

# Uma definição de Estado Democrático de Direito para o direito penal: democracia combativa e crimes contra as instituições democráticas

## *The meaning of “Democratic State Ruled by Law” in criminal law: militant democracy and crimes against democratic institutions*

Guilherme de Toledo Góes 

Janice Santin 

**Resumo:** O presente estudo oferece contornos iniciais a um significado para o conceito de Estado Democrático de Direito no direito penal. Para tanto, exploramos, inicialmente, a diferenciação entre proteção do Estado e proteção da Constituição traçada pelo conceito de democracia combativa. Na sequência, analisamos as decisões do Tribunal Constitucional alemão referentes à proibição de partidos com a finalidade de encontrar uma definição constitucional ao termo. Tecemos, a seguir, observações sobre as cautelas necessárias à importação de conceitos constitucionais ao direito penal e sobre a necessidade de desenvolvermos uma doutrina própria aos crimes contra as instituições democráticas. Por fim, apresentamos uma sugestão de definição baseada em três facetas: Estado, direitos fundamentais e princípio democrático. A definição apresentada tem como objeto central a análise do elemento normativo previsto no art. 359-L do Código Penal.

**Palavras-chave:** democracia combativa; direito penal e democracia; Estado Democrático de Direito; art. 359-L do Código Penal; crimes contra as instituições democráticas.

**Abstract:** This paper offers initial outlines of a meaning for the concept of “Democratic State Ruled by Law” in criminal law. To this end, we first explore the differentiation between the protection of the state and the protection of the constitution outlined by the concept of militant democracy. Next, we analyse the decisions of the German Constitutional Court regarding *party bans* in order to find a constitutional definition of the term. We then comment on the precautions needed when importing constitutional concepts into criminal law and on the need to develop a doctrine specific to offences against democratic institutions. Finally, we present a suggested definition based on three facets: the state, fundamental rights and the democratic principle. The definition presented has as its central object the analysis of the normative element provided for in art. 359-L of the Penal Code.

**Keywords:** militant democracy; crimes against democratic institutions; article 359-L of the Penal Code; democracy; criminal law.

**Sumário:** Introdução; 1 Direito penal como parte da democracia combativa; 1.1 Democracia combativa, Estado Democrático de Direito e segurança nacional; 1.2 Mecanismos de proteção do Estado e da ordem democrática constitucional; 1.3 O direito penal como instrumento da democracia combativa; 2 Uma definição mínima de Estado Democrático de Direito no direito constitucional (a exemplo da proibição de partidos); 2.1 Uma primeira definição: a proibição do Partido Socialista do Reich; 2.2 Segundo julgamento – Ampliação do conceito: proibição do Partido Comunista da Alemanha; 2.3 Um intervalo na discussão: três casos sem análise material sobre o conceito; 2.4 A manifestação mais recente e uma releitura do conceito: o segundo processo contra o NPD; 2.5 Análise das decisões e conclusão parcial; 3 Quatro ressalvas referentes à interpretação dos crimes contra as instituições democráticas; 3.1 Mudança de paradigma legislativo: de uma Lei de Segurança Nacional para uma nova dogmática dos crimes contra o Estado Democrático de Direito; 3.2 Mandado de determinação; 3.3 A mutação constitucional e a estabilidade das razões no direito penal: diferenças quanto aos limites das normas; 3.4 O paradigma da democracia combativa não é (e não deve ser) um parâmetro autônomo de interpretação; 4 O conceito de Estado Democrático de Direito no Código Penal – Uma definição inicial; 4.1 Como é possível normatizar o conceito de Estado Democrático de Direito?; 4.2 Uma sugestão para o conceito penal de Estado Democrático de Direito; Considerações finais; Referências.

## Introdução

Com o advento da Lei nº 14.197/2021, que criou novos crimes e revogou a antiga Lei de Segurança Nacional (LSN), o direito penal também passou a abraçar a tarefa de proteger o chamado *Estado Democrático de Direito* (doravante: EDD). O termo EDD consta não apenas do preâmbulo da nova lei (“Acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848 [...] relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito”), como também está previsto explicitamente na nomenclatura do delito do art. 359-L e a título de elemento normativo nos arts. 359-L e 359-M, todos do Código Penal.

Propomo-nos traçar as primeiras linhas daquilo que se entende por *Estado Democrático de Direito* em uma perspectiva penal. Em outras palavras, nosso objetivo é o de responder à pergunta quanto ao que a lei exatamente quer proteger quando fala em EDD como objeto da norma incriminadora. Por se tratar de um conceito originariamente constitucional, iniciamos a investigação com uma breve análise da ideia de democracia combativa e da noção de EDD como um bem a ser protegido (item 1); na sequência, identificamos um conceito *constitucional* concreto de EDD, valendo-nos de delineamentos práticos dados pela jurisprudência alemã no exemplo da proibição de partidos (item 2). Identificada uma definição constitucional, apresentamos ressalvas à importação direta do conceito

ao campo do direito penal (item 3). Ao final, propomos uma normatização do conceito de EDD no direito penal (item 4)<sup>1</sup>.

## 1 Direito penal como parte da democracia combativa

### 1.1 Democracia combativa, Estado Democrático de Direito e segurança nacional

Há quase um século, a ascensão ao poder de grupos totalitários em diversos países europeus colocou em xeque a neutralidade e o modelo *laissez-faire* das democracias liberais subjugadas<sup>2</sup>. Na Alemanha da República de Weimar, apenas três meses antes da chegada de Hitler ao poder, a justiça decidiu, sob o mantra de que o Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães (NSDAP) buscava alcançar as suas aspirações políticas através dos meios legais<sup>3</sup>, que o Partido não era contrário à Constituição<sup>4</sup>, deixando livre o caminho para o regime antidemocrático nacional-socialista. Quatro anos depois, em 1937, o constitucionalista alemão de origem judia *Karl Loewenstein*, exilado nos Estados Unidos em razão do novo regime<sup>5</sup>, ao analisar os movimentos totalitários espalhados pela Europa, chegou à conclusão de que foi a democracia – por meio de sua tolerância – que permitiu a própria destruição<sup>6</sup>.

*Loewenstein* afirmou que os regimes democráticos deveriam adotar uma nova postura frente ao totalitarismo: a democracia *precisava tornar-se militante*<sup>7</sup>. Assim surgiu o termo “*militant democracy*”, no alemão *wehrhafte* ou *streitbare Demokratie*<sup>8</sup>,

---

1 A escolha metodológica de partir de decisões do Tribunal Constitucional alemão é em alguma medida uma escolha particular dos autores, uma vez que há outras formas de desenvolver um estudo parecido, partindo de outros parâmetros. Entendemos que três são os motivos para o recurso a outro Tribunal: (i) não há no Brasil nenhum mecanismo constitucional tão grave quanto o instituto da “proibição de partidos”, de modo que, na busca por uma definição penal, faz sentido partir de um exemplo grave; (ii) não há mecanismo constitucional de intensa gravidade que preveja como elemento normativo o conceito de EDD; e (iii) as definições de EDD apresentadas pelo STF são sempre difusas, surgindo majoritariamente em casos de direitos fundamentais específicos, de forma que o Tribunal não possui uma definição e discussão específica sobre o elemento como tema central.

2 MANNHEIM, *Diagnose unserer Zeit*, p. 18.

3 KRÜLL, *Die Nationalsozialistische Disziplinarnestie des Jahres 1933*, p. 51 s.

4 VOSSKUHLE/KAISER, *JuS* 12/2019, p. 1154.

5 Sobre a vida e obra de *Loewenstein*, ver VAN OUYEN, *ZfP* 51, p. 68-86.

6 LOEWENSTEIN, *The American Political Science Review* 31, p. 423.

7 LOEWENSTEIN, *The American Political Science Review* 31, p. 423.

8 No cenário alemão, é possível encontrar ainda outras nomenclaturas, como “*abwehrbereite*”, “*verteidigungsbereite*”, “*wachsame*” ou “*wertgebundene Demokratie*”; cf. SATTLER, *Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie*, p. 8; CANU, *Der Schutz der Demokratie in Deutschland und Frankreich*, p. 192; BULLA, *AöR* 98, p. 342.

comumentemente traduzido como *democracia combativa*<sup>9</sup>. A ideia principal pode ser parafraseada de forma simples: a democracia precisa ser capaz de se defender de seus inimigos. O principal argumento de *Loewenstein* é o de que os opositores da democracia<sup>10</sup> se aproveitam justamente dos instrumentos democráticos para, como um cavalo de Troia, praticar internamente atos antidemocráticos e tomar o poder<sup>11</sup>.

Depois de *Loewenstein*, vários autores passaram a defender a ideia de uma democracia combativa<sup>12</sup>. *Mannheim*, por exemplo, constatou que as experiências passadas comprovaram que ditaduras podem tomar e permanecer no poder ainda que contra a vontade da maioria<sup>13</sup>. Concluiu, assim, que a preservação da democracia pressupõe que ela se torne combativa, o que inclui a defesa de valores morais fundamentais<sup>14</sup>. Nesse sentido, uma ordem constitucional democrática deve assumir uma postura de autopreservação<sup>15</sup>; ela não pode deixar que os seus inimigos se aproveitem dos meios democráticos para destruí-la e deve prever mecanismos de defesa contra determinados atos que possam causar a sua destruição<sup>16</sup>. Essa proteção, em resumo, (i) baseia-se em valores imutáveis que

- 
- 9 *Wehrhafte Demokratie*, em tradução direta do alemão, significa “democracia capaz de se defender”, enquanto *streitbare Demokratie* é, assim como no inglês, “democracia militante” ou, ainda, “democracia combativa”. Optamos por “democracia combativa”, por entendermos que a nomenclatura se adequa melhor ao conceito desenvolvido por *Loewenstein*, que descreveu uma democracia que possua os meios para se defender; nesse sentido, também, LEITE/TEIXEIRA, *Consulta ao CFOAB*, p. 30, nota de rodapé 137.
- 10 A exemplo do contexto alemão, a literatura aponta que o sucesso da campanha de Hitler se deu muito em razão do fato de que a Constituição relativista da República de Weimar – baseada na teoria *kelseniana* de Estado (Cf. VAN OUYEN, *ZfP* 51, p. 68-69) – não possuía os mecanismos necessários e específicos para a proteção do Estado Democrático contra os seus inimigos; cf. PAPIER/DURNER, *AöR* 128, p. 343 ss. Para Jaschke, a falta de aceitação dos ideais democráticos e das virtudes republicanas foi um dos motivos para a República de Weimar não estar em condições de se defender, JASCHKE, *Streitbare Demokratie und innere Sicherheit*, p. 10. Cf., ainda, THIEL, *Wehrhafte Demokratie*, p. 3.
- 11 LOEWENSTEIN, *The American Political Science Review* 31, p. 424; para o autor, “fogo se combate com fogo” (p. 656) e, por essa razão, é preciso que a democracia seja capaz de se defender daqueles que negam a sua existência, ainda que para tanto seja necessária a supressão de princípios fundamentais (p. 432).
- 12 Cf. BACKES/JESSE, *Politischer Extremismus in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 409 s. De forma crítica à ideia de democracia combativa, a partir da concepção estrutural de Kelsen, LEGGEWIE/MEIER, *Republikenschutz*.
- 13 MANNHEIM, *Diagnose unserer Zeit*, p. 23.
- 14 MANNHEIM, *Diagnose unserer Zeit*, p. 19. Na sequência, também, WILLMS, *Demokratische Existenz heute*, p. 6, para quem a ameaça totalitária à liberdade requer uma resposta combativa.
- 15 LEITE/TEIXEIRA, *Consulta ao CFOAB*, p. 30; sobre o conceito de democracia combativa, ver também JESCHKE, *Minderheiten* 9, p. 1 ss. “Extremistas” não serão tratados como uma minoria que deve ser tolerada [...], mas como fatores de perturbação do desenvolvimento democrático, como oponentes ou inimigos do Estado, que devem ser mantidos sob controle” (p. 3).
- 16 THIEL, *Wehrhafte Demokratie*, p. 1 ss., aponta que isso deve ser feito em favor dos próprios integrantes da democracia; ver, também, FUHRMANN, *Antiextremismus und wehrhafte Demokratie*, p. 92. Nas palavras de *Scheuner*, essa é a “dicotomia entre a garantia constitucional da liberdade política, de um lado, e, do outro,

estabelecem limites à soberania popular, (ii) na capacidade de se insurgir contra grupos que não aceitam esses valores e (iii) de atuar preventivamente<sup>17</sup>.

Uma democracia combativa é uma democracia baseada em valores positivados pela Constituição. Ela não intenta proteger primariamente a figura do Estado em si mesmo, a segurança nacional ou a garantia da ordem pública, mas a própria ordem básica democrática e livre e os princípios imutáveis a ela assegurados. Esse objetivo garante validade aos mecanismos de defesa<sup>18</sup>, ainda que contrários à vontade de uma maioria democrática<sup>19</sup>. A lógica desenvolvida por *Lowenstein* possui um grande trunfo, a ponto de ser elevado à posição de premissa para as discussões atuais: o conceito de democracia combativa inaugura e estabelece o raciocínio de proteção do EDD como um bem com valor em si.

A legitimação da proteção democrática consiste em encontrar o equilíbrio entre dois *contrassensos*: o *da tolerância ilimitada* (a ausência de um direito de não tolerar os intolerantes pode levar ao fim da própria tolerância<sup>20</sup>) e o *paradoxo da democracia* (um governo de maiorias é capaz de, em casos extremos, liquidar o próprio regime democrático<sup>21</sup>). Em um contexto atual, deve-se levar em conta que as democracias sofrem de outros perigos que não apenas aqueles associados aos regimes totalitários<sup>22</sup>. Por sua vez, a solução ainda parece a mesma: protegê-las.

---

a necessidade de uma proteção enérgica da democracia, realizada por meio da limitação dessas garantias"; a democracia pode se defender ainda que por meio da limitação do poder soberano – o próprio povo, sem que com isso ela seja contraditória com a ideia de um regime democrático; SCHEUNER, *Um Recht und Gerechtigkeit*, p. 315 e 317 ss.

- 17 Essa tríade é desenvolvida por FUHRMANN, *Antiextremismus und wehrhafte Demokratie*, p. 92 s. O caráter preventivo, como esclarece Bulla, advém da ideia de que as aspirações antidemocráticas devem ser eliminadas desde o seu início, inclusive antes da prática de atos violentos, BULLA, *AöR* 98, p. 348.
- 18 Sobre normas que protegem a existência do próprio Estado e não necessariamente a ordem democrática, cf. DIETERS, *Wehrhafte Demokratie*, p. 293-294.
- 19 Por exemplo, a atual Constituição alemã (GG) prevê a inadmissibilidade de mudança do regime democrático (cláusula de eternidade – *Ewigkeitsklausel*, Art. 79, 3 GG), já a Constituição brasileira veda a alteração do texto constitucional que pretenda abolir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, e os direitos e as garantias individuais (art. 60, § 4º, da CF).
- 20 POPPER, *A sociedade aberta e seus inimigos* I, p. 289 s.
- 21 Alguns autores se mostram céticos e entendem que uma democracia combativa que restringe liberdades para se proteger é contraditória em si mesma e pode levar a dilemas democráticos; sobre a discussão, cf. PAPIER/DURNER, *AöR* 128, p. 362-363; HENKEL/LEMBCKE, *ZParl* 32, p. 572 ss.; JASCHKE, *Streitbare Demokratie und innere Sicherheit*, p. 298 ss.
- 22 Sobre os novos perigos da democracia, cf. PAPIER/DURNER, *AöR* 128, p. 341, que citam os radicais de direita, fundamentalistas religiosos e terroristas. A democracia combativa, porém, também se defende de regimes totalitários como o nacional-socialismo e o stalinismo, JASCHKE, *Minderheiten* 9, p. 3. Cf., também, FUHRMANN, *Antiextremismus und wehrhafte Demokratie*, p. 207 ss. Sobre a mudança mais recente de uma ameaça de esquerda para uma ameaça de direita, ver HOFFMAN-RIEM, *NJW* 57, p. 2782, para o qual “um direito fundamental não deve haster a sua bandeira de acordo com o vento político”.

## 1.2 Mecanismos de proteção do Estado e da ordem democrática constitucional

A proteção da ordem democrática pode se dar tanto de uma perspectiva de baixo para cima quanto de cima para baixo<sup>23</sup>. A defesa *ascendente* comporta os mecanismos de proteção de que o povo dispõe contra as ameaças antidemocráticas advindas do próprio Estado (por exemplo, o direito de resistência, não previsto explicitamente pela Constituição brasileira; e os direitos políticos [Art. 14 da CF]). Já a defesa *descendente* consiste nos instrumentos disponíveis ao Estado para coibir aspirações antidemocráticas (proibição de associação de caráter paramilitar [art. 5º, XVII, da CF]; proibição de partidos antidemocráticos [Art. 21, 2, GG]; proibição da militarização de partidos políticos [art. 17, § 4º, da CF])<sup>24</sup>.

Após as experiências traumáticas da Europa do início do século XX, a ideia de democracia combativa foi incorporada por diversos países<sup>25</sup>. A Lei Fundamental alemã abandonou o relativismo presente na República de Weimar e comprometeu-se com uma democracia baseada em valores<sup>26</sup>, prevendo diversos mecanismos de defesa: por exemplo, a cláusula da eternidade já indicada (Art. 79 Abs. 3 GG); a possibilidade de restrição de direitos fundamentais de caráter político (como liberdade de imprensa, liberdade de expressão e sigilo da correspondência) quando utilizados contra a ordem democrática (Art. 18 GG); a proibição de partidos políticos que têm por objetivo o ataque ou a abolição da democracia (Art. 21 Abs. 2 GG); a vedação de associações que tenham uma postura ativa contra a ordem democrática (Art. 9 Abs. 2 GG)<sup>27</sup>.

A Constituição brasileira de 1988 também manifesta um caráter combativo, ainda que de forma menos ampla ou expressa. A demonstração mais clara está no art. 60, § 4º, a conhecida proibição das cláusulas pétreas, que visa salvaguardar o caráter substancial da Constituição. Outros exemplos são, como afirmado, a

---

23 PAPIER/DURNER, *AöR* 128, p. 348 e s.; BULLA, *AöR* 98, p. 353.

24 Sobre essa diferenciação, ver FUHRMANN, *Antiextremismus und wehrhafte Demokratie*, p. 93 e ss.

25 Ao analisar as democracias que conseguiram impedir os avanços totalitários, *Loewenstein* identificou uma série de medidas legislativas que haviam sido previamente adotadas por tais nações e que foram importantes à sua autodefesa. Entre elas, a supressão de partidos e associações de caráter subversivo, para evitar a construção de movimentos revolucionários dentro da legalidade (como foi o caso de *Hitler*); a proibição da militarização de partidos políticos; a criação de leis contra a propaganda política antidemocrática e contra a propagação de notícias falsas; as leis de restrição à liberdade de assembleia e à liberdade de imprensa; cf., detalhadamente, LOEWENSTEIN, *The American Political Science Review* 31, p. 417-432; LOEWENSTEIN, *The American Political Science Review* 31, p. 638-658.

26 SCHROEDER, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, p. 478.

27 Cf. PAPIER/DURNER, *AöR* 128, p. 348 ss.; FUHRMANN, *Antiextremismus und wehrhafte Demokratie*, p. 97 ss.

proibição das associações de caráter paramilitar (art. 5º, XVII, da CF) e da militarização de partidos políticos (art. 17, § 4º, da CF), e a possibilidade de supressão de direitos fundamentais na vigência de estado de sítio (art. 139 da CF). Também merecem destaques as proteções previstas em normas infraconstitucionais. No direito penal, por exemplo, há a vedação do uso de símbolos nazistas (art. 20, § 1º, da Lei nº 7.716/1989), bem como a criminalização da tentativa de abolição violenta do Estado Democrático de Direito (art. 359-L do CP), da tentativa de golpe de Estado (art. 359-M do CP) e da sabotagem (art. 359-R do CP). Diante de diversas possíveis formas de proteção da democracia por meios institucionais, a criminalização de condutas, via direito penal, consiste em mais mecanismos de defesa.

### 1.3 O direito penal como instrumento da democracia combativa

Questiona-se, porém, até que ponto os deveres de proteção da Constituição autorizam uma intervenção de natureza penal<sup>28</sup>. A mera existência de um bem a ser protegido não é, por si só, fundamento suficiente para a criminalização de uma conduta. Mais do que isso, é preciso que o direito penal respeite os limites constitucionais e seja o último meio eficaz e adequado para a proteção, mesmo quando falamos em um bem de tanta relevância como a democracia<sup>29</sup>. Nesse sentido, se os mecanismos de defesa previstos na Constituição forem suficientes, ou se existirem meios eficazes em outros ramos do Direito, a intervenção penal não estará justificada. Assim sendo, a definição constitucional de *ordem democrática* é mais ampla do que aquela prevista no direito penal. De forma ilustrativa, pensemos em uma estrutura celular: tudo aquilo localizado na membrana plasmática constitui a compreensão constitucional da ordem constitucional democrática; o direito penal, como *ultima ratio*, perfaz apenas a parte nuclear.

Não se questiona aqui a legitimidade dos crimes contra o Estado Democrático de Direito (Título XII do CP), tendo em vista que sua existência e sua necessidade podem ser justificadas com razoável facilidade a partir do argumento de proteção de bens e instituições essenciais à democracia. Importam-nos outras questões: Qual parte do EDD está protegida pelo direito penal? No contexto brasileiro, o que significa “Estado Democrático de Direito” para fins do art. 359-L?

---

28 BRÄHLER, *Wehrhafte Demokratie*, p. 261.

29 BRÄHLER, *Wehrhafte Demokratie*, p. 264 ss. Sobre tais barreiras, ALIABASI, *Die staatsgefährdende Gewalttat*, p. 204 ss.

Para que se possa falar na incidência do tipo penal em questão, a conduta praticada deve estar direcionada a qual elemento do EDD?

Para iniciarmos uma resposta concreta, optamos por uma adaptação da argumentação jurídica *a minori, ad maius*: aquilo que o direito penal protege estará necessariamente protegido, em alguma medida, pelo direito constitucional; a recíproca, porém, não é verdadeira. Portanto, identificaremos, primeiro, uma definição constitucional de EDD (a seguir, item 2), e, na sequência, voltaremos à delimitação de seu conteúdo no âmbito do direito penal (item 4).

## 2 Uma definição mínima de Estado Democrático de Direito no direito constitucional (a exemplo da proibição de partidos)

A doutrina nacional prevê diversas definições para o conceito de Estado Democrático de Direito<sup>30</sup>. A maior parte dessas definições não foi elaborada a partir do conceito de democracia combativa, mas, principalmente, de princípios fundamentais previstos em nossa Constituição. No campo da jurisprudência, as definições oferecidas pelo STF estão, em sua grande maioria, pulverizadas em decisões relativas a direitos fundamentais específicos. Diante desse cenário, a busca por uma definição constitucional de EDD com alicerce na ideia de democracia combativa exige a análise da jurisprudência estrangeira<sup>31</sup>: optamos, aqui, por aquela oferecida no contexto alemão a partir de julgamentos de proibições de partido.

---

30 Veja-se, por exemplo, HAMMERSCHMIDT/GARCIA/SOUBHIA/PEREIRA, *O grito pela democracia*, p. 74, para os quais “entende-se por Estado Democrático de Direito aquele no qual os governos possuam legitimação democrática, especialmente por meio de eleições realizadas por sufrágio universal de assembleias representativas, como a pluralidade de partidos políticos, com informação e debate político [...] Estado Democrático de Direito é aquele que possui um ordenamento jurídico garantidor dos direitos e liberdades fundamentais”; crítico à abertura semântica do conceito, CAMPOS sustenta que, em termos gerais, Estado Democrático de Direito significa “aquele cujo poder emana do povo (soberania popular)” e é limitado e exercido com base no direito (e não no arbítrio), CAMPOS, *Crimes contra o Estado Democrático de Direito em perspectiva*, p. 77. Para Batista e Borges, “o ‘Estado Democrático de Direito’ é aquele desenhado pela Constituição da República de 1988 sob os seguintes fundamentos (art. 1º): ‘I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político’”, BATISTA/BORGES, *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*, p. 88.

31 Muito embora fosse possível cogitar as recentes ações penais julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, a definição de Estado Democrático de Direito não foi trabalhada em detalhes, tendo sido mencionada apenas a partir de concepções mais gerais. Por exemplo, STF, AP 1388, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 03.04.2024: “A previsão constitucional do Estado Democrático de Direito consagra a obrigatoriedade de o País ser regido por normas democráticas, com observância da Separação de Poderes, bem como vincula a todos, especialmente as autoridades públicas, ao absoluto respeito aos direitos e garantias fundamentais, com a finalidade de afastamento de qualquer tendência ao autoritarismo e à concentração de poder”; não se pode compreender em concreto o que significa o conceito *Estado Democrático de Direito* para a corte.

A Lei Fundamental da Alemanha prevê o instituto da proibição (e dissolução) de partidos políticos no art. 21 II<sup>32</sup>, ao passo que a legislação brasileira não possui um correspondente<sup>33</sup>. A ausência de correlação não invalida a tomada do mecanismo como objeto de análise: porque não se trata de uma exclusividade do sistema jurídico alemão<sup>34</sup> (o que poderia invalidar a proposta), e, por representar uma das mais graves intervenções previstas por um sistema democrático, adequa-se ao objetivo central deste estudo: definir o conceito “Estado Democrático de Direito”.

A lei alemã prevê a declaração de inconstitucionalidade dos partidos que, por meio de seus objetivos ou do comportamento de seus membros, visem afetar ou extinguir a *ordem fundamental livre e democrática* (*freiheitliche demokratische Grundordnung*) ou ameaçar a existência da República Federativa da Alemanha (Art. 21 Abs. 1 GG). Essa declaração ocorre por meio de um processo julgado pelo Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) que resulta na proibição ou dissolução do partido. Até o momento, o BVerfG julgou seis casos de proibição de partido; em processos desse tipo, a análise jurídica consiste em duas etapas: um juízo processual de admissibilidade e, na sequência, um julgamento de mérito<sup>35</sup>.

O Tribunal Constitucional Federal definiu, em diferentes momentos, o conteúdo do elemento “ordem fundamental livre e democrática”. Esse elemento assemelha-se – embora não se sobreponha de forma perfeita – ao conceito de Estado Democrático de Direito. Possíveis divergências conceituais não atrapalham a pro-

---

32 Com uma abordagem geral sobre o assunto, SARLET, *Conjur* (20 jan. 2017). Junto a Lowenstein, diversos autores reconhecem esse mecanismo como manifestação do conceito de *democracia combativa*, por exemplo, RENSMANN, *Verfassungsrechtsprechung*, p. 59 ss.; SICHERT, *Die Öffentliche Verwaltung* 54, p. 671 ss.; MORLOK, *NJW* 54, p. 2931 ss.

33 Sobre a relação de proximidade entre o contexto histórico europeu e o instituto da proibição de partidos, PABEL, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63, p. 921-944.

34 A título de exemplo, na Espanha, a proibição dos partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok e Batasuna, ver: Sentencia 1/2003, 27 de marzo, Sala Especial art. 61 L.O.P.J, Tribunal Supremo; Sentencia 138/2012, 20 de junio, Pleno, Tribunal Constitucional; sobre o caso, VÍRGALA FORURIA, *Teoría y Realidad Constitucional* 12/13, p. 609-629. No âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey, 13.02.2003; Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, Etxebarria and Others v. Spain and Herritarren Zerrenda v. Spain, 30.06.2009; United Macedonian Organisation Ilinden and Others v. Bulgaria (No. 3), 11.04.2018.

35 Também são requisitos materiais a identificação de comportamentos ativos por parte dos membros do partido, de um elo de imputação das ações dos membros ao partido e de elementos concretos e relevantes que possam demonstrar a potencialidade de ameaça; em detalhes, cf. STOLLBERG, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Parteiverbots*, p. 30-54. Sobre os requisitos processuais, vale menção ao restrito rol de legitimados a propor a ação, apenas o Governo Federal (*Bundesregierung*), o Parlamento (*Bundestag*) e o Conselho Federal (*Bundesrat*); sobre as questões processuais, LAUE, *Rechtsextremismus*, p. 188 s.; SEIFERT, *Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 477 ss., 488 ss.

posta de análise, afinal o ponto central é a raiz comum entre os dois conceitos: a ordem constitucional democrática.

A seguir, nossa atenção estará voltada a compreender o processo de normatização conduzido pelo Tribunal em relação à definição de *ordem fundamental livre e democrática*.

## 2.1 Uma primeira definição: a proibição do Partido Socialista do Reich

A primeira manifestação do BVerfG ocorreu em processo iniciado e julgado em 1951. O Tribunal reconheceu a proibição do Partido Socialista do Reich (SRP)<sup>36</sup>, fundado em 1949 e com claros objetivos de retomar o regime totalitário e suprimir a ordem política recém-estabelecida<sup>37</sup>. Em sua decisão, o Tribunal considerou que o conceito de “ordem fundamental livre e democrática” abarcava apenas os principais valores fundamentais de um EDD e negou a existência de *diversas ordens democráticas*, reconhecendo apenas a possibilidade de manifestação em *formas diferentes*, desde que vinculadas aos mencionados valores fundamentais<sup>38</sup>.

O Tribunal concretizou esses valores em oito elementos nucleares: (i) o respeito aos direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental, em especial o direito à vida e ao livre desenvolvimento; (ii) a soberania popular; (iii) a separação de poderes; (iv) a responsabilidade do Estado e seus agentes; (v) a vinculação da Administração Pública à lei; (vi) a independência dos Tribunais; (vii) o princípio do pluripartidarismo; e (viii) a igualdade de oportunidade a todos os partidos políticos para formar e exercer uma oposição em conformidade com os valores constitucionais<sup>39</sup>. De forma indireta<sup>40</sup>, a decisão também mencionou como elemento

---

36 O comentário de WEBER, *JZ* 8, p. 293-298, sugere que as ponderações do Tribunal não possuem força de convencimento por dois motivos centrais: houve uma abordagem muito abstrata dos pressupostos materiais e havia uma semelhança muito grande entre o SRP e o antigo Partido Nacional-Socialista, fato que prejudicou a análise por deixar a inconstitucionalidade muito evidente. WILL, *Ephorale Verfassung*, p. 356, fala ainda em um “juízo especial com limitado efeito de esclarecimento”.

37 Sobre o tema, a partir de uma análise histórica dos objetivos do partido, HANSEN, *Die Sozialistische Rechtspartei*, p. 105 ss.

38 BVerfGE 2, 1 (12).

39 BVerfGE 2, 1 (11 e s.).

40 Como indicam SCHNEIDER, *Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 155; e ZIRN, *Parteienverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG im Rahmen der streitbaren Demokratie des Grundgesetzes*, p. 104; os autores apontam que o Tribunal afirmou esse elemento como um valor fundamental, porém o fez na parte do acórdão referente à subsunção ao caso concreto, passando quase que despercebido.

adicional a formação da vontade do Estado enquanto resultado do livre jogo de forças políticas<sup>41</sup>.

## 2.2 Segundo julgamento – Ampliação do conceito: proibição do Partido Comunista da Alemanha

O segundo processo, também iniciado em 1951, mas finalizado apenas em 1956, resultou na proibição do Partido Comunista da Alemanha (KPD)<sup>42</sup>. Nessa oportunidade, o BVerfG apresentou uma definição com critérios mais concretos, que, por sua vez, influenciaram profundamente a compreensão que se tem sobre o instituto da proibição de partidos políticos, ao menos até a última decisão sobre o tema proferida em 2017<sup>43</sup>. Apesar de ter recorrido aos elementos expostos na decisão anterior, o Tribunal Constitucional ampliou o catálogo, acrescentando aos valores essenciais a supremacia da dignidade humana, o princípio da igualdade de tratamento<sup>44</sup>, a liberdade de expressão<sup>45</sup> e o livre exercício da participação política<sup>46</sup>. Além disso, merecem destaque especial as menções feitas ao princípio do Estado Social<sup>47</sup> e ao parlamentarismo, este como complemento do princípio do pluripartidarismo<sup>48</sup>.

## 2.3 Um intervalo na discussão: três casos sem análise material sobre o conceito

Após a decisão do caso KPD, o Tribunal Constitucional vivenciou um *hiato* até 1993, ano em que julgou dois novos casos de proibição de partido: contra o Partido da Liberdade dos Trabalhadores Alemães (FAP) e contra o *Nationale Liste*<sup>49</sup> (NL). Tratava-se, em ambos os casos, de grupos extremistas de direita, muito re-

---

41 BVerfGE 2, 1 (13 e s.).

42 O Tribunal argumentou que a forma como o partido pretendia implementar a revolução e a ditadura proletária violavam a ordem fundamental livre e democrática em vigor ao tempo, BVerfGE 5, 85 (170-237). A decisão aborda também o grau de relação dos membros do partido com a União Soviética, as intenções de sujeição ao Estado Socialista e o respectivo risco à existência da República Federal da Alemanha.

43 Foi também nessa segunda decisão que o Tribunal mencionou pela primeira vez o conceito de “democracia combativa”, BVerfGE 5, 85 (139).

44 BVerfGE 5, 85 (204 e s.).

45 BVerfGE 5, 85 (137 e ss.).

46 BVerfGE 5, 85 (317 e s.).

47 De forma detalhada, BVerfGE 5, 85 (197-206).

48 BVerfGE 5, 85 (227).

49 Optamos por não traduzir o nome do partido em razão de um peculiar jogo de palavras usado em sua composição. Uma tradução literal seria “Lista Nacional”; porém, em alemão, em razão da inversão gramatical obrigatória da posição do adjetivo, uma leitura rápida do nome sugere uma junção de palavras, “*Nationale-Liste*”, insinuando a expressão “*Nationalist*” ou, no plural, “*Nationalisten*”.

lacionados a questões nacionalistas envolvendo o período de reunificação da Alemanha; o Tribunal rejeitou as ações ainda em fase preliminar<sup>50-51</sup>. Anos depois, em 2001, iniciou-se o primeiro processo contra o Partido Nacional-Democrático da Alemanha (NPD<sup>52</sup>), que, de igual maneira, terminou (2003) sem uma decisão que analisasse os critérios materiais<sup>53</sup>.

## 2.4 A manifestação mais recente e uma releitura do conceito: o segundo processo contra o NPD

Em janeiro de 2017, o Tribunal Constitucional proferiu a sua última manifestação – até o momento – sobre o tema: novamente em um processo contra o NPD e no qual, mais uma vez, não decretou a proibição do partido<sup>54</sup>. No entanto, neste segundo processo, o Tribunal analisou os pressupostos materiais e a definição do conceito de *ordem fundamental livre e democrática*. O BVerfG repetiu que adotaria uma abordagem reduzida, isto é, que limitaria a *ordem fundamental livre e democrática* apenas aos valores de maior prioridade<sup>55</sup>; nessa oportunidade, diferente de antes, ele o fez: o Tribunal adotou uma definição consideravelmente mais *enxuta*.

---

50 O Tribunal argumentou, nos dois casos, ainda em juízo preliminar, pela ausência de elementos capazes de demonstrar uma gravidade dos objetivos pretendidos pelos grupos (em detalhes, no caso NL, BVerfGE 91, 262 (265-272); no caso FAP, BVerfGE 91, 276 (283-290)) e, em especial, que não preenchiam os requisitos para serem categorizados como “partidos políticos” (em detalhes, no caso NL, BVerfGE 91, 262 (272 e ss.); no caso FAP, BVerfGE 91, 276 (290 e ss.)).

51 Com uma análise sobre as decisões e também indicando a ausência de novas contribuições ao debate, LOVENS, *ZParl* 32, p. 562-563.

52 Recentemente, em junho de 2023, o partido mudou de nome e passou a se chamar “A Pátria”.

53 O motivo pelo qual o Tribunal Constitucional encerrou o processo em juízo preliminar merece uma anotação: curiosamente, durante o processo, descobriu-se que *Wolfgang Frenz*, um dos fundadores, membro então ativo do partido e responsável por diversas das manifestações extremistas que fundamentavam o pedido inicial de proibição, bem como alguns outros membros do partido, atuou, por diversos anos, como uma “pessoa de confiança” (*Vertrauensperson* [V-Leute], isto é, pessoas infiltradas que atuam em missão secreta) do Gabinete Federal para a Proteção da Constituição (o serviço de inteligência interno da Alemanha). Uma das principais consequências dessa descoberta foi a denegação do pedido de cassação, sem que fossem explorados os critérios materiais. Sobre o tema “pessoa de confiança” nesse processo, FLEMMING, *Das NPD-Verbotsverfahren*, p. 176-209; e JUNGEBURTH, *Die Beobachtung politischer Parteien durch das Bundesamt für Verfassungsschutz im Lichte der V-Mann-Affäre des NPD-Verbotsverfahrens*. Analisando a decisão do Tribunal, JESSE, *PVS* 44, p. 292 ss.; FROMME, *RuP* 39, p. 178 e ss.

54 A decisão chegou a reconhecer que o NPD tinha como um de seus objetivos a substituição da ordem constitucional vigente em favor de um Estado Nacional autoritário orientando uma determinada comunidade ética (BVerfGE 144, 20 (758 e ss.)). No entanto, apontou não existirem indícios concretos de que o partido pudesse implementar os seus objetivos por meio do uso das estruturas democráticas existentes, assim como não ter ocorrido qualquer tentativa de alcançar os objetivos por meio de interferências à liberdade do sistema político (BVerfGE 144, 20 (325 e ss.)).

55 BVerfGE 144, 20 (205).

Em um primeiro momento, o BVerfG afastou o argumento de equivalência entre o conteúdo da *ordem fundamental livre e democrática* e a proteção prevista na cláusula de impossibilidade de alteração da Lei Fundamental (cláusula de eternidade, Art. 79 Abs. 3 GG – semelhante às nossas cláusulas pétreas, art. 60, *caput*, § 4º, da CF)<sup>56</sup>; entendeu que o conteúdo do termo não pode ser definido por mera remissão àquela cláusula, tratando-se de um conceito próprio e independente<sup>57</sup>.

Na etapa seguinte, consolidou o conteúdo de *ordem fundamental livre e democrática* a partir de apenas três princípios essenciais. *O primeiro, a dignidade humana*: entendem-se aqui a defesa da individualidade, identidade e integridade pessoal, assim como da igualdade de oportunidades para fins de autodeterminação<sup>58</sup>; o Tribunal reforçou a proibição de objetificação do indivíduo por meio de ações estatais<sup>59</sup> e pontuou a incompatibilidade de discriminações racistas e antisemitas com o conteúdo de dignidade<sup>60</sup>. *O segundo, o princípio democrático*: a decisão definiu democracia como a forma de governo dos livres e iguais e apontou como seus elementos essenciais a possibilidade de participação igualitária e individual de todos os cidadãos no processo de tomada de decisão e a vinculação do exercício do poder estatal ao povo<sup>61</sup>. De forma complementar, definiu que, em um sistema representativo, o monopólio estatal da força precisa ser convalidado pela vontade popular por meio de uma legitimação ininterrupta e em cadeia<sup>62-63</sup>. *O terceiro e último, o princípio do Estado de direito*: composto pela vinculação da força estatal ao direito, pelo controle dessa vinculação por um Judiciário independente e a divisão do monopólio estatal da força, sobretudo em relação ao controle dos órgãos legitimados ao uso da força física<sup>64</sup>.

---

56 Em reforço ao argumento do BVerfG está o histórico legislativo de elaboração da norma; nos textos legislativos iniciais havia uma previsão que proibia a alteração da “ordem fundamental livre e democrática”; no entanto, foram feitas alterações significativas na forma de previsão, retirando a expressão do texto constitucional, cf. LEIBHOLDT/MANGOLDT, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 1, p. 584-587.

57 BVerfGE 144, 20 (205 e ss.).

58 BVerfGE 144, 20 (207).

59 BVerfGE 144, 20 (207).

60 BVerfGE 144, 20 (207 e s.).

61 BVerfGE 144, 20 (207-209).

62 BVerfGE 144, 20 (209).

63 A decisão faz questão de afirmar que ao conteúdo essencial pertencem apenas o sistema representativo e a participação popular, porém não a forma como isso será colocada em prática. A título de exemplo o Tribunal menciona que não seria contrária à ideia de ordem democrática uma proposta que visasse substituir o parlamentarismo por uma outra forma de participação plural via plebiscitos populares. Por outro lado, contrário à ordem democrática seria uma proposta que pretendesse implementar um sistema unipartidário; BVerfGE 144, 20 (209).

64 BVerfGE 144, 20 (110).

## 2.5 Análise das decisões e conclusão parcial

Uma comparação entre o posicionamento mais recente (segundo caso da NPĐ) com os proferidos nos dois primeiros casos (SRP e KPD) demonstra que o Tribunal Constitucional restringiu o seu entendimento quanto ao conteúdo da *ordem fundamental livre e democrática* ao reduzir o catálogo de princípios que compõem o núcleo essencial da definição. Embora se possa dizer que a tríade apontada na última decisão já estava em alguma medida prevista dentro das definições mais abrangentes proferidas na década de 50, não se pode negar que o Tribunal alterou a sua perspectiva de uma ampla lista de princípios para um conteúdo mais essencial e determinado.

Observa-se que o BVerfG migrou para uma concepção que reconhece apenas *alguns* direitos fundamentais como partes essenciais de uma ordem democrática, e não *todos* os previstos em uma Constituição. Apontou, ainda, explicitamente, que tão somente direitos que possuem caráter pré-constitucional e suprapositivo<sup>65</sup> pertencem ao núcleo essencial. Ainda sobre isso, vale pontuar que, por meio de seu posicionamento, o Tribunal remediou o (indesejado) problema da ampliação reflexa: se todos os direitos fundamentais fossem partes essenciais, então toda decisão que modulasse o conteúdo de um direito específico alteraria indiretamente o conceito de *ordem fundamental livre e democrática*<sup>66</sup>; assim, a restrição alcançada pelo Tribunal gera uma contenção ao fenômeno da modulação reflexa<sup>67</sup>.

Vale destacar, também, que o Tribunal caminhou na direção de uma abordagem mais universal e antitotalitária. Alterou-se a ótica pela qual se concebe o conceito: não mais por meio do paradigma inicial restrito à proteção do modelo federativo e constitucional vigente no pós-guerra, mas, agora, voltado a um modelo constitucional democrático mais geral, independente de estruturas ou organizações específicas. A mudança ganha evidência a partir da afirmação do Tribunal de que o modelo parlamentarista em si não pertence à essência do conceito: o BVerfG constatou que ao conteúdo essencial pertencem apenas as ideias de sistema representativo e de participação popular, mas não a forma de governo pela qual são implementadas. Sobre isso, mencionou que uma proposta que ti-

---

65 LAUTNER, *Die freiheitliche demokratische Grundordnung*, p. 35 s., fala em direitos de liberdade atribuídos igualmente a qualquer pessoa sem que, por meio de seu usufruto, possa ser justificada uma relação de controle ou privilégio capaz de limitar a liberdade alheia.

66 VAN OUYEN, *Öffentliche Sicherheit und Freiheit*, p. 348.

67 Cf. VAN OUYEN, *Recht und Politik* 53, p. 470.

vesse a intenção de substituir o parlamentarismo, por exemplo, por uma forma de participação plural via plebiscitos populares não seria contrária ao conceito de ordem democrática; em contrapartida, uma proposta de um sistema unipartidário configuraria uma violação<sup>68</sup>.

*Conclusão parcial:* a esfera constitucional, ao tratar, na prática, de temas afetos à ideia de democracia combativa, consegue oferecer definições normativas para termos complexos, abertos e essenciais. No que diz respeito ao conceito de *ordem fundamental livre e democrática*, o seu conteúdo deve tender a ser enxuto.

Diante da possibilidade de definição alcançada pelo direito constitucional, surge aos penalistas uma pergunta: podemos ou devemos importar as definições estabelecidas pelo direito constitucional? Antes de qualquer movimento de importação conceitual, é necessário que façamos quatro ressalvas referentes à interpretação dos crimes que protegem a ordem democrática e as instituições.

### 3 Quatro ressalvas referentes à interpretação dos crimes contra as instituições democráticas

#### 3.1 Mudança de paradigma legislativo: de uma Lei de Segurança Nacional para uma nova dogmática dos crimes contra o Estado Democrático de Direito

O debate sobre a inconstitucionalidade das chamadas leis de segurança nacional ocupou um lugar em nossa história<sup>69</sup>. Embora não esteja mais vigente, a Lei nº 7.170/1983 – a conhecida Lei de Segurança Nacional (LSN)<sup>70</sup> – parece ainda nutrir memórias póstumas, em especial a relação entre os revogados arts. 17<sup>71</sup> e 18<sup>72</sup> e os atuais crimes contra o EDD<sup>73-74</sup>: por exemplo, houve *vacatio legis*? Qual

68 BVerfGE 144, 20 (2009).

69 Em seu tempo, a título de exemplo histórico, MARINHO, *RIL* 4, p. 3-12.

70 Na forma como a conhecemos, a LSN (Lei nº 7.170/1983) teve como uma de suas origens a Lei nº 38/1935, que definia crimes contra a ordem política e social. Esse diploma legislativo originário veio a ter diversos sucessores, especialmente no período da ditadura militar, até que se estabelecesse, em 1983, a até há pouco válida LSN; sobre o tema, BARROS, *Justitia* 63, p. 13-37; DAL RI JÚNIOR, *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia* 14, p. 525-543; CARVALHO, *Crimes contra o Estado Democrático de Direito em perspectiva*, p. 20-28; BATISTA, *Temas de direito penal*, p. 50 ss. Recorrendo a uma breve reconstrução histórica para a discussão dos atuais crimes contra o EDD, LAGO, *RDPEC* 13, p. 129 ss.

71 “Art. 17. Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos (norma revogada).”

72 “Art. 18. Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados (norma revogada).”

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

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

a diferença entre *tentar abolir* e *tentar mudar*? As normas atuais também protegem os poderes dos Estados da Federação? É comum encontrar na literatura argumentações e sugestões interpretativas aos elementos dos tipos atuais justificadas ou embasadas nas redações dos tipos revogados<sup>75</sup>. No entanto, o recurso interpretativo a partir das leis de segurança revogadas esbarra em sérios problemas.

O objetivo central da LSN era a proteção da segurança nacional e da soberania do País a partir da perspectiva das Forças Armadas<sup>76</sup>. A doutrina da segurança nacional consistia na criação de uma interdependência entre as ideias de desenvolvimento e de segurança<sup>77</sup>. Tratava-se, portanto, de uma lógica instrumental para a proteção dos conceitos de Estado e soberania: o Estado, como ente uno de proteção dos cidadãos, só existiria enquanto perdurasse a sua soberania; essa soberania, em razão de seu caráter essencial, justificaria a proteção do Estado por intermédio do direito penal.

A Lei nº 14.197/2021, que introduziu os crimes contra do Estado Democrático de Direito no Código Penal, revogou a LSN e alterou o paradigma até então vigente: protegem-se, agora, Estado e ordem constitucional<sup>78</sup>. A separação conceitual entre *proteção do Estado* e *proteção da Constituição*<sup>79</sup> é um pressuposto da democracia combativa: ela não busca proteger o Estado em si – uma vez que até os regimes totalitários possuem tais mecanismos de defesa –, senão a ordem constitucional fundada nos princípios democráticos. Assim sendo, a mudança de paradigma demonstra um afastamento dos novos crimes daqueles preceitos da

---

75 Assim, por exemplo, HAMMERSCHMIDT/GARCIA/SOUBHIA/PEREIRA, *O grito pela democracia*, p. 68 e ss.; também, CUNHA/SILVARES, *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*, p. 134 ss.

76 Favorável e tendo desenvolvido, em âmbito nacional, bases para as doutrinas de segurança nacional e de proteção do Estado, cf. COUTO E SILVA, *Planejamento estratégico*, p. 22 ss. Sobre a obra de Golbery, cf. NEVES JUNIOR, *Em Tese* 16, p. 46-66.

77 Defensores dessa posição sustentavam o papel essencial das forças armadas para a proteção da pátria e para a garantia dos poderes constituídos, MEIRELLES, *RT* 445, p. 292. O mesmo autor chega a definir o conceito de segurança nacional: “Segurança nacional é a situação de garantia, individual, social e institucional que o Estado assegura a toda a Nação, para a perene tranquilidade de seu povo, pleno exercício dos direitos e realização dos objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente. É a permanente e total vigilância do Estado sobre o seu território, para garantia de seu povo, de seu regime político e de suas instituições” (p. 296). Ainda nesse sentido, FAGUNDES, *Segurança & Desenvolvimento* 24, p. 51-56; CONTRIM NETO, *RIL* 77, p. 366 ss.

78 A mudança brasileira de paradigma não é exclusiva, inédita e tampouco controversa, diversos outros países possuem tipos penais voltados à proteção desses dois bens: a título de exemplo, Alemanha, §§ 81 (1) 2 e 89a StGB; Argentina, arts. 226 e seguintes do Código Penal; Itália, arts. 283 e seguintes do Código Penal; Portugal, arts. 325 e 326 do Código Penal. Para uma análise mais detalhada sobre o direito comparado, cf. MIRANDA/VIANNA, *REC* 89, p. 49-71.

79 HEFENDEHL, *FS-Schroeder*, 2006, p. 453; as ações que visam acabar ou alterar substancialmente o pacto federativo vigente são um exemplo limite entre a divisão entre proteção do Estado e da Constituição: Afetar-se-ia o primeiro, o segundo ou os dois bens?

antiga LSN<sup>80</sup>. Esse distanciamento indica uma restrição interpretativa, um grau de evitação: a compreensão dos novos tipos penais não pode depender das razões relacionadas à LSN<sup>81</sup>.

Nem mesmo um argumento baseado na simpatia com a lei anterior em razão de uma suposta redação mais clara ou precisa seria suficiente para garantir sobrevida aos argumentos e elementos da LSN. Muito embora pareça cabível a crítica de que alguns termos da lei atual sofrem de imprecisão, esse argumento não possui validade suficiente, uma vez que não houve violação ao mandado de determinação (em detalhes, a seguir, item 3.2).

Na impossibilidade de recorrer à legislação anterior, cabem ao operador do Direito – seja ele juiz, advogado, promotor ou cientista – os deveres de não se esquecer de nossa história recente e de oferecer razões e fundamentos para o estabelecimento de uma (nova) doutrina própria ao conteúdo dos elementos normativos previsto pelos crimes contra o EDD.

### 3.2 Mandado de determinação

Uma vez sustentado por nós que os elementos dos crimes contra o EDD merecem um debate emancipado de seus antecessores, passamos a ter de enfrentar o ponto de que os seus elementos normativos são válidos. A concretização legislativa da ideia de proteção do EDD por meio do direito penal pode ocorrer de duas formas: por meio da inserção de uma lista taxativa ou por meio de termos mais amplos. Tomando o art. 359-L como exemplo, no modelo taxativo o caminho seria definir todas as ações cabíveis sob a conduta *tentar abolir* ou destrinchar o significado do termo *Estado Democrático de Direito*<sup>82</sup>, ou, ainda, indicar exata-

---

80 Também, nesse sentido, CARVALHO, *Crimes contra o Estado Democrático de Direito em perspectiva*, p. 19 ss.; CAMPOS, *Crimes contra o Estado Democrático de Direito em perspectiva*, p. 66.

81 Para além de um argumento pautado pelo paradigma histórico, também é possível identificar uma alteração teleológica a partir dos termos empregados pela nova lei. A antiga LSN punia a tentativa de mudança do regime então vigente ou do Estado de Direito (art. 17, revogado). Por ter sido promulgada em 1984, tratava-se de proteção do então vigente regime militar, de forma que o próprio contexto histórico influenciou a redação do bem protegido, permitindo, por exemplo, uma interpretação no sentido de proteção da segurança nacional, e, portanto, não condizente com a lei atual. Nem mesmo as tentativas de interpretação da LSN à luz dos princípios democráticos parecem medidas viáveis (nesse sentido, BARROSO, *REC 9*, p. 71 ss.); analisando a aplicação da LSN na jurisprudência nacional, KIRSZTAJN, *A Lei de Segurança Nacional no STF*; em seu tempo, FRAGOSO, *O Estado de São Paulo* (21 abr. 1983), p. 34, afinal, a lei antiga punia ações consideradas meros atos preparatórios (art. 15, § 2º, revogado), ao passo que o diploma atual não criminaliza esse tipo de conduta diretamente, configurando relevante mudança sistemática. Há, portanto, indícios históricos, teleológicos e sistemáticos para que se negue qualquer tentativa de reaproveitamento de elementos e interpretações da lei antiga.

82 LEITE/TEIXEIRA, *Consulta ao CFOAB*, p. 36.

mente qual parte de cada um dos poderes consiste naquilo que a norma chama de *poderes constitucionais*. No modelo de termos amplos, o legislador insere o elemento normativo e delega à jurisprudência e doutrina o encargo da definição. Embora seja possível pensar em um eventual meio termo, certo é que, no âmbito analisado, o modelo taxativo seria inviável<sup>83</sup>. O legislador, por sua vez, não está autorizado a lançar mão de elementos normativos abstratos, sob pena de violar o *mandado de determinação*.

No campo do direito penal, o mandado de determinação ordena que a norma seja clara o suficiente para que o seu receptor possa reconhecer qual a conduta é por ela punível e quais são as consequências advindas com o seu desrespeito, evitando-se, assim, o arbítrio judicial<sup>84</sup>. Junto com o princípio da proporcionalidade, o mandado consiste em um limite imposto à criminalização de condutas<sup>85</sup>. Trata-se de um derivado do princípio da legalidade que impõe a necessidade de *precisão* das condutas criminalizadas, a fim de que o cidadão (a) esteja protegido de arbitrariedades estatais e (b) conheça as ações proibidas, e que (c) o juiz possa interpretar a norma de forma não discricionária<sup>86</sup>.

Apesar de certos graus de indefinição serem inevitáveis ou até positivamente desejados<sup>87</sup>, viola o mandado de determinação a disposição normativa que não deixa claro o seu propósito de proteção e não limita a arbitrariedade interpretativa<sup>88</sup> – em outras palavras, que impede o cumprimento das finalidades citadas. Do ponto de vista do legislador como primeiro destinatário do mandado de determinação, aceita-se a utilização de termos mais vagos quando uma maior precisão não se mostrar possível, desde que a formulação dada forneça ao intérprete um contorno suficiente daquilo que se protege e da extensão de tal proteção. Em momento posterior, o juiz passa a ser o segundo destinatário do mandado, cabendo

---

83 Afirmando um intrínseco grau de abertura nos conceitos envolvidos pelo tema, LEITE/TEIXEIRA, *Consulta ao CFOAB*, p. 21 ss.

84 Cf. sobre o mandado de determinação ROXIN/GRECO, *Direito penal* PG I, p. 305, § 5, nm. 11 e p. 346 e ss., § 5, nm. 67 e ss.; VIANA, *Revista Científica do CPJM* 1, p. 120 ss.

85 BRÄHLER, *Wehrhafte Demokratie*, p. 269 ss.; também, HAMMAN, *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*, p. 14.

86 Ver ROXIN/GRECO, *op. cit.*, p. 346, § 5, nm. 67. Cf., também, HAMMAN, *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*, p. 47.

87 Como sinalizam Roxin e Greco, uma completa determinação parece não apenas utópica como até é indesejável, já que a “precisão excessiva” da norma pode colocar em risco a segurança jurídica e custar a qualidade da própria lei, gerando dificuldades em sua aplicação. ROXIN/GRECO, *Direito penal* PG I, p. 348-350, § 5, nm. 69 e 75a. Também sobre a impossibilidade de se exigir do legislador, em razão do mandado de indeterminação, o irrealizável, VIANA, *Revista Científica do CPJM* 1, p. 121.

88 ROXIN/GRECO, *Direito penal* PG I, p. 349-350, § 5, nm. 75.

a ele a extração de significado<sup>89</sup> e a determinação do conteúdo da norma, a partir dos princípios interpretativos do direito penal<sup>90</sup> e dentro dos limites por esse estabelecidos (também chamado de *mandado de clareza ou precisão*<sup>91</sup>).

A partir dessas premissas, argumentos vagos sobre uma suposta violação do mandado de determinação caem por terra. Não é possível encontrar elementos que sugiram quais são as bases do termo *Estado Democrático de Direito*? O preâmbulo e o art. 1º da CF, a jurisprudência constitucional (item 2) e a doutrina oferecem definições e parâmetros interpretativos, ou seja, é possível identificar e determinar uma intenção do legislador e um objeto de proteção para a norma. O grande cuidado está em definir o conteúdo protegido especificamente pelo direito penal, diferente daquele definido na seara constitucional<sup>92</sup>. Ou seja, não há violação por indeterminação, mas tão somente uma necessidade de interpretação mais restritiva; pela perspectiva da norma penal, cabe a identificação do núcleo que não pode ser satisfatoriamente protegido por mecanismos mais brandos.

Superável, portanto, a crítica quanto à imprecisão do termo Estado Democrático de Direito. A seguir, apresentaremos ressalvas interpretativas quanto à importação direta da lógica constitucional para o debate em questão.

### 3.3 A mutação constitucional e a estabilidade das razões no direito penal: diferenças quanto aos limites das normas

A discussão sobre crimes contra o EDD relaciona-se, quase que diretamente, com o contexto e os princípios constitucionais. No entanto, ao menos no campo do direito penal, uma argumentação baseada exclusiva ou majoritariamente em princípios constitucionais ou na supremacia normativa desses deve ser vista com certo grau de ceticismo.

Ao direito penal importa menos a soberania de um princípio e mais o seu conteúdo (por exemplo, interessa menos a existência de um princípio da dignidade humana e mais a proibição de tortura decorrente dessa). A força cogente desse tipo de proibição ou de “princípio”, no campo penal, decorre das razões que a fundamentam, e não apenas em razão da existência de uma norma pre-

---

89 Assim, VIANA, *Revista Científica do CPJM* 1, p. 122 e s.

90 Por todos e com mais referências, ROXIN/GRECO, *Direito penal* PG I, p. 349-350, § 5, nm. 75.

91 VIANA, *Revista Científica do CPJM* 1, p. 122.

92 Sobre a diferença entre os valores constitucional daqueles penalmente protegidos, cf. HAMMAN, *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*, p. 25 s.

vista na Constituição<sup>93</sup>. O direito penal está mais acostumado com argumentos e fundamentos, e menos com a hierarquia – ainda que em algumas situações se possa encontrar razões por trás da hierarquia. Além disso, um outro fator exige ceticismo dos penalistas: a grande maioria dos argumentos e posicionamentos encontra algum respaldo em princípios constitucionais, alcançando, assim, o grau de hierarquia constitucional; quanto a esse cenário: se tudo é constitucional, nada também pode ser<sup>94</sup>. A verdade é que algumas discussões não dizem respeito à pirâmide normativa, mas sim às razões que fundamentam a existência das normas.

A importação da lógica constitucional é possível, porém exige um filtro por parte do direito penal. A doutrina constitucional contemporânea tem como uma de suas bases o conceito de *mutação constitucional*<sup>95</sup>, ou seja, a ideia de que o Estado existe como uma força vital<sup>96</sup> e que a interpretação da Constituição depende das necessidades atuais e da natureza teleológica do Estado<sup>97</sup>. O conteúdo de uma norma constitucional deve ser determinado a partir de elementos da “realidade atual”, que, por sua vez, podem ser outros se comparados com aqueles existentes no momento de promulgação do texto constitucional<sup>98</sup>. O fundamento material da mutação constitucional pressupõe uma necessidade de mudança inerente ao próprio sistema constitucional: deve-se mudar porque o Estado precisa mudar. Diante dessa aparente tautologia, surge o seguinte questionamento: Tendo em vista que a própria Constituição exige uma mutação<sup>99</sup>, então toda mudança interpretativa poderia estar justificada no pressuposto do próprio texto constitucional, gerando uma justificação inquestionável? Qual o limite constitucional a uma mutação? A melhor resposta parece ser a de que os

---

93 Cf. GRECO, *RBCrim* 78, p. 7 ss.

94 GRECO, *Strafrecht und Verfassung*, p. 19-26.

95 Originalmente, LABAND, *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*. Sobre a questão, atualmente, BUCCI, *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 4, p. 164 ss.; sobre as diversas formas e com referências próprias, AMORIM, *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas* 30, p. 237-252.

96 LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre*, p. 162 ss., menciona que a Constituição precisa de tempo para se firmar na *consciência de uma nação*; também, BULOS, *RIL* 129, p. 25-43.

97 Aproximação mais formal, JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, em especial, p. 8 ss.; com uma aproximação material, apresentando ainda quatro modelos de mutação, DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, p. 19 ss.

98 HESSE, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 50-51.

99 Indicando o problema: DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, p. 175-176; com fundamentação própria para os limites, pautando-se, em especial, no “programa da norma” e no limite do texto normativo, HESSE, *FS-Scheuner*, p. 136 ss.

limites ao conceito de mutação constitucional não estão dentro do próprio sistema constitucional<sup>100</sup>.

O direito penal, por sua vez, funciona a partir de princípios não muito conhecidos da doutrina constitucional: o mandado de determinação, o princípio da legalidade em sentido estrito<sup>101</sup> e a proibição de analogia<sup>102</sup>. Ainda, o direito constitucional e o direito penal são guiados por interesses de discernimento diferentes. A perspectiva constitucional está voltada para uma ótica negativa<sup>103</sup>, ela busca determinar os limites daquilo que ainda se pode considerar como permitido<sup>104</sup>; de outro lado, o direito penal busca oferecer a melhor solução possível e identificar o limite proibido. Essas diferenças conduzem à seguinte conclusão: os conceitos e princípios possuem conteúdos diferentes quando formulados e aplicados em âmbitos diferentes<sup>105</sup>.

Em resumo, o direito penal não se satisfaz com a mera menção a princípios. Além disso, a lógica de mutação constitucional esbarra em cânones intransponíveis no campo do direito penal. Assim, a importação de argumentos constitucionais deve ser feita com (muita) cautela, evitando aquelas puramente principiológicas e dando preferência àquelas fundadas em razões.

---

100 Originalmente, BILFINGER, *Der Reichssparkommissar*, p. 18; também, DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, p. 176.

101 Para exemplificar a diferença, tomemos como exemplo a argumentação sustentada em STF, ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 06.10.2020, oportunidade na qual se discutiu a criminalização da homofobia e da transfobia; justificou-se a necessidade de proteção igualitária de minorias como parte de um desenvolvimento constitucional, no caso concreto, que atos discriminatórios baseados em identidade de gênero e orientação sexual possuem a mesma lógica (e grau) de opressão daqueles baseados em raça. A lógica constitucional quanto à raiz e ao grau de discriminação é verdadeira; contudo, isso só leva à conclusão de que a conduta merece reprovação, mas não que ela esteja criminalizada em lei estrita – como ainda não está. Ainda que se entenda que a ação de “praticar discriminação” está criminalizada (art. 20 Lei nº 7.716/1989), ela é punível apenas quando tiver como base o preconceito de raça, cor, etnia ou procedência nacional. Embora o modo e a lógica da discriminação (nas palavras do tribunal, o *conceito de racismo*) possuam semelhanças, a partir da lógica constitucional, com as modalidades previstas pela lei, de uma perspectiva penal do princípio da legalidade em sentido estrito, “identidade de gênero” e “orientação sexual” (ainda) não estão previstas naquela norma e, portanto, não criminalizadas.

102 Peguemos aqui como exemplo o STF, RE 1.045.273/SE, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 09.04.2021, em que o tribunal, no campo constitucional, negou o reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas sob o argumento de que isso poderia configurar o crime de bigamia. Para fins penais, as equiparações jurídicas feitas entre o instituto da união estável e o casamento não implica na conclusão de que a contração de duas uniões estáveis configura o crime previsto no art. 235, *caput*, do CP. Uma análise sistemática, histórica e teleológica dessa norma permite concluir que ela pune, atualmente, a contração de diversos matrimônios em sentido estrito, não havendo punição pela manutenção de mais de uma união estável, especialmente em razão da necessidade de determinar a norma e da proibição de analogia em desfavor do réu.

103 Como bem constata, GRECO, *Strafrecht und Verfassung*, p. 20-25.

104 ALEXY, *Verfassungsrecht und einfaches Recht*, p. 23-25.

105 GRECO, *Strafrecht und Verfassung*, p. 24.

### 3.4 O paradigma da democracia combativa não é (e não deve ser) um parâmetro autônomo de interpretação

A última ressalva trata do papel do conceito de *democracia combativa* no direito penal. Sugeriu-se, recentemente, a promoção do paradigma da *democracia combativa* de conceito *supra* para um papel (quase) independente no campo da interpretação e aplicação da lei, podendo servir como método ou baliza de interpretação para justificação de compreensões judiciais; o principal argumento parece consistir na necessidade de que a interpretação faça *frente às ameaças autoritárias*<sup>106</sup>. Essa sugestão esbarra em dois obstáculos.

*O primeiro deles*: a ausência de justificativa para o salto de supraconceito para parâmetro de interpretação. Os estudos originais de *Lowenstein* sobre o conceito e conteúdo da democracia combativa apenas descrevem uma realidade histórica e prescrevem medidas a serem tomadas com a finalidade de proteger a democracia contra governos autoritários; trata-se de uma espécie de estudo sociológico-jurídico e propositivo. Em sua origem, as proposições estão ligadas ao contexto histórico da época. Em tempos atuais, o conceito ganhou novas faces, servindo como fundamento de existência de determinadas normas, bem como para a criação de instituições e mecanismos de proteção constitucional<sup>107</sup>. Ainda assim, isso tudo não serve de justificativa suficiente para tratarmos o conceito de *democracia combativa* como parâmetro de interpretação. A posição mencionada parece tentar fundamentar a mudança de perspectiva na necessidade de maximização do combate ao autoritarismo e às ameaças ao regime democrático<sup>108</sup>. Tratar-se-ia, porém, de um fundamento tautológico<sup>109</sup>: a busca por maximização não serve de fundamento próprio, ela apenas tenta fortalecer algo que deve existir anteriormente, pois só se pode maximizar algo que já exista e esteja fundamentado a partir de outros elementos. O argumento não se sustenta.

*O segundo obstáculo*: ausência de qualquer maximização. Os métodos interpretativos atuais já oferecem o grau de proteção pretendido. Se a pretensão for a proteção geral do EDD e o combate de intenções autoritárias, então a interpretação histórica (de afastamento das leis de segurança nacional) e a interpretação

---

106 BORGES/VIEIRA, *Jota* (16 fev. 2023).

107 Por exemplo, no Estado alemão um serviço de inteligência interna responsável pela proteção e garantia das ações constitucionais defensivas no país; sobre o tema e com um interessante comparativo a partir de nossa configuração institucional, RÊGO/OLIVEIRA, *Sequência* 94, p. 1-28.

108 BORGES/VIEIRA, *Jota* (16 fev. 2023).

109 A lógica interpretativa sugerida teria a seguinte consequência de raciocínio: “Deve-se considerar a democracia combativa como elemento de interpretação porque seu fundamento exige sua própria maximização”.

sistemática (crimes previstos no Título XII do CP) oferecem as mesmas conclusões e o mesmo grau de proteção. Se a pretensão for a proteção de objetivos específicos derivados das finalidades gerais iniciais do conceito, basta o recurso à interpretação teleológica.

Tratar o conceito de democracia combativa como baliza independente de interpretação parece apenas sugerir um jargão jurídico desnecessário. Não se trata de uma proposta que ofereça ganhos, ela não acrescenta algo novo aos meios clássicos de interpretação. Cuida-se, no máximo, de uma *proposta neutra*, e soluções neutras sofrem de um perigo externo iminente: embora a intenção inicial seja boa, o manuseio da solução por um operador com outra vontade pode perverter a proposta inicial. Esse tipo de desvio só pode ser evitado caso haja uma fundamentação inicial clara e independente, que permita controles posteriores; como visto, este não é o caso.

#### 4 O conceito de Estado Democrático de Direito no Código Penal – Uma definição inicial

Feitas as quatro ressalvas gerais, apresentaremos uma sugestão ao conceito de “EDD” no contexto dos novos crimes contra as instituições democráticas, e a definição aplica-se ao elemento normativo “Estado Democrático de Direito” previsto nos arts. 359-L e 359-R<sup>110</sup>.

##### 4.1 Como é possível normatizar o conceito de Estado Democrático de Direito?

Conceitos científicos são definidos para que o seu significado seja o mais claro, certo e preciso possível<sup>111</sup>. Esse esforço de determinação de conceitos busca estabelecer uma linguagem mais uniforme do que aquela do dia a dia<sup>112</sup>. No entanto, a própria ciência também reconhece que os conceitos não são estanques ou unívocos. Palavras e conceitos previstos em diferentes pontos do ordenamento não necessariamente possuem o mesmo significado<sup>113</sup>. *Simon* define a relativida-

---

110 O mesmo termo é usado no *nomen iuris* do crime previsto no art. 359-L e no nome dado ao Título XII do Código Penal; no entanto, importa-nos, majoritariamente, oferecer uma resposta ao conteúdo dos delitos.

111 PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, p. 74.

112 SIMON, *Gesetzesauslegung im Strafrecht*, p. 453.

113 Cf. SIMON, *NStZ* 29, p. 85; nem quando previsto em dispositivos diferentes de uma mesma legislação um conceito *necessariamente* terá o mesmo significado, cf. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 49, nota de rodapé 9; talvez o melhor exemplo seja o conceito de “violência”, previsto em diversos delitos da parte especial e com significados diferentes. Em outras áreas, MANN/TETTINGER, *Einführung in die juristische Arbeitstechnik*, p. 132, apontam que o mesmo conceito pode possuir definições diferentes se interpretado a partir de diferentes restrições constitucionais.

de conceitual de forma precisa: uma inevitável restrição na ideia de unidade do sistema jurídico<sup>114</sup>. Tendo isso em vista, a definição de um conceito pressupõe uma argumentação coerente, pois apenas por meio dessa se pode controlar o sentido atribuído a ele<sup>115</sup>. Com o elemento *Estado Democrático de Direito* não é diferente. Embora aberto e com (considerável) grau de dificuldade de determinação, no momento<sup>116</sup>, cabe aos juristas defini-lo<sup>117</sup>: trata-se, em essência, de uma normatização do conceito<sup>118</sup>.

O processo de definição do conceito deve levar em consideração o fato de que, conforme o histórico das democracias, a essência de um EDD e de suas instituições pode mudar com o decorrer do tempo. Trata-se, assim, de um conceito normativo com um certo caráter de volatilidade. Essa característica deve ser levada em consideração, seja para, na prática, enrijecer o conceito (e, portanto, ignorá-la) ou aceitar a necessidade de alguma versatilidade. Esse é o aspecto mais complexo a ser enfrentado pelos penalistas, pois o mandado de determinação não autorizará uma definição demasiadamente ampla (ponto 3.2) e o paradigma de rompimento com a lógica da segurança nacional sugere que se apresentem bases novas de interpretação (ponto 3.1). A chave para uma resolução nos parece ser o reconhecimento da possibilidade de que diferentes definições sejam legitimadas, e, para encontrar a mais adequada em nosso contexto específico, devemos nos guiar pela ótica do direito penal (e não apenas pelo constitucional, ponto 2). Em outras palavras, não se trata de identificar qual *a parte nuclear* do conceito ou quais os seus componentes exatos, e sim de determinar quais facetas do EDD estão protegidas *pelo nosso direito penal* – em especial, pelo art. 359-L do CP.

#### 4.2 Uma sugestão para o conceito penal de Estado Democrático de Direito

Começemos pelo simples: *Estado Democrático de Direito* é aquele em que o poder do Estado emana do povo e que esse Estado está vinculado à ordem ju-

---

114 SIMON, *Gesetzesauslegung im Strafrecht*, p. 453.

115 HERMANN, *Begriffsrelativität im Strafrecht und das Grundgesetz*, p. 23 ss.; SIMON, *Gesetzesauslegung im Strafrecht*, p. 455.

116 O legislador poderá (sendo desejável que o faça) auxiliar no problema de imprecisão, promulgando norma que liste ações que podem abalar o EDD ou mesmo os princípios básicos protegidos pelo direito penal; nesse sentido, LEITE/TEIXEIRA, *Consulta ao CFOAB*, p. 54, já mencionaram, precisamente, o § 92 do CP alemão, dispositivo que prevê quais atos representam uma tentativa de abolição do Estado ou dos princípios constitucionais.

117 Sobre o dever de concretização, MENDONÇA, *Problemas concretos de direito penal econômico e da empresa*, p. 75 ss.

118 Cf., quanto ao conceito de democracia, URBINA, *Estudios Constitucionales* 10, p. 23; semelhante, SANTOS, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 7, p. 80 ss.

rídica<sup>119</sup>. Enzmann esquematiza o *Estado Constitucional Democrático* a partir de cinco características: princípio do Estado de Direito, separação de poderes, direitos fundamentais, princípio constitucional e princípio democrático<sup>120</sup>. No âmbito normativo, o art. 1º da CF dispõe como fundamentos do EDD brasileiro a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e a soberania popular (parágrafo único). Além disso, a partir da definição mais enxuta do BVerfG, identificam-se como pontos cardinais a *dignidade humana*, o *princípio democrático* e o *princípio do Estado de direito*. Para fins organizacionais, exploraremos nossa proposta de definição em três facetas: Estado, direitos fundamentais e princípio democrático<sup>121</sup>.

### Primeira faceta: Estado

A ideia de EDD pressupõe o conceito clássico de Estado soberano, aquele que possui o monopólio da força e a exerce em um determinado território, por meio de uma estrutura governamental. Um Estado que não conta com esse grau de características e que não pode proteger nem mesmo a si, não pode pretender garantir nada a seus cidadãos. O controle territorial (interno e externo) é parte basilar de um Estado. Assim, afetações no sentido de desintegrar a unidade territorial, ceder, separar ou extinguir unidades federativas, ou mesmo criar regiões ou declarar independências territoriais atingem diretamente essa faceta<sup>122</sup>.

Também é preciso analisar a proteção da representação física (interna) do Estado, isto é, das instituições pelas quais o Estado exerce as suas funções. A base atual de um EDD está sedimentada sobre o conceito dos três poderes; porém, cada um deles é composto por diversos órgãos, estes, por sua vez, divididos em

---

119 SILVA, *Direito constitucional brasileiro*, p. 86-87.

120 ENZMANN, *Der demokratische Verfassungsstaat*, p. 6.

121 Muito embora outras categorizações também sejam válidas, a escolha feita por nós teve como elemento decisivo a facilitação do processo de definição; críticas às categorias não deslegitimam a opção adotada, uma vez que os pontos centrais são enfrentados, independente da ordem. Vale mencionar que, diferente da lógica (histórico-)constitucional, embora as facetas estejam segmentadas, o seu conteúdo penal só se forma a partir da análise conjunta dos elementos. Para a definição de um conceito penal de Estado Democrático de Direito, não há uma necessidade de se aproximar ou delimitar exatamente conceitos como “Estado de Direito”, “Estado Democrático”, “Estado Liberal”, etc., desde que os pontos principais sejam abordados; para uma delimitação no campo constitucional, cf. SILVA, *RIL* 167, p. 213 ss.

122 Isso não se confunde com a proteção oferecida pelo art. 359-J do CP, que criminaliza atentados contra a integridade nacional; este pune tão somente as tentativas de constituição de país independente, deixando de fora diversas constelações protegidas pelo art. 359-L (cessão de territórios a outras nações, destruição das fronteiras geográficas internas, eliminação de territórios etc.). Além disso, também vale mencionar que o art. 359-L prevê outros elementos normativos, de forma que pune, proporcionalmente, condutas mais graves e com maior grau de aptidão objetiva do que aquelas censuradas pelo art. 359-J.

múltiplas instâncias. Tomemos como exemplo os cargos do Chefe do Executivo, do Ministério de Minas e Energia, e da Advocacia-Geral da União: o ataque ou extermínio de qualquer desses afeta setores e órgãos essenciais do Estado, em sua faceta do Executivo, e certamente pode gerar consequências institucionais irreparáveis, tanto diretas quanto indiretas. Contudo, a importância do órgão ou o grau de relevância das consequências, por si só, não é suficiente para que se afirme que todo órgão considerado *relevante* está protegido pela norma em questão. O argumento de “grau de relevância” de um órgão leva apenas à discussão sobre qual instituição é mais ou menos importante para uma democracia. Uma resposta a esse debate (estéril) não é capaz de determinar o conteúdo penal do termo analisado; saber o grau de relevância de um órgão não diz nada sobre o que é o Estado internamente. A solução nos parece passar por um acordo de interpretação: é preciso determinar e unificar quais instituições estão protegidas pela norma, sob pena de, ao não fazer, aceitarmos (os aplicadores do Direito) uma faceta que dependerá de um critério ilegítimo de “importância do órgão para o Estado”<sup>123</sup>. A solução também não pode ficar relegada apenas para a solução caso a caso, pois o direito penal não aceita juízos de oportunidade.

Quanto ao pacto de interpretação, propomos, a partir de uma indução<sup>124</sup>, uma solução embrionária, passível de complementos: de forma direta, o art. 359-L protege a faceta interna do Estado apenas na figura dos órgãos máximos de cada um dos poderes (Chefe do Executivo, Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal); pela via indireta, só se pode considerar uma desconfiguração interna-institucional do EDD quando existente uma afetação sistemática (coordenada e com padrões similares) e generalizada (em grande escala) dos órgãos que componham diretamente cada um dos poderes no âmbito federal. Ainda quanto ao aspecto da configuração institucional interna do Estado, vale mencionarmos, explicitamente, a necessária proteção do conceito de *separação de poderes* em uma concepção simples: a faceta Estado(DD) também se desconfigura com ações que visem extinguir ou dissolver materialmente qualquer um dos três poderes (por exemplo, positivo: implementação de um poder moderador ou monarquia absolutista; negativo: monarquia constitucional).

---

123 Não é preciso muito para que se conclua que não há métrica objetiva para determinar o grau de impacto e relevância de cada órgão, em cada um dos poderes e em comparação de um com o outro.

124 O elemento de indução levado por nós em consideração para determinação de uma afetação direta do Estado consiste na característica de representação do próprio Estado. Para a via indireta, consideramos a integralidade do Estado em si mesmo, reconhecendo a sua afetação por meio de ataques a outros órgãos que não aqueles da afetação indireta, desde que preenchidos os requisitos mencionados.

Por último, ainda precisamos mencionar dois outros aspectos dessa faceta: a vinculação à ordem jurídica e a divisão do uso da força. As duas próximas facetas só podem ser compreendidas se o Estado e as suas ações estiverem subordinados a uma ordem jurídica (democrática). Em uma tradução prática, trata-se de situações em que se propõe ao Estado o regimento via regras consuetudinárias ou mesmo a extinção do ordenamento jurídico. Assim, o derivado direto, a proibição de concentração de forças, também merece proteção na medida em que permite a existência orgânica do primeiro aspecto e garante as outras duas facetas; em termos concretos, protege-se o âmbito dos mecanismos de controle entre poderes<sup>125</sup>.

### Segunda faceta: direitos fundamentais

A segunda faceta consiste na existência e na proteção dos *direitos fundamentais* como pressupostos de um EDD. Essa faceta demanda uma atenção interpretativa. Não se pode pretender confundir este ponto com cada um dos direitos e das garantias fundamentais positivados em nossa Constituição<sup>126</sup>. Muitos ali são tão somente direitos humanos ou direitos individuais que, a nível de relações sociais, independentemente da nomenclatura utilizada e de possuírem um aspecto defensivo frente ao Estado, nem sempre garantem um nível de liberdade efetiva e igualitária entre os indivíduos; para alguns direitos, o âmbito concreto de liberdade depende ou é influenciado por questões relacionadas ao *status* social<sup>127</sup>. Nesse sentido, tampouco a previsão das cláusulas pétreas (art. 60, *caput*, § 4º, da CF) parece argumento de reforço: afirmar que a faceta protegida dos direitos fundamentais seria a mesma pretendida pelas cláusulas pétreas configura uma contradição, na medida em que a ideia de EDD visa proteger uma forma geral de democracia, não uma concepção concreta e aplicada a um modelo<sup>128</sup>.

---

125 Quanto a isso, também merece atenção a necessidade de proteger o âmbito do monopólio do uso da violência física, o que implica levantar discussões sobre ações e ataques voltados contra os órgãos do alto escalão federal que possuem autorização para o uso da força, por exemplo, exército e polícia federal.

126 Em sentido contrário, MIRANDA/VIANNA, *REC* 89, p. 65, entendem que qualquer ato que procure extinguir os direitos e as garantias definidos no art. 5º da CF deve ser considerado constitutivo do tipo penal do art. 359-L do CP. No entanto, essa posição, além de abarcar situações que não possuem relação com o EDD (por exemplo, o direito de herança [XXX], a possível extinção da instituição do júri [inciso XXXVIII]), não leva em consideração os argumentos apresentados. Na literatura estrangeira, sustentando equivalência entre ordem democrática livre e a cláusula da eternidade, SCHMITT, *DöV* 18, p. 433-443.

127 Exemplos concretos são o direito de propriedade, o direito à herança e até mesmo o direito à liberdade profissional ou à liberdade econômica. Também LAUTNER, *Die freiheitliche demokratische Grundordnung*, p. 20-22.

128 LAUTNER, *Die freiheitliche demokratische Grundordnung*, p. 63.

Resta à faceta dos direitos fundamentais apenas aqueles direitos intrínsecos e pressupostos a uma ordem democrática<sup>129</sup>, pelos quais não se pode exercer domínios de força<sup>130</sup> e que podem ser exercidos igualmente entre os cidadãos<sup>131</sup>. Em termos essenciais, mencionamos: a dignidade humana (em sua concepção universal de proibição de objetificação do indivíduo), a vida e a integridade física, a liberdade em sentido estrito e a autodeterminação (em sua concepção de igualdade de oportunidades e proibição de discriminações baseado em elementos de identidade)<sup>132</sup>.

Constata-se, porém, que a interpretação do conceito de EDD no caso a caso não deve estar baseada na proteção *individual* desses direitos. A defesa de um conceito de Estado ou de democracia não está atrelada à salvaguarda do bem de um cidadão específico; caso contrário, qualquer crime cometido contra qualquer bem individual mencionado poderia ser potencialmente considerado um ataque ao EDD. A interpretação também não deve aceitar o argumento de que merecem proteção especial os bens individuais de pessoas que ocupam determinados cargos de importância coletiva. A solução nos parece partir de uma concepção coletiva desses direitos fundamentais dentro de um EDD: desconfiguram o Estado Democrático de Direito as ações que eliminem ou revoguem direitos fundamentais de parte relevante (quantitativa ou qualitativa) da população.

Em uma tentativa de concretização: matar ou atacar um oficial importante do governo ou um grande grupo de pessoas não implica necessariamente um atentado contra a ordem democrática, na medida em que os bens individuais estão protegidos por outras normas e não há ameaça à existência ou ao exercício geral do direito em questão; por outro lado, um ataque contra o chefe de um dos poderes junto à prática de atos voltados à ocupação e ao exercício do cargo (ou mesmo outros atos direcionados a outras instituições ou facetas) pode configurar um ataque à faceta basilar do EDD, não em razão apenas da morte, mas de desconfiguração de outra faceta. Ainda nesse âmbito, ações semelhantes àsquelas praticadas por regimes totalitários, que busquem objetificar ou exterminar deter-

---

129 Cf., sobre essa característica, de uma perspectiva histórica, HARTUNG, *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart*, p. 11-15 (prefácio), 17 ss.; HARTUNG, *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776-1946*, p. 7.

130 LAUTNER, *Die freiheitliche demokratische Grundordnung*, p. 21.

131 Cf. SCHMITT, *Verfassungslehre*, p. 165 e ss., especialmente 168-169; LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 136 ss.

132 Não mencionamos explicitamente a liberdade de expressão por um motivo prático: casos relevantes em que exista perseguição grave a ponto de exterminar qualquer forma de expressão estarão abarcados pelo espectro da autodeterminação.

minados grupos, como as ocorridas em contextos neototalitários de destruição de minorias sociais, também podem ser vistas como ataques a essa faceta.

### Terceira faceta: princípio democrático

A última faceta, por sua vez, é a mais versátil das três e agrupa um conjunto diverso de subelementos. Partimos da constatação de que democracia não consiste originalmente em um conceito estritamente jurídico<sup>133</sup>. Trata-se de um conceito dependente de um bloco de características<sup>134</sup>. Contudo, podemos concebê-la atualmente por meio de um conceito jurídico-constitucional<sup>135</sup>. Essa concepção está para além de uma ordem constitucional concreta e, ao mesmo tempo, focada apenas em seus elementos mais essenciais e generalizáveis<sup>136</sup>.

O primeiro passo consiste na previsão constitucional<sup>137</sup> e no quase consenso doutrinário<sup>138</sup> de que a base democrática está fundada na soberania popular, essa, por sua vez, exercida por meio de sufrágio universal em que o voto seja direto, secreto, universal e periódico (art. 60, *caput*, § 4º, II, da CF)<sup>139</sup>. No campo dos crimes contra as instituições democráticas, o núcleo essencial protegido deve concentrar os pressupostos de existência e eficácia do sufrágio, e não cada uma de suas características específicas, tendo em vista que a elas já estão previstas proteções particulares nos crimes eleitorais (Lei nº 4.737/1965) e nos arts. 359-N e 359-P do Código Penal. Esse núcleo de proteção se estrutura em quatro camadas: participação individual, participação coletiva, efetivação da representatividade e – possivelmente – uma garantia sistêmica.

A participação individual está na garantia da possibilidade de exercício de voto. Não há sufrágio universal sem voto individual, e sem o voto não há que se falar em legitimação da força estatal pelo povo. Dessa maneira, ataques e medidas

---

133 BÖCKENFÖRDE, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* II, § 24, p. 430 nm. 1 e p. 470 nm. 58 ss.

134 Sobre diversas estruturas e modelos de democracia e suas respectivas peculiaridades, cf. GUSY, *100 Jahre Weimarer Verfassung*, p. 109 ss.

135 SARLET, *Curso de direito constitucional*, p. 271.

136 Na doutrina constitucional se fala em adaptações interpretativas constantes e necessárias ao princípio democrático, cf. BVerfGE 107, 59 (91); e HANEBECK, *DöV* 57, p. 901-909. Também se pode encontrar definições que abarcam diversos subprincípios relacionados ao âmbito de Estados da Federação e relações internacionais; a título de exemplo, cf. SCHRÖDER, *Juristische Arbeitsblätter* 49, p. 809-818.

137 Art. 1º, *caput*, parágrafo único, e art. 14 da CF.

138 SARLET, *Curso de direito constitucional*, p. 271 ss.

139 Nesse sentido, STF, ADI 6.230/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 16.08.2022; STF, ADO 38/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 09.10.2023.

que busquem suprimir o direito ao voto dos indivíduos desconfiguram premissa central de um modelo democrático. Vale menção, novamente, que essa análise deve, de qualquer forma, ser feita a partir de uma visão global, ou seja, não se trata de punir a tentativa de tentar suprimir o voto de uma pessoa específica ou de um grupo, mas de extinguir a possibilidade de exercício do voto individual.

No âmbito coletivo, o sufrágio universal pressupõe a ocorrência de eleições periódicas, por meio das quais se legitima e exerce a soberania popular. O núcleo essencial não consiste na proteção da forma ou das regras específicas, que possuem previsões próprias. Trata-se de proteger o pressuposto de existência, ou seja, a garantia e a estabilidade de ocorrência. Assim, fala-se aqui nos atos que busquem revogar a recorrência ou a existência do processo eleitoral.

Quanto à representatividade, não se pode ignorar que o exercício do poder estatal pode se dar e ser legitimado pelo povo de diversas maneiras. É possível começar a imaginar diversos modelos políticos de representatividade, cada um com subvariantes, níveis e especificidades. A parte que compõe o núcleo essencial precisa, então, abarcar alguma dessas partes e ao mesmo tempo respeitar o caráter de subsidiariedade do direito penal. Nesse ponto específico, a solução parece também depender mais de um consenso a partir de indícios do que de um argumento central, afinal, a discussão sobre relevância pode se desdobrar em diversas facetas. Propomos, então, a proteção da forma mais essencial e originária de representatividade popular: a possibilidade de representatividade direta pelos componentes do povo; em outras palavras, que os indivíduos tenham garantida a possibilidade de se candidatarem como membros elegíveis aos cargos de representatividade direta do Executivo e Legislativo. Se o poder estatal emana e é exercido pelo povo, a possibilidade de ser eleito diretamente constitui a forma mais inalterada das bases democráticas. Atos que busquem suprimir a possibilidade de que representantes populares possam ser elegíveis desconfiguram a base de um Estado Democrático.

Há, ainda, a última camada, complexa, essencial, abrangente e controversa: o estabelecimento de uma garantia sistêmica, no caso a garantia do pluripartidarismo. A diversidade partidária toca e abarca áreas de diversos elementos de alta relevância, por exemplo, garantia de representatividade, liberdade de expressão, liberdades políticas, proteção de direitos fundamentais etc. A sua abrangência sugere o seu grau de importância essencial – para além de outros tantos argumentos que podem ser enumerados. O pluripartidarismo pode, aqui, ser complexo e controverso caso arguido que ele seria uma característica de determinados modelos constitucionais positivados. Isso, porém, pode ser contra-argumentado

e simplificado com a sua oposição ao modelo de partido único e ao modelo de partidos estabelecidos por um regime. Essas são situações que contrapõem e violam diversas áreas mencionadas. Há, portanto, força argumentativa para que se considere o pluripartidarismo – em suas diversas constelações – garantia sistêmica de um EDD.

À medida que o primeiro passo está mais voltado ao povo, o segundo se avizinha mais ao Estado. O poder estatal deve ser legitimado, exercido e, também, passível de controle pelo povo. Esse controle, em última instância, possui um único padrão universal, verificável e válido: a lei; fala-se, então, na vinculação do Estado a uma ordem jurídica constitucional – como mencionado ao final da faceta Estado. Ao gerar esse vínculo, devemos antever a possibilidade de o Estado descumprir-lo, em diversas intensidades. As soluções para essas situações merecem discussão própria a partir dos parâmetros traçados. Porém, o exemplo que não se pode deixar de mencionar é aquele envolvendo atos em favor da revogação da Constituição.

### Considerações finais

O direito penal, como *ultima ratio*, a parte de ser um instrumento legítimo de proteção da democracia, não tutela aquelas facetas do Estado Democrático de Direito que podem ser salvaguardadas por outros meios menos gravosos. Isso importa dizer que a definição de EDD prevista e protegida pelo direito penal não é a mesma – e não pode ser – daquela prevista e protegida pelo direito constitucional. Neste estudo, definimos um conceito inicial de EDD a partir de três facetas: (i) o *Estado soberano*, (ii) os *direitos fundamentais* e (iii) o *princípio democrático*. Pelas razões apresentadas no texto, quando a lei penal fala em EDD como objeto da norma incriminadora, ela busca proteger o EDD no sentido de (i) proteger o Estado de afetações *externas*, que afetem diretamente a sua integridade, e *internas*, limitadas a ataques aos três poderes máximos; (ii) salvaguardar os direitos fundamentais, mas tão somente aqueles intrínsecos (pressupostos) à ordem democrática; e (iii) tutelar a *soberania popular*, no que se refere ao voto individual, ao processo eleitoral, à representatividade popular e ao pluripartidarismo.

O conceito apresentado serve como base para a concepção de EDD como elemento normativo no campo do direito penal material. Em especial, ataques voltados a abolir qualquer dos elementos de cada uma das três facetas apresentadas podem, em tese, estar abarcados pelo art. 359-L, desde que preenchidos os outros requisitos da norma.

## Referências

ALEXY, Robert. *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*. Berlin: De Gruyter, 2002.

ALIABASI, Navid. *Die staatsgefährdende Gewalttat – Eine Analyse der §§ 89a, 89b und 91 StGB*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2017.

AMORIM, Pedro Rocha. Mutação constitucional: conceito, espécies e limites. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, p. 237-252, 2014. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/7f4a4ed029d6b7c1b6ed9e5c5268e1ab.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2024.

BACKES, Uwe; JESSE, Eckhard. *Politischer Extremismus in der Bundesrepublik Deutschland*. Bonn: Bundeszentrale f r pol. Bildung, 1996.

BARROS, Marco Ant nio de. A Lei de Segurança Nacional e a legisla o penal militar. *Justitia*, São Paulo, v. 63, n. 193, p. 13-37, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. A supera o da ideologia da segurança nacional e a tipifica o dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 2, n. 9, p. 71-79, 2003.

BATISTA, Nilo. Lei de Segurança Nacional: o direito da tortura e da morte. In: BATISTA, Nilo. *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984. p. 50 e ss.

BATISTA, Nilo; BORGES, Rafael. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Revan, 2023.

BILFINGER, Carl. *Der Reichssparkommissar*. Berlin: De Gruyter, 1928.

B CKENF RDE, Ernst-Wolfgang. § 24 Demokratie als Verfassungsprinzip. In: ISENSE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 3. ed. Heidelberg: C.F. Müller, v. II, 2004.

BORGES, Ademar; VIEIRA, Oscar Vilhena. Democr cia militante e a quadratura do c rculo. *Jota*, S o Paulo, 16 fev. 2023. Dispon vel em: <https://www.jota.info/artigos/democracia-militante-e-a-quadratura-do-circulo>. Acesso em: 19 dez. 2024.

BR HLER, Volker. Herleitung, Inhalt und Grenzen des staatlichen Strafanspruches. In: THIEL, Markus (Hrsg.). *Wehrhafte Demokratie: Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*. Tübingen, 2003. p. 252-289.

BUCCI, Eduardo Sadalla. Jurisdição constitucional e a contextualização do texto da Constituição Federal de 1988: mutação constitucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 155-171, 2014. DOI: 10.5102/rbpp.v4i1.2810.

BULLA, Eckart. Die Lehre von der streitbaren Demokratie: Versuch einer kritischen Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Archiv des öffentlichen Rechts*, [s.l.], v. 98, n. 3, p. 340-360, 1973. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/44305429>. Acesso em: 19 dez. 2024.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 129, p. 25-43, 1996.

CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Abolição violenta do Estado Democrático de Direito. In: NUNES, Diego (org.). *Crimes contra o Estado Democrático de Direito em perspectiva*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2024. p. 65-89.

CANU, Isabelle. *Der Schutz der Demokratie in Deutschland und Frankreich*. Opladen: Leske und Budrich, 1997.

CARVALHO, José Roberto Nogueira de Sousa. A suposta superação da doutrina de segurança nacional pela tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. In: AMARAL, Alberto Carvalho (org.). *Crimes contra o Estado Democrático de Direito em perspectiva*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2024. p. 19 ss.

COELHO, Margarete. Parecer de plenário pela comissão especial destinada a proferir parecer ao PL 2.462/1991 e apensados. *Câmara dos Deputados*, Brasília, 4 maio 2021. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_pareceres\\_substitutivos\\_votos?idProposicao=18156](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=18156). Acesso em: 19 dez. 2024.

CONTRIM NETO, Alberto Bittencourt. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 20, n. 77, p. 366 ss., 1983.

COUTO E SILVA, Golbery. *Planejamento estratégico*. Campinas: Unicamp/IFCH, 1955.

CUNHA, Rogério Sanches; SILVARES, Ricardo. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito: Lei nº 14.197/2021 comentada por artigos*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

DAL RI JÚNIOR, Arno. O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira: usos e representações do Estado Novo à ditadura militar brasileira

(1935-1985). *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 525-543, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/466>. Acesso em: 19 dez. 2024.

DAU-LIN, Hsü. *Die Verfassungswandlung*. Berlin: Walter de Gruyter, 1932.

DIETERS, Mark. Der Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch das Strafrecht. In: THIEL, Markus (Hrsg.). *Wehrhafte Demokratie: Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*. Tübingen, 2003. p. 291-328.

ENZMANN, Birgit. *Der demokratische Verfassungsstaat*. Entstehung, Elemente, Herausforderungen. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2012.

ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt am Main: Scriptor Verlag, 1975.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. *Segurança & Desenvolvimento*, v. 24, n. 159, p. 51-56, 1975.

FLEMMING, Lars. *Das NPD-Verbotsverfahren*. Baden-Baden: Nomos, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 21 abr. 1983. Disponível em: [https://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003012614-interpretacao\\_democratica\\_lei\\_seguranca\\_nacional.pdf](https://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003012614-interpretacao_democratica_lei_seguranca_nacional.pdf). Acesso em: 19 dez. 2024.

FROMME, Friedrich Karl. Bestätige Skepsis: Zum Parteiverbotsverfahren gegen die NPD. *Recht und Politik*, [s.l.], v. 39, n. 3, p. 178-183, 2003.

FUHRMANN, Maximilian. *Antiextremismus und wehrhafte Demokratie: Kritik am politischen Selbstverständnis der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2019.

GRECO, Luís. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 78, p. 7-35, 2009.

GRECO, Luís. Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft. In: BRUNHÖBER, Beatrice; HÖFFLER, Katrin; KASPAR, Johannes; REINBACHER, Tobias; VORMBAUM,

Moritz (Hrsg.). *Strafrecht und Verfassung*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2013. p. 13-36.

GUSY, Christoph. *100 Jahre Weimarer Verfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.

HAMMAN, Andreas. *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*. Neuwied/Berlin: Luchterhand, 1963.

HAMMERSCHMIDT, Denise; GARCIA, Emily; SOUBHIA, Fernando Antunes; PEREIRA, Ricardo Morari. Artigo 359-L do Código Penal. Abolição violenta do Estado Democrático de Direito. In: HAMMERSCHMIDT, Denise (coord.). *O grito pela democracia: crimes contra o Estado Democrático de Direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 67-87.

HANEBECK, Alexander. Bundesverfassungsgericht und Demokratieprinzip – Zwischen monistischem und pluralistischem Demokratieverständnis. *Die öffentliche Verwaltung*, [s.l.], v. 57, n. 21, p. 901-909, 2004.

HANSEN, Henning. *Die Sozialistische Reichspartei*. Berlin: Droste, 2007.

HARTUNG Fritz. Die Entwicklung der Grundrechte seit 1776. In: COMMICHAU, Gerhard; MURPHY, Ralf (org.). *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart*. 6. ed. Göttingen: Muster-Schmidt, 1997. p. 11-15, 17 e ss.

HARTUNG, Fritz. *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776-1946*. Berlin: Wissenschaftliche Editionsgesellschaft, 1948.

HEFENDEHL, Roland. Politisches Strafrecht zwischen dem Schutz von Staat und Verfassung und einem Kampf gegen die Feinde. In: HOYER, Andreas (Hrsg.). *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 10. Geburtstag*. Heidelberg: C.F. Müller, 2006. p. 453-475.

HENKEL, Michael; LEMBCKE, Oliver. *Die Dilemmata des Parteiverbotes. Probleme der wehrhaften Demokratie im Umgang mit dem Rechtsextremismus*. *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, [s.l.], v. 32, n. 3, p. 572-587, 2001. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24232329>. Acesso em: 19 dez. 2024.

HERMANN, Jan Bela. *Begriffsrelativität im Strafrecht und das Grundgesetz*. Wiesbaden: Springer, 2015.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. Grenzen der Verfassungswandlung. In: EHMKE, Horst (Hrsg.) *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 1973. p. 123-141.

HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. Demonstrationsfreiheit auch für Rechtsextremisten? Grundsatzüberlegungen zum Gebot rechtsstaatlicher Toleranz. *Neue Juristische Wochenschrift*, [s.l.], v. 57, n. 39, p. 2777-2781, 2004.

JASCHKE, Hans-Gerd. Das Konzept der “Streitbaren Demokratie” – Ein Instrument staatlicher Legitimationsbeschaffung und politischer Ausgrenzung. *Minderheiten*, [s.l.], v. 9, n. 1, p. 2-6, 1991. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24229993>. Acesso em: 19 dez. 2024.

JASCHKE, Hans-Gerd. *Streitbare Demokratie und innere Sicherheit*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1991.

JELLINEK, Georg. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*. Goldbach: Keip Verlag, 1996.

JESSE, Eckhard. Der gescheiterte Verbotsantrag gegen die NPD – Die streitbare Demokratie ist beschädigt worden. *Politische Vierteljahresschrift*, [s.l.], v. 44, n. 3, p. 292-301, 2003. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24199421>. Acesso em: 19 dez. 2024.

JUNGGEBURTH, Christoph. *Die Beobachtung politischer Parteien durch das Bundesamt für Verfassungsschutz im Lichte der V-Mann-Affäre des NPD-Verbotsverfahrens*. Hamburg: Dr. Kovač, 2012.

KIRSZTAJN, Laura Mastroianni. *A Lei de Segurança Nacional no STF: como uma lei da ditadura vive na democracia?* Monografia (Curso) – Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo, 2018. 74 p. Disponível em: <https://sbdp.org.br/publication/a-lei-de-seguranca-nacional-no-stf-como-uma-lei-da-ditadura-vive-na-democracia/>. Acesso em: 19 dez. 2024.

KRÜLL, Nadja. *Die Nationalsozialistische Disziplinarnestie des Jahres 1933*. Tübingen, 2018.

LABAND, Paul. *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*. Dresden: Zahn & Jaensch, 1895.

LAGO, Natasha do. A revogação da Lei de Segurança Nacional e os crimes contra o estado democrático de direito. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 129-153, 2023.

LAUE, Katharina. Parteiverbote, Vereinsverbote und strafrechtliche Reaktionen. In: OSTENDORF, Heribert (org.). *Rechtsextremismus*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009. p. 185 ss.

LAUTNER, Gerd. *Die freiheitliche demokratische Grundordnung*. Regensburg: Athenäum, 1978.

LEGGEWIE, Claus; MEIER, Horst. *Republikenschutz: Maßstäbe für die Verteidigung der Demokratie*. Hamburg: Rowohlt, 1995.

LEIBHOLZ, Gerhard; MANGOLDT, Hermann V. (org.). *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), v. 1, 1951. p. 584-587.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Consulta ao CFOAB: defesa do Estado de Direito por meio do direito penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro*. São Paulo/Munique, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pa/parecer-oab-lsna-laor-teixeira.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2024.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. *The American Political Science Review*, [s.l.], v. 31, n. 3, p. 417-432, 1937. DOI: 10.2307/1948164.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, II. *The American Political Science Review*, [s.l.], v. 31, n. 4, p. 638-658, 1937. DOI: 10.2307/1948103.

LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. 2. ed. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1969.

LOVENS, Sebastian. Parteiverbote in der Bundesrepublik Deutschland. Zur verfassungsrechtlichen Ausgangslage der Anträge gegen die NPD. *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, [s.l.], v. 32, n. 3, p. 550-572, 2001. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24232328>. Acesso em: 19 dez. 2024.

LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution*. 6. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

MANN, Thomas; TETTINGER, Peter. *Einführung in die juristische Arbeitstechnik*. 5. Aufl. München: C.H.Beck, 2015.

MANNHEIM, Karl. *Diagnose unserer Zeit*. Frankfurt am Main: Büchergilde Gutenberg, 1952.

MARINHO, Josaphat. Inconstitucionalidade da Lei de Segurança Nacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 4, n. 13/14, p. 3-12, 1967.

MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia e segurança nacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 61, v. 445, p. 292, 1972.

MENDONÇA, Pedro. Elementos normativos e princípio da legalidade – Uma proposta a partir de um conceito orientado pela linguagem. In: ESTELLITA, Heloísa (org.). *Problemas concretos de direito penal econômico e da empresa: acessoriedade, responsabilidade e processo*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. O crime de golpe de Estado no direito comparado e no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 89, p. 49-71, 2023.

MORLOK, Martin. Parteiverbot als Verfassungsschutz – Ein unauflösbarer Widerspruch? *Neue Juristische Wochenschrift*, [s.l.], v. 54, n. 40, p. 2931-2942, 2001.

NEVES JUNIOR, José Wilson Assis. Segurança nacional e anticomunismo no Brasil pré-64: a ideologia de Golbery do Couto e Silva. *Em Tese*, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 46-66, 2019. DOI: 10.5007/1806-5023.2019v16n2p46.

OOYEN, Robert. Rechtspolitik durch verfassungsgerichtliche Maßstabsverschiebung. *Recht und Politik*, [s.l.], v. 53, n. 4, p. 468-472, 2017.

PABEL, Katharina. Parteiverbote auf dem europäischen Prüfstand. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, [s.l.], v. 63, p. 921-944, 2003.

PAPIER, Hans-Jürgen; DURNER, Wolfgang. Streitbare Demokratie. *Archiv Des Öffentlichen Rechts*, [s.l.], v. 128, n. 3, p. 340-371, 2003. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/44316813>. Acesso em: 19 dez. 2024.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução: Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, v. I, 1974.

PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. 5. ed. Stuttgart: Vandenhoeck & Ruprecht, 2023.

RÊGO, Eduardo de Carvalho; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Democracia defensiva na Alemanha e no Brasil na prática de hoje: paralelos entre o Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) e a Procuradoria Nacional da União de defesa da democracia. *Sequência*, Florianópolis, v. 44, n. 94, p. 1-28, 2023. DOI: 10.5007/2177-7055.2023.e95761.

RENSMANN, Thilo. Die Demokratie zeigt sich wehrhaft – Parteiverbotsverfahren vor dem BVerfG. In: MENZEL, Jörg (Hrsg.). *Verfassungsrechtsprechung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000. p. 56-64.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Marcial Pons, v. I, 2024.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 7, n. 1, p. 80-91, 2015. DOI: 10.4013/rechtd.2015.71.08.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição e dissolução de partidos políticos na Lei Fundamental da Alemanha. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-20/proibicao-dissolucao-partidos-lei-fundamental-alemanha>. Acesso em: 19 dez. 2024.

SATTLER, Andreas. *Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie* – Untersucht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1982.

SCHEUNER, Ulrich von. Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz. In: AA.VV. *Um Recht und Gerechtigkeit*: Festgabe für Erich Kaufmann zu seinem 70. Geburtstag. Stuttgart: Kohlhammer, 1950. p. 313-330.

SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 11. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2017.

SCHMITT, Walter Oskar. Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. *Die öffentliche Verwaltung*, [s.l.], v. 18, p. 433-443, 1965.

SCHNEIDER, Hans-Peter. *Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1974.

SCHRÖDER, Ulrich Jan. Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes. *Juristische Arbeitsblätter*, [s.l.], v. 49, n. 11, p. 809-818, 2017.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*: eine systematische Darstellung, entwickelt aus Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung. München: Beck, 1967.

SEIFERT, Karl-Heinz. *Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland*. Köln/Berlin/Bonn/München: Heymann, 1975.

SICHERT, Markus. Das Parteiverbot in der wehrhaften Demokratie. *Die öffentliche Verwaltung*, [s.l.], v. 54, n. 16, p. 671-681, 2001.

SILVA, Enio Moraes. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 167, p. 213 ss., 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021.

- SIMON, Eric. *Gesetzesauslegung im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.
- SIMON, Eric. Verstoß gegen das strafrechtliche Analogieverbot (Anmerkung). *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, [s.l.], v. 29, p. 84-85, 2009.
- STOLLBERG, Frank. *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Parteiverbots*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
- THIEL, Markus. Zur Einführung: Die "wehrhafte Demokratie" als verfassungsrechtliche Grundentscheidung. In: THIEL, Markus (Hrsg.). *Wehrhafte Demokratie: Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. p. 1-24.
- URBINA, Francisco Zúñiga. Principios jurídicos y democracia. De vueltas a la "democracia militante". *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 10, n. 2, p. 17-56, 2012. Disponível em: <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/78/73>. Acesso em: 19 dez. 2024.
- VAN OOOYEN, Robert Chr. Ein moderner Klassiker der Verfassungstheorie: Karl Loewenstein. *Zeitschrift für Politik*, [s.l.], v. 51, n. 1, 68-86, 2004. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24228670>. Acesso em: 19 dez. 2024.
- VAN OOOYEN, Robert Chr. *Öffentliche Sicherheit und Freiheit: Studien zu Staat und Polizei, offener Gesellschaft und wehrhafter Demokratie*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2024.
- VAN OOOYEN, Robert Chr. Rechtspolitik durch verfassungsgerichtliche Maßstabsverschiebung, *Recht und Politik*, [s.l.], v. 53, n. 4, p. 468 ss., 2017.
- VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 100-130, 2021. Disponível em: <https://rcpjm.cpj.m.uerj.br/revista/article/view/36>. Acesso em: 19 dez. 2024.
- VÍRGALA FORURIA, Eduardo. La STS de 27 de marzo de 2003 de ilegalización de Batasuna: el estado de derecho penetra en euskadi. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 12/13, p. 609-629, 2003. DOI: 10.5944/trc.12-13.2003.7168.
- VOSSKUHLE, Andreas; KAISER, Anna-Bettina. Wehrhafte Demokratie. *Juristische Schulung*, [s.l.], n. 12, p. 1154-1156, 2019.
- WEBER, Hellmuth von. Zum SRP-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes. *JuristenZeitung*, [s.l.], v. 8, n. 10, p. 293-298, 1953. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20802937>. Acesso em: 19 dez. 2024.

WILL, Martin. *Ephorale Verfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1952.

WILLMS, Günther. Staatsschutz im Geiste der Verfassung. In: HERMENS, Ferdinand A. (Hrsg.). *Demokratische Existenz heute*: Schriften des Forschungsinstituts für Politische Wissenschaft der Universität zu Köln. Frankfurt am Main/Bonn: Athenäum Verlag, 1962.

ZIRN, Armin. *Parteienverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG im Rahmen der streitbaren Demokratie des Grundgesetzes*. Tübingen: Bölk, 1988.

### Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

#### Sobre os autores:

**Guilherme de Toledo Góes** | E-mail: guilherme.tgoes@gmail.com

Mestre (LL.M.) e doutorando em Direito (HU-Berlin/Alemanha).

**Janice Santin** | E-mail: janicesantin@icloud.com

Mestre (UERJ) e doutoranda em Direito (HU-Berlin/Alemanha).

Recebimento: 10.11.2024

Aprovação: 19.12.2024