatória que decretou a perda do cargo, emprego ou função, a autoridade administrativa tem o dever legal de proceder a demissão do funcionário público ou a cassação da aposentadoria, independentemente da instauração de processo administrativo disciplinar, que se mostra desnecessária. Qualquer apuração realizada a posteriori no âmbito administrativo não terá o condão de modificar a força do decreto penal condenatório.*

⁵¹ Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

⁵² Disciplina de forma expressa o art.136, da Lei, que a demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos dos incisos IV, VIII, X e XI, do art.132, implica **indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário**, sem prejuízo da ação penal cabível, podendo incompatibilizar o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal pelo prazo de 05 anos.

da lei; tampouco podem dar cumprimento parcial ao sistema normativo que devem observar, em nome da tolerância a atos de menor potencial lesivo à moralidade pública e aos seus princípios normativos vinculantes, o que reforça os fundamentos da disposição da LOC que determina que a condenação com trânsito em julgado nestes delitos acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo, e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena, a bem do serviço público, da ética e moralidade na Administração Pública.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Temos percebido ao longo do tempo que o Estado de Direito vem sofrendo diversos tipos de crise, dentre as quais a de que algumas garantias relativas ao uso da força legítima estão a desaparecer, o que coloca também em crise este Estado enquanto tal, como puro poder, em face da propagação da violência privada (nomeadamente advinda da overcriminalização⁵³) e a incrível capacidade que esta evidencia no sentido de resistir eficazmente às ações/reações das forças democráticas e institucionais estatais instaladas, revelando níveis preocupantes de ingovernabilidade, entendida como consequência da desproporção entre as reivindicações cada vez mais numerosas da sociedade civil e a capacidade que o sistema político tem para lhes responder.

E isto se agrava ainda mais quando atentamos para os problemas decorrentes da overcriminalização de que estamos falando, em face da qual instrumentos tradicionais de pacificação e ordem social (políticas públicas, participação social, responsabilidade civil ou administrativa), não são mais suficientes para alcançar os escopos de prevenção e responsabilização pelo cometimento de violações de bens jurídicos tutelados normativamente – tanto individuais como coletivos e difusos.⁵⁴

Daí porque o Direito Penal e Processual Penal não podem ser vistos mais como mecanismos meramente subsidiários à tutela de bens jurídicos individuais, devendo ter suas compreensões funcionalizadas enquanto sistema também de controle de riscos a bens jurídicos tutelados, dentre eles o da segurança pública, aqui entendida como a que compreende as condições necessárias para o livre desenvolvimento do indivíduo na

⁵³ Muitas vezes estas modalidades de violência privada configuram eventos de pouca visibilidade imediata, em especial quando operadas por grupos organizados de pressão política e, ou, criminais.

⁵⁴ A Criminologia tem tratado muito destes temas, e de forma bastante consistente, basta ver os trabalhos de: (a) KILLIAS, Martín. **The opening and closing of breaches: A theory on crime waves, law creation and crime prevention.** In *European Journal of Criminology* 3(1): 11–32, 2006; (b) NELKEN, David. **Comparative criminal justice: Beyond ethnocentrism and relativism.** In *European Journal of Criminology* 6(4): 291–312, 2009; (c) MOLINA, Antônio Garcia-Pablos; GOMES, Luiz Flavio; (d) BIANCHINI, Alice. **Criminologia.** São Paulo: Editora RT, 2012.; (e) CUSSON, Maurice. **Criminologia.** Lisboa: Casa das Letras, 2010.

Sociedade.⁵⁵

E neste ponto está certo Silva-Sanchez ao sustentar que apresenta relevo a opção jurídico-política pelo Direito Penal no enfrentamento de cenários de hipercomplexidade globalizada e mesmo de instabilidade e insegurança social quando atinge bens jurídicos importantes à natureza humana, fundamentalmente porque: (i) diante do Direito Civil, de perfil predominantemente compensatório, o Direito Penal introduz sanção com força pública incontornável à persecução, valendo-se de instrumentos imediatos e invasivos visando a contenção, apuração e responsabilidade do ato criminoso, justamente para garantir a níveis aceitáveis a segurança de todos; (ii) em face do Direito Administrativo, o Direito Penal se afigura com maior neutralidade, notadamente diante do fenômeno político e de suas relações de Poder, em regra contaminante para os resultados que envolvem responsabilidade jurídica, assim como apresentar-se-ia mais imparcial a atuação da jurisdição penal, dificultando para o infrator o uso de expedientes de neutralização do juízo de desvalor das condutas levadas a cabo.⁵⁶

O problema é que tal quadro, como quer Bobbio, não tem solução simples, pois,

*il problema dell'ingovernabilita come problema di divario fra domanda e risposta, si capisce che le soluzioni estreme possibili sono sostanzialmente due: la diminuzione forzata delle domande, che è la soluzione autoritaria; oppure il rafforzamento e il miglioramento dello stato dei servizi, che è la soluzione socialdemocratica.*⁵⁷

E é este aprimoramento do Estado Democrático de Direito que se tem buscado para enfrentar as inúmeras demandas sociais que se apresentam de forma progressiva e impactante em nossos dias, o que, para o tema da overcriminalização, implica não somente marcos normativos eficientes, mas aplicação efetiva e eficaz pelos órgãos competentes e legítimos, como faz agora o STF no julgamento da ADI-5567, em especial no que toca ao reconhecimento da constitucionalidade da perda de cargo e afastamento por oito anos de funções públicas de qualquer agente público envolvido com organizações criminosas, afastado o servidor infrator dos quadros do Poder Público.⁵⁸

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGÊNCIA BRASIL. Maioria do STF valida quatro pontos da Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023->

⁵⁵ Ver o texto de CURBET, Jaume. **Un Mundo Inseguro: la seguridad en la sociedad del riesgo.** Barcelona: UOC, 2011.

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società industriali.** Milano: Giuffrè, 2004, p.185.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. **Crisi della democrazia e neocontrattualismo.** p.38.

⁵⁸ E neste sentido, *Il problema della ingovernabilita solleva il problema contrario, non dell'eccesso, ma del difetto di potere, non del potere esorbitante, ma del potere manchevole, inetto, incapace, non tanto del cattivo uso del potere, quanto del non uso.* Conclui o autor, com acerto, que o problema da ingovernabilidade é a versão contemporânea do problema do Estado que peca não por excesso, mas por falta de poder (o que significa o poder destinado a resolver problemas de interesse coletivo). BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. **Crisi della democrazia e neocontrattualismo.** p.22.

11/maioria-do-stf-valida-quatro-pontos-da-lei-de-organizacoes-criminosas>. Acesso em: 23 nov. 2023.

BALIBAR, Étienne. **Violence and Civility – on the limits of political philosophy**. New York: Columbia University Press, 2020.

BEALE, Sara Sun. **The many faces of overcriminalization: from morals and mattress tags to overfederalization**. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/>>, Acesso em 18 jul. 2017.

BERMEO, Nancy. **On democratic backsliding**. In Journal of Democracy, Baltimore, v. 27, n.1, 2016.

BIANCHINI, Alice. **Criminologia**. São Paulo: Editora RT, 2012.; (e) CUSSON, Maurice. *Criminologia*. Lisboa: Casa das Letras, 2010.

BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. **Crisi della democrazia e neocontrattualismo**. Roma: Riuniti, 1984.

BOUMEDIENE, Lakhdar. (editor). **Witnesses of the Unseen: seven years in Guantanamo**. Stanford: Stanford University Press, 2018.

BRASIL. **PORTARIA NORMATIVA PGU/AGU No 16, DE 4 DE MAIO DE 2023 - DOU** - Imprensa Nacional. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-normativa-pgu/agu-n-16-de-4-de-maio-de-2023-481241444>>. Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. **PL 192/2022 - Senado Federal**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151635?_gl=1*1bn1vby*_ga*NTYxNjg1NTEwLjE3MDA1NjkyMTY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwMDU2OTIxNi4xLjAuMTcwMDU2OTIxNi4wLjAuMA>. Acesso em: 7 dez. 2023.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura – a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CATTANEO, Mario. Hobbes’s Theory of Punishment. In BROWN, K. C.(ed.). **Hobbes Studies**. Oxford: Basil Blackwell, 1965.

CAVALIERE, Antonio. Diritto penale del nemico e di lotta: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d’autore, della vigenza dei principi costituzionali. In GAMBERINI, Alessandro; ORLANDI, Renzo. **Delitto politico e diritto penale del nemico**. Roma: Laterza, 2021.

CURBET, Jaume. **Un Mundo Inseguro: la seguridad en la sociedad del riesgo**. Barcelona: UOC, 2011.

DONINI, Massimo. Per un codice penale delle mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del “sistema”. In DONINI, Massimo. **Alla ricerca di un disegno: scritti sulle riforme penali in Italia**. Padova: Cedam, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. Madri: Trotta, 2018.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho como una conversación entre iguales**: Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2021.

GLOBO. **Recorde de 35 ônibus queimados em 1 dia no Rio afeta passageiros e gera prejuízo de mais de R\$ 35 milhões**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/10/24/recorde-de-35-onibus-queimados-em-1-dia-afeta-passageiros-e-gera-prejuizo-de-mais-de-r-35-milhoes.ghtml>>. Acesso em 23 nov. 2023.

HOBBS, Thomas. **De Cive**: elementos filosóficos a respeito do cidadão. Petrópolis: Vozes, 1983.

HUSAK, Douglas. **Overcriminalization** – the limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 2008.

KADISH, Sanford H. **Fifty years of criminal law**: an opinionated review. In California Law Review. Vol.87:943/982.

_____. **The Crisis of Overcriminalization**. In American Criminal Law, nº17 (1968). Acesso em <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2550&context=facpubs>, 18/07/2017.

_____. **Blame and Punishment**. New York: Macmillan, 1987.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua**: um projeto filosófico. Rio de Janeiro: Vozes, 2020.

KILLIAS, Martin. **The opening and closing of breaches**: A theory on crime waves, law creation and crime prevention. In European Journal of Criminology 3(1): 11–32, 2006.

KIRSHNER, Alexander. **A theory of militant democracy** – the ethics of combatting political extremism. New Haven: Yale University Press, 2020.

LEAL, Rogério Gesta. **O Direito Penal e Processual Penal em Sociedade de Riscos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

_____. **Segurança Pública no Estado Democrático de Direito brasileiro**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

LOEWENSTEIN, Karl. **Militant Democracy and Fundamental Rights, I**. In American Political Science Review, 31, nº 3 (1937): 417–32.

_____. **Militant Democracy and Fundamental Rights, II**. In American Political Science Review 31, nº4, 638–81, 1937.

LUNA, Erik. **The overcriminalization phenomenon**. In American University Law Review, v. 54, nº 703-743, 2005.

MOCCIA, Sergio. **Aspetti involutivi del sistema penale**. In CANESTRARI, Stefano. (a cura di). Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Torino: Giappichelli, 1998.

MULLER, Jan-Werner. **A practical dilemma which philosophy alone cannot resolve?** Rethinking militant democracy: an introduction. In *Constellations*, Volume 19, n^o4, Balckwell Publishing, USA, 2012.

NELKEN, David. **Comparative criminal justice:** Beyond ethnocentrism and relativism. In *European Journal of Criminology* 6(4): 291–312, 2009.

PULITANÒ, Domenico. **Ragionevolezza e diritto penale.** Napoli: Editoriale Scientifica, 2012.

SERIK, Beimenbetov. **A comparative analysis of Defensive Democracy:** a cross-national assessment of formal-legal defensiveness in 8 advanced European democracies. University of Exeter, 2014. Disponível em: <<https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10871/17661/BeimenbetovS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 14 nov. 2023.

SILVA SÀNCHEZ, Jesús-Maria. **L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società industriali.** Milano: Giuffrè, 2004.

THIEL, Markus (edited by). **The militant democracy principle in modern democracies.** Burlington: Ashgate Publishing Limited, 2009.

VEJA. **Caos no Rio:** 35 ônibus incendiados, alguns com passageiros dentro. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/caos-no-rio-mais-de-30-onibus-incendiados-alguns-com-passageiros-dentro>>. Acesso em: 23 nov. 2023.

COMO CITAR:

GESTA LEAL, Rogério. Democracia defensiva e overcriminalização: lei de organizações criminosas e os efeitos da adi-5567 em face de cargos e funções públicos. **Revista Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 18, nº 3, 3º quadrimestre de 2023. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/rdp.v18n3.p510-532>

INFORMAÇÕES DOS AUTORES:

Rogério Gesta Leal

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor titular na Escola de Direito das Faculdades de Londrina- UNILONDRINA. E-mail: jalexandre_rsbizera@hotmail.com.

Received: 07/07/2022
Approved: 03/11/2023

Recebido em: 07/07/2022
Aprovado em: 03/11/2023