

PARECER

**DOS CRIMES DE TENTATIVA DE ABOLIÇÃO VIOLENTA DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO (ART. 359-L DO CP) E DE TENTATIVA DE
GOLPE DE ESTADO (ART. 359-M DO CP)**

CONSULENTE

EXMO. SR. SENADOR FLÁVIO BOLSONARO

PELO PROFESSOR DOUTOR

JOSÉ CARLOS PORCIÚNCULA

MAIO/2025

I. Introdução

Trata-se de consulta formulada pelo eminente Senador **FLÁVIO BOLSONARO** acerca das imputações contidas na **Petição nº 12.100 – Brasília/DF**, com especial enfoque nas acusações dirigidas contra o **ex-Presidente da República, JAIR MESSIAS BOLSONARO**, no que concerne à suposta prática dos delitos tipificados nos **artigos 359-L (tentativa de abolição violenta do Estado Democrático de Direito)** e **359-M (tentativa de golpe de Estado)**, ambos do Código Penal Brasileiro.

O presente parecer tem por finalidade realizar uma **análise técnico-jurídica** dos fatos narrados na denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, cotejando-os com os elementos típicos exigidos pelos dispositivos penais invocados, à luz do princípio constitucional da legalidade, mais exatamente do seu consectário lógico *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (proibição de analogia *in malam partem*). Para além dessa dimensão nuclear, o parecer também examinará as condutas atribuídas ao ex-Presidente da República, JAIR MESSIAS BOLSONARO, sob a ótica da teoria da imputação objetiva. Cuida-se de questão de máxima relevância, na medida em que, em um Estado Democrático de Direito, só é legítimo proibir e punir condutas que, no mínimo, representem uma ameaça a bens jurídicos tutelados, é dizer, condutas perigosas. A análise será levada a efeito com o rigor científico exigido pela complexidade da matéria ora submetida à apreciação.

II. Dos delitos de empreendimento tipificados nos artigos 359-L e 359-M do Código Penal Brasileiro: considerações gerais

Não é comum, mas, por vezes, o legislador prevê na Parte Especial do Código Penal os, assim denominados, “delitos de empreendimento” - também

conhecidos como “delitos de atentado” -, cujo traço distintivo consiste na equiparação entre tentativa e consumação¹. Em tais hipóteses, está-se diante de tentativas **especificamente tipificadas** como delitos formalmente consumados. Os crimes capitulados nos artigos 359-L e 359-M do Código Penal Brasileiro enquadram-se, de forma inequívoca, em tal categoria dogmática, porquanto não requerem para a sua consumação a efetiva ocorrência do resultado perseguido – respectivamente, a abolição do Estado Democrático de Direito e a deposição do governo legitimamente constituído -, bastando, para tanto, a tentativa de fazê-lo. Essa antecipação da punibilidade explica-se por dois motivos: em primeiro lugar, pela superlativa importância dos bens jurídicos em jogo; ademais, pela extrema dificuldade ou mesmo impossibilidade prática de se punir tais crimes caso houvesse a consumação.

Visto que, nos delitos de empreendimento, a tentativa representa o limite mínimo necessário para a intervenção do Direito Penal, há amplo consenso doutrinário no sentido de que não só a mera cogitação como também os atos preparatórios desses delitos são impuníveis², salvo se o legislador os erigiu à condição de delitos autônomos. Portanto, no que diz respeito especificamente aos delitos de empreendimento tipificados nos artigos 359-L e 359-M do Código

¹ Sobre o tema, em geral, consulte-se Roxin/Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tomo I, 5ª ed., 2020, § 10/125; Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1993, § 25/5-7; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, pp. 565-566; Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11ª ed., 2003, § 8/47 ss.; Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2008, § 8/26-28; Frister, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2008, § 23/10-12; Gropp, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2005, § 9/10; Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., 2004, § 18/8; Silva Sánchez, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, § 15/5 e 176; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa (tesis doctoral)*, 2014, pp. 506 e ss.; Canestrari/Cornacchia/De Simone, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 2007, pp. 683-684; Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, 2ª ed., 2009, pp. 216-217; Fiandaca/Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, 6ª ed., 2010, pp. 484-485; Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 2004, § 11/53.

² Nesse sentido, claramente, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 526; Bockelmann/Volk, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1987, pp. 215-216. No tocante à literatura mais antiga, consulte-se Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., 1931, p. 88; von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Tomo II, 1930, pp. 407-408.

Penal Brasileiro, tudo aquilo que ocorrer antes do início da tentativa, isto é, antes do começo dos atos executórios, é impunível. Assim, discursos, reuniões ou mesmo planos para a deposição do governo legitimamente constituído ou que visem à abolição do Estado Democrático de Direito não são puníveis, por consubstanciarem meros atos preparatórios dos delitos mencionados. Ao contrário do que se verifica em países como Estados Unidos ou Alemanha, o ordenamento jurídico pátrio não pune atos preparatórios de delitos dessa natureza. Nos Estados Unidos se criminaliza a ação de “conspire to overthrow, put down, or to destroy by force the Government of the United States” (um ato claramente preparatório de um golpe de Estado)³. E o § 83 do Código Penal Alemão (*StGB*) prevê o delito de “Preparação de uma operação de alta traição” (*Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens*)⁴.

Como nos delitos de empreendimento há a equiparação entre tentativa e consumação, neles não é admissível a modalidade tentada. Isso equivaleria a criminalizar, por via transversa ou oblíqua, a “tentativa da tentativa”, isto é, os atos preparatórios daqueles delitos⁵ – em princípio impuníveis, salvo naquelas hipóteses em que o legislador os elevou à condição de crimes autônomos.

Há um aspecto dos delitos de empreendimento que merece especial atenção, não somente pelo ímpeto teórico de se alcançar a exata compreensão de

³ 18 USC 2384 (*Seditious conspiracy*)

⁴ Sobre tal delito consulte-se Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo I, 2ª ed., 2005, § 83/1 e ss.; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2006, § 83/1 e ss.

⁵ Nesse sentido, Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tomo II, 2003, § 29/345; Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 25/6; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 526; Reyes Alvarado, *El delito de tentativa*, p. 597; Canestrari/Cornacchia/De Simone, *Manuale di Diritto Penale*, p. 684, observando, com razão, o seguinte: “La previsione di una forma tentata di un delitto di attentato comporterebbe, quindi, un eccessivo arretramento della soglia della punibilità a fatti meramente preparatori e inidonei a rappresentare un pericolo per il bene tutelato, in palese violazione del principio di offensività”.

sua natureza dogmática, como também – e isto certamente é o mais importante – pela necessidade prática de se distinguir claramente quais condutas encontram-se proibidas e quais não. Já observamos anteriormente que os delitos de empreendimento consubstanciam **tentativas especificamente tipificadas** como delitos consumados, que estão alocadas na Parte Especial do Código Penal, e que, portanto, permitem uma **aplicação autônoma**, sem que seja necessário - ou mesmo possível - recorrer-se ao tipo extensivo da Parte Geral (artigo 14, inciso II). Assim, em tais crimes, o problema da delimitação entre atos preparatórios e tentativa consiste **em uma questão particular de cada tipo penal** e, ao fim e ao cabo, **em uma questão de estrita legalidade**. Nos delitos de empreendimento, não há que se recorrer às fórmulas abstratas de delimitação entre atos preparatórios e tentativa desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência ao longo de décadas⁶. **Neles, insista-se, o decisivo será a descrição concreta da ação típica. Toda ação subsumível a tipos penais dessa natureza constituirá tentativa; a contrario sensu, aquelas que não se amoldem a tais tipos constituirão mera cogitação ou simples atos preparatórios.**

Desse modo, a fim de verificar se as condutas atribuídas ao ex-Presidente da República, tal como narradas na denúncia do Ministério Público Federal, configuram ou não os crimes de tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito e de tentativa de golpe de Estado, será preciso cotejá-las com a descrição concreta da ação típica contida nos artigos 359-L e 359-M do Código Penal. Vejamos, pois, a redação de cada um desses dispositivos:

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

⁶ A respeito de tais fórmulas, consulte-se, por exemplo, Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* II, § 29/121 e ss.; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, pp. 518 e ss.

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

Basta uma leitura *in actu oculi* dos tipos penais em apreço para que se perceba que há neles um elemento comum: a exigência do uso de **violência ou grave ameaça**. Sem o emprego de **violência ou grave ameaça**, não há que se falar nos crimes de tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito ou de tentativa de golpe de Estado. Inicie-se, pois, a análise da denúncia do Ministério Público Federal perquirindo se as condutas atribuídas ao ex-Presidente da República, JAIR MESSIAS BOLSONARO, configuram, ou não, o **uso de violência ou grave ameaça**.

III. Do emprego de violência ou grave ameaça

Para determinar se as condutas atribuídas ao ex-Presidente da República, tal como narradas na denúncia do Ministério Público Federal, consubstanciam, ou não, o uso de violência ou grave ameaça, é preciso conhecer, preliminarmente, o significado dos termos “**violência**” e “**grave ameaça**”. Uma aproximação linguística a um texto legal pode ser realizada por meio do sentido atribuído aos termos de acordo com o seu uso social, é dizer, segundo as regras da linguagem ordinária, ou ainda por meio de uma linguagem especializada, compreendida como aquela que é regida por regras semânticas de um determinado âmbito técnico-científico⁷. Aqueles que optam pela aproximação aos textos legais por meio da linguagem ordinária argumentam que esta seria a forma pela qual os cidadãos a eles têm acesso. Entretanto, essa posição merece críticas, na medida em que os cidadãos, em geral, não têm acesso direto aos textos

⁷ Sobre tal questão, em profundidade, Silva Sánchez, *Derecho Penal. Parte General*, § 6/61 e ss.; Montiel, *Legalidad e Imputación en Derecho Penal: una aproximación analítica*, 2020, pp. 101 e ss.

legais, mas apenas a normas de conduta difusas⁸. Ademais, a aproximação por meio da linguagem ordinária poderia levar a uma ampliação excessiva do sentido dos textos, o que acabaria por violar o princípio da legalidade. Por isso mesmo, o mais adequado e condizente com o mencionado princípio consiste em uma aproximação ao texto que conceda primazia ao **sentido técnico-jurídico** de cada termo nele empregado. Em suma, a determinação do significado de um preceito legal consiste em uma prática fundamentalmente **normativa**⁹.

Sob tal perspectiva, em sua maioria, os termos que integram os preceitos penais devem ser considerados como **elementos normativos de conteúdo técnico-jurídico**. Esse é exatamente o caso dos termos “**violência**” e “**grave ameaça**”, contidos nos artigos 359-L e 359-M do Código Penal.

É importante observar que, antes mesmo da tipificação dos crimes de tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito (art. 359-L) e de tentativa de golpe de Estado (art. 359-M), o binômio “**violência ou grave ameaça**” já era utilizado pelo legislador em distintos tipos penais, a exemplo do **constrangimento ilegal** (art. 146 do Código Penal), do **roubo** (art. 157, *caput*, do Código Penal), da **extorsão** (art. 158, *caput*, do Código Penal), do **estupro** (art. 213 do Código Penal), etc. À luz de uma teoria geral da Parte Especial do Código Penal¹⁰, é possível sustentar que os vocábulos “**violência**” e “**grave ameaça**”, tal

⁸ Nesse exato sentido, Silva Sánchez, *Derecho Penal. Parte General*, § 6/62.

⁹ Já nesse sentido, Binding, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, pp. 462-463;

¹⁰ Como já observava o penalista hegeliano Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Tomo II, 1884, p. 1: “Alles was irgend als wesentliches Moment des besondern Thatbestandes erscheint, ist niemals nur etwas Besonderes, sondern zugleich ein Allgemeines, das nach dieser Seite seine gebührende Berücksichtigung im allgemeinen Theile fordert” (“Tudo aquilo que, de algum modo, aparece como elemento essencial do tipo especial nunca é algo meramente especial, mas também algo geral que, sob essa perspectiva, exige sua consideração na Parte Geral”). Sobre tal questão cf. as obras de Kubiciel, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, *passim*; Fincke, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, 1975, *passim*; Schwinge, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930, *passim*.

como empregados nos tipos penais anteriormente mencionados, exibem um significado técnico-jurídico unívoco, marcado pela coerência interna e estabilidade conceitual: a “**violência**” corresponde à *vis physica* ou *vis absoluta*, isto é, ao uso da força física dirigida contra pessoa; a “**grave ameaça**” consiste na *vis compulsiva*, ou seja, em uma conduta dotada de idoneidade para intimidar alguém, causando-lhe fundado temor de que um mal sério e iminente lhe ocorrerá. Como perceptível, razões de coerência sistemática impõem a manutenção desse mesmo significado técnico-jurídico para os termos “**violência**” e “**grave ameaça**” contidos nos artigos 359-L e 359-M do Código Penal.

A doutrina pátria, embora não se dedique ao exame da univocidade semântica dos termos “**violência**” e “**grave ameaça**”, acaba por chegar intuitivamente à mesma conclusão. Delmanto, por exemplo, ao comentar o artigo 359-L do Código Penal, pontua, com absoluta propriedade, o seguinte:

“O crime em testilha é muito grave, demandando cautela na sua aplicação, observando-se a exigência do tipo penal de que **é necessário haver efetiva violência contra pessoa (e não contra coisa)** ou **grave ameaça** também contra pessoa (por exemplo, promessa séria e verossímil de morte a um Ministro de Estado ou dos Tribunais Superiores, de um Senador ou Deputado Federal, do Presidente da República ou de seu vice), vinculada ao exercício das funções públicas exercidas por membros dos Poderes Constitucionais (Executivo, Legislativo e Judiciário). Essas condutas não se confundem com **protestos pacíficos com manifestações críticas às instituições ou à atuação de autoridades** que compõem os Poderes, as quais, pelo próprio exercício da função pública, a elas estão sujeitas”¹¹.

E ao comentar o artigo 359-M, assinala:

¹¹ Delmanto, *Código Penal Comentado*, 10ª ed., 2022, p. 1.293

“A conduta punida é tentar (buscar, procurar) depor (despojar, tirar do cargo) o governo legitimamente constituído através de eleições livres, periódicas e democráticas, ou seja, o Presidente ou o Vice-Presidente, como chefes de governo, **mediante violência (física contra pessoa – vis absoluta) ou grave ameaça (violência moral contra pessoa, a promessa de causar mal futuro, sério e verossímil – vis compulsiva). Sem violência ou grave ameaça contra pessoa, não há o crime**”¹².

Também Luiz Regis Prado, ao discorrer sobre o artigo 359-L do Código Penal, assinala que, para a configuração do crime em questão, “é preciso que seja empregada **violência (coação física) ou grave ameaça (coação moral) a pessoa ou grupo de pessoas**”¹³. E sustenta o mesmo em relação ao crime tipificado no artigo 359-M do Código Penal¹⁴.

Corretíssima é a posição mantida por Cezar Roberto Bitencourt. Esse autor entende que, pela natureza dos crimes tipificados nos artigos 359-L e 359-M do Código Penal, exige-se, para a sua configuração, a ocorrência de “violência ou grave ameaça” **em grau qualificado**¹⁵. São bastante significativas as suas palavras, notadamente em relação à “grave ameaça”:

“Certamente, in casu, deve ser, necessariamente, **uma ameaça monumental, com demonstração de força bélica, ainda que aparente, com desfiles de carros blindados, ordem unida à tropa ou coisas do gênero, para impor medo, insegurança e risco de ruptura institucional**, porque é disso que se trata neste artigo sub examine. Afora essa demonstração mínima de “**poderio bélico**” do autor para realmente levar a efeito a conduta descrita neste tipo penal, não será suficientemente idônea para tipificar esse crime [...]”¹⁶.

¹² Delmanto, *Código Penal Comentado*, p. 1.294.

¹³ Regis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial*, 23ª ed., 2025, p. 827 (e-book).

¹⁴ Regis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial*, p. 828 (e-book).

¹⁵ Bitencourt, *Tratado de Direito Penal*, vol. VI (Parte Especial), 3ª ed., 2025, pp. 345 e ss. (e-book)

¹⁶ Bitencourt, *Tratado de Direito Penal*, vol. VI (Parte Especial), p. 348 (e-book).

Outra não é a posição da doutrina estrangeira. Veja-se o que ocorre, por exemplo, na Alemanha, com o assim denominado “Delito de alta traição contra a Federação” (*Hochverrat gegen den Bund*), previsto no § 81 do StGB: “(1) Quem tentar, por meio de violência ou ameaça de violência, 1. prejudicar a existência da República Federal da Alemanha ou, 2. alterar a ordem constitucional baseada na Constituição da República Federal da Alemanha será punido com pena de prisão perpétua ou com pena de prisão não inferior a 10 anos”. Naquele ordenamento jurídico, também se exige para a configuração de delitos dessa natureza que a “violência” ou “grave ameaça” seja em **grau qualificado**, pois tão somente uma força física ou moral dessa magnitude possui idoneidade para alterar as estruturas do Estado ou mesmo para coagi-lo a aceitar o pleito dos insurretos¹⁷.

Uma vez conhecido o significado técnico-jurídico dos termos “violência” e “grave ameaça” contidos nos artigos 359-L e 359-M do Código Penal, está-se agora em condição de avaliar se as condutas atribuídas ao ex-Presidente da República pelo Ministério Público Federal são subsumíveis ou não aos tipos penais em questão. Não é preciso nenhum *sacrificium intellectus* para perceber, de plano, que a maior parte delas não configura “violência” ou “grave ameaça”, consistindo em mera cogitação ou, na pior das hipóteses, em atos preparatórios dos delitos de tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito e de tentativa de golpe de Estado. A seguir, serão analisados trechos específicos da exordial acusatória, nos quais se revela, de forma inequívoca, o que se acaba de sustentar.

¹⁷ Assim, Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch I*, § 81/18; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 83/4.

Diz o Ministério Público Federal:

“Quando um Presidente da República, que é a autoridade suprema das Forças Armadas (art. 142, *caput*, da Constituição) reúne a cúpula dessas Forças para expor **planejamento** minuciosamente concebido para romper com a ordem constitucional, **tem-se ato de insurreição em curso**, apenas ainda não consumado em toda a sua potencialidade danosa” (p. 18 da denúncia).

O trecho transcrito incorre, claramente, em uma autocontradição, pois chega a uma conclusão que contradiz logicamente a premissa adotada. Senão vejamos: o parágrafo começa descrevendo um ato de “**planejamento** minuciosamente concebido para romper com a ordem constitucional”. Mas acaba por concluir, contraditoriamente, que esse ato de “**planejamento**” implica a existência **de um “ato de insurreição em curso” (portanto, executório)**. Ora, conforme ampla doutrina, **um planejamento, por mais detalhado que seja, não pode ser considerado ato executório dos crimes previstos nos artigos 359-L e 359-M do Código Penal, constituindo mero ato preparatório**. Os delitos de tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito e de tentativa de golpe de Estado **exigem para a sua configuração a presença de violência ou grave ameaça**. Não há no Direito Penal brasileiro – ao contrário do que ocorre, como vimos, no Direito norte-americano, onde se pune a “**conspiração sediciosa**” (*seditionous conspiracy*), ou no Direito alemão, onde se pune a “Preparação de uma operação de alta traição” (*Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens*) – a criminalização de atos preparatórios de delitos dessa natureza. Cogitar, debater ou mesmo planejar a ruptura da ordem constitucional, por mais reprováveis que sejam sob o prisma moral, não consubstanciam atos executórios dos crimes tipificados nos artigos 359-L e 359-M do Código Penal, diante da ausência de violência ou grave ameaça. Em suma: no excerto em destaque, o Ministério

Público Federal descreve mero ato preparatório dos delitos de tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito e de tentativa de golpe de Estado, impunível, portanto.

Embora constitua uma platitude, não custa aqui observar que a reunião mencionada no trecho em destaque da denúncia não configura, evidentemente, “grave ameaça”. Pode-se até considerar, em um sentido vulgar ou ordinário, que uma reunião com essas características configura uma “grave ameaça” à ordem constitucional. Entretanto, não se trata realmente de uma “grave ameaça” no sentido técnico-jurídico do termo, mesmo porque, naquela ocasião, não houve qualquer ato de intimidação a pessoa ou grupo de pessoas.

Prossiga-se com a análise da denúncia. Em outro excerto da exordial acusatória, o Ministério Público Federal afirma o seguinte:

“Os planos culminaram no que a organização criminosa denominou de Operação Copa 2022, dotada ela mesma de várias etapas. A expectativa era a de que a Operação criasse comoção social capaz de arrastar o Alto Comando do Exército à aventura do golpe. Em execução inicial da operação, foram levadas a cabo ações de monitoramento dos alvos de neutralização, o Ministro Alexandre de Moraes e o Presidente eleito Lula da Silva. O plano contemplava a morte dos envolvidos, admitindo-se meios como explosivos, instrumentos bélicos ou envenenamento.” (p. 19)

O que o *Parquet* chama de “execução inicial da operação”, a bem da verdade, não passa de mero ato preparatório dos crimes tipificados nos artigos 359-L e 359-M do Código Penal, por não representar, no sentido técnico-jurídico da expressão, qualquer “violência ou grave ameaça”. Como bem diz Santiago Mir Puig, “Procurarse los medios, observar el lugar, proporcionarse cómplices, son

ejemplos de actos preparatorios”¹⁸. É óbvio que, se comprovados, os atos de planejar um golpe de Estado e monitorar autoridades merecem máximo repúdio, mas o fato é que não são subsumíveis aos tipos penais de que ora se cuida. De nada adiantaria apelar a uma espécie de *Rechtsgefühl*¹⁹ para sustentar um pretensão sentimento de injustiça na impunidade de tais condutas. Embora, como já assinalado, o Direito norte-americano e o Direito alemão tenham criminalizado atos preparatórios relacionados a delitos dessa natureza, tal não foi a orientação adotada pelo legislador pátrio – que há de ser, evidentemente, respeitada. **Seria inadmissível romper com a legalidade estrita para subsumir tais condutas aos tipos penais em questão.**

Pois bem. Na sequência, o Ministério Público Federal sustenta o seguinte:

“No dia 15 de dezembro de 2022, os operadores do plano, com todos os preparativos completos, somente não ultimaram o combinado, por não haverem conseguido, na última hora, cooptar o Comandante do Exército” (p. 20 da denúncia).

O trecho em destaque demonstra, mais uma vez, que a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal se apresenta como auto-refutável. Com efeito, ao contrário do que pretende o *Parquet*, a recusa do Comandante do Exército somente reforça a inexistência de qualquer ato de violência ou grave ameaça, isto é, de qualquer ato executório dos delitos de tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito e de tentativa de golpe de Estado. Reitere-se: investidas voltadas à cooptação de apoiadores para um determinado plano caracterizam atos meramente preparatórios – e, portanto, penalmente

¹⁸ Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2004, p. 336.

¹⁹ A expressão provém de von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Tomo II, 1883, p. 43; o mesmo, *Über die Entstehung des Rechtsgefühles: mit einer Vorbemerkung und einem anschliessenden Interpretations- und Einordnungsversuch von Okko Behrends*, 1986 [orig. 1884], pp. 18-19.

irrelevantes –, não configurando atos executórios dos tipos penais em exame, justamente por não encerrarem, sob a perspectiva técnico-jurídica, o emprego de “violência” ou “grave ameaça”.

Linhas depois, o Ministério Público Federal espousa o seguinte entendimento:

“O episódio foi fomentado e facilitado pela organização denunciada, que assim, por mais essa causa, deve ser responsabilizada por promover atos atentatórios à ordem democrática, com vistas a romper a ordem constitucional, impedir o funcionamento dos Poderes, em rebeldia contra o Estado de Direito Democrático. A **violência cometida** gerou prejuízos de larga monta, estimados em mais de 20 milhões de reais” (p. 21 da denúncia)

Embora, como se demonstrou, o significado jurídico-penal dos vocábulos “**violência**” e “**grave ameaça**” seja indisputável, pode-se constatar, em diversos trechos da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, como é o caso do excerto em destaque, um emprego manifestamente indevido de tais expressões. De fato, em distintas passagens, o *Parquet* utiliza tais termos em um **sentido ordinário**, e não, como era de se esperar, por ser o correto, em um **sentido técnico**. A consequência disso é uma ampliação indevida dos tipos penais de tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito e de tentativa de golpe, para alcançar condutas que, a rigor, não lhes seriam subsumíveis. Tem-se aí, claramente, numerosas analogias *in malam partem*, que, por óbvio, encontram-se proscritas pelo princípio da legalidade, mais exatamente pelo seu corolário *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*²⁰.

²⁰ A doutrina penal clássica tradicionalmente operou uma distinção entre interpretação extensiva (permitida) e analogia *in malam partem* (proscrita). Se alguma diferença há entre ambas, trata-se apenas de uma questão gradativa, e, por isso mesmo, de difícil delimitação. Nesse sentido, Silva Sánchez, *Derecho Penal. Parte General*, § 4/98. Ademais, o recurso à noção de interpretação extensiva consiste, na maioria das vezes, em uma estratégia retórica e furtiva de encobrimento de

O trecho acima transcrito demonstra uma **indevida ampliação do conceito penal de “violência”**, na medida em que afirma que a “violência” cometida gerou “prejuízos de larga monta”. Como consolidado na doutrina penal, a violência exigida pelos crimes tipificados nos artigos 359-L e 359-M **deve ser entendida como vis absoluta**, ou seja, **força física real dirigida contra pessoa(s)**, jamais podendo ser confundida com **depredações patrimoniais, mesmo que significativas financeiramente**. Pode-se até achar que a destruição do patrimônio público constitui uma “violência” inominável. Mas aí estar-se-ia apelando a um conceito “vulgar” de violência, e não ao seu sentido técnico-jurídico. O dano a prédios públicos, *per se*, **não constitui violência no sentido técnico-jurídico exigido pela norma penal incriminadora**. A tentativa de equiparar “violência” a atos de vandalismo ou destruição de bens públicos caracteriza o uso de analogia *in malam partem*.

Cumprido estabelecer, neste ponto, uma distinção fundamental entre a hipótese descrita na denúncia e aquelas situações em que se pode falar em **dano qualificado pelo emprego de violência ou grave ameaça**, na forma do artigo 163, parágrafo único, inciso I, do Código Penal. No caso narrado pelo Ministério Público, a referência genérica a “violência” – vinculada exclusivamente à magnitude dos prejuízos materiais causados pela destruição – não autoriza, do

uma analogia *in malam partem*. A respeito do caráter “volátil” dessa distinção cf. Montiel, *Analogía favorable al reo: fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, 2009, p. 130; Ortiz de Urbina Gimeno, in: Montiel (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, p. 180: “Lo anterior ocurre por ejemplo cuando se define la interpretación extensiva como ‘toda aquella interpretación que extiende la incriminación penal a conductas que están más allá del sentido literal posible’, y que está proscrita, pero luego se especifica que la interpretación extensiva es aquella en la que el intérprete ‘lo que hace es exceder el texto del precepto ampliando su alcance en función al espíritu de éste. Su límite se encuentra en la interpretación analógica, prohibida en Derecho penal’. En este último lugar, parece que interpretación analógica y extensiva no son lo mismo, y que la interpretación prohibida es sólo la analógica; antes, sin embargo, se ha dicho que la interpretación analógica es ir más allá de la literalidad de la ley penal, algo que también se había dicho respecto de la extensiva [...]”.

ponto de vista técnico-jurídico, o reconhecimento da qualificadora. Com efeito, a qualificadora exige **violência real ou grave ameaça dirigida contra pessoa**, e não mera destruição patrimonial, por mais intensa que seja. Para que se pudesse cogitar da subsunção típica ao dispositivo mencionado, seria necessário identificar episódios concretos em que o dano material tenha sido produzido **sob o respaldo de força física contra terceiros** ou **mediante intimidação grave**, o que não se depreende da genérica narrativa acusatória. *Nota bene*: não se pretende aqui negar a eventual ocorrência de fatos com essa configuração. O que se assevera, peremptoriamente, é que a denúncia não os descreve de forma clara e individualizada.

Passa-se à apreciação do seguinte trecho da denúncia:

“Diante disso, mais se acentuava a imposição de conformidade com a escolha feita pela população, contrária à permanência no Poder do então Presidente da República. Nada justificava que ele e os seus adeptos continuassem a deblaterar contra o sistema e a maquinar soluções profanadoras da estrutura constitucional da democracia. Que, mesmo assim, isso tenha acontecido é decerto fator de incremento de responsabilidade penal” (p. 23).

Os próprios termos utilizados pela denúncia – “deblaterar contra o sistema” e “maquinar soluções” – evidenciam a **ausência completa de violência ou grave ameaça**, elementos essenciais à configuração dos crimes previstos nos artigos 359-L e 359-M do Código Penal. O verbo “deblaterar” – empregado aqui como sinônimo de protestar ou vociferar – refere-se a conduta meramente discursiva, de exposição de inconformismo político, cuja proteção está garantida pela livre manifestação do pensamento e pela liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX, da Constituição Federal). O próprio artigo 359-T do Código Penal abriga a seguinte causa especial de exclusão da ilicitude: “Não constitui crime

previsto neste Título a manifestação crítica aos poderes constituídos nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais”. Já o verbo “maquinar”, também utilizado no trecho da denúncia em destaque, indica **mera cogitação**, que, por definição, é impunível: *cogitationis poenam nemo patitur!*

Reitere-se: o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito não pode se prestar à **repressão de ideias impopulares** ou mesmo de **meras cogitações não exteriorizadas em atos materiais**, tampouco pode ser mobilizado para sancionar **expressões públicas de descontentamento** que, por mais inflamadas que sejam, **não se traduziram em violência ou em real coação aos poderes constituídos**.

Prosegue o Ministério Público Federal:

“As instituições democráticas foram vulneradas em pronunciamentos públicos agressivos e **ataques virtuais**, proporcionados pela utilização indevida da estrutura de inteligência do Estado. O ímpeto de violência da população contra o Poder Judiciário foi exacerbado **pela manipulação de notícias eleitorais baseadas em dados falsos [...]**” (p. 27 da denúncia).

[...]

“JAIR MESSIAS BOLSONARO inaugurou os seus ataques ao sistema eleitoral brasileiro ainda durante a campanha presidencial de 2018 e persistiu na narrativa infundada de fraude, após ser eleito. A fraude, que nunca conseguiu nem descrever nem demonstrar, teria impedido que se houvesse sagrado vencedor das eleições de 2018 desde o primeiro turno” (p. 29 da denúncia).

“Além dos discursos incisivos de JAIR BOLSONARO, a organização criminosa se valia fortemente do meio digital para atacar os seus opositores e o sistema eleitoral, no curso das iniciativas

corrosivas das estruturas democráticas. Confirmando a existência de uma ação coordenada, os mesmos alvos apontados publicamente pelo então Presidente da República eram simultaneamente atingidos de forma virtual, com **a criação e multiplicação de notícias falsas**” (p. 51 da denúncia).

Nos trechos acima destacados, o Ministério Público Federal introduz um novo elemento em sua narrativa: a noção de “ataques virtuais” às instituições democráticas, supostamente praticados por meio da criação e disseminação de notícias eleitorais falsas. Ao qualificar a divulgação de *fake news* como “ataques”, o Ministério Público Federal procura associar semanticamente ações não violentas – em um sentido técnico-jurídico - a uma noção geral e abstrata de “violência”, para então atrair indevidamente a incidência do crime tipificado no artigo 359-L do Código Penal. Em outras palavras: o Ministério Público Federal não afirma expressamente que a criação e disseminação de notícias eleitorais falsas configura “violência”, mas utiliza linguagem conotativa para induzir essa interpretação, em uma tentativa de ampliar indevidamente o significado técnico-jurídico do termo “violência” contido no artigo 359-L do Código Penal. Trata-se, evidentemente, e com a devida vênia, do uso velado de analogia *in malam partem*.

Mais que isso: uma autêntica Democracia não deve sucumbir à tentação – cada vez mais crescente – de interpretar a criação e divulgação de notícias falsas (*fake news*) como um “ataque” às suas bases. Isso equivaleria a ignorar os próprios pressupostos antropológicos que dão sustento a essa forma de governo milenar. Tal concepção pode ser ilustrada por meio de uma passagem de um clássico do pensamento ocidental. Em sua obra *Protágoras*, Platão faz referência a um diálogo havido entre aquele sofista e o seu mestre, Sócrates. Nele, Sócrates indaga a Protágoras por que os atenienses, ao tratarem de questões sobre arquitetura ou construção naval, somente aceitam a opinião dos técnicos, ao

passo que ao cuidarem de questões políticas, aceitam a opinião de qualquer pessoa, considerando-a como capaz de emití-la, mesmo que não possua qualquer conhecimento para tanto²¹. A resposta de Protágoras é acachapante:

“Zeus, então, inquieto, não fosse a nossa espécie desaparecer de todo, ordenou a Hermes que levasse aos homens respeito e justiça, para que houvesse na cidade ordem e laços que suscitassem a amizade. Hermes perguntou a Zeus de que modo haveria de dar aos homens justiça e respeito: «Distribuo-os do mesmo modo que, no início, foram distribuídas as outras capacidades? As outras ficaram assim repartidas: um médico é suficiente para muitos leigos e o mesmo acontece com os outros especialistas. Atribuo, também, justiça e respeito aos homens deste modo, ou distribuo-os por todos?» «Por todos – respondeu Zeus – e que todos partilhem desses predicados, porque não haverá cidades, se somente uns poucos partilharem deles, como o fazem dos outros. Estabelece, pois, em meu nome, uma lei que extermine, como se se tratasse de uma peste para a cidade, todo aquele que não for capaz de partilhar de respeito e de justiça.» Deste modo e por este motivo, Sócrates, quer os outros povos quer os Atenienses, quando o discurso é na área da arte da carpintaria ou de outra qualquer especialidade, consideram que só a alguns compete uma opinião. E se alguém, fora desses poucos, se pronuncia, não aceitam, tal como tu dizes – e com muita razão, repito eu –; porém, quando procuram uma opinião a propósito da arte de gerir a cidade, em que é preciso proceder com toda a justiça e sensatez, com razão a aceitam de qualquer homem, pois a qualquer um pertence partilhar efetivamente desta arte ou não haverá cidades. Neste facto reside, Sócrates, a razão do que perguntas”²².

Por meio desse mito, Protágoras queria mostrar que a Democracia deve necessariamente partir de uma imagem “otimista” do ser humano, segundo a qual os cidadãos são capazes de refletir e decidir adequadamente sobre questões políticas²³. Ora, se é certo, como ensinava Protágoras, que a Democracia repousa sobre a confiança na capacidade deliberativa de cada cidadão, então toda

²¹ Platão, *Protágoras*, 319 abcd.

²² Platão, *Protágoras*, 322 cde, 323 a.

²³ Nesse exato sentido, Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., 1962, p. 14.

tentativa de criminalizar a livre circulação de ideias – mesmo aquelas falsas ou distorcidas – compromete diretamente esse pressuposto antropológico fundamental. Com efeito, a criminalização das chamadas *fake news* parte da premissa de que o cidadão seria incapaz de discernir por si mesmo entre a verdade e a mentira, razão pela qual necessitaria ser tutelado pelo Estado quanto ao conteúdo da informação a que pode ou não ter acesso. Tal concepção revela-se frontalmente incompatível com o ideal Democrático, porquanto encerra uma visão “pessimista” do ser humano – como ser intelectualmente passivo, vulnerável e amplamente suscetível a manipulações. Em suma: criminalizar a criação e divulgação de *fake news* equivale, no fundo, a solapar os próprios fundamentos da Democracia que se pretende proteger.

É por meio da exposição, do contraditório e da crítica aberta que ideias falsas são superadas e que se alcança o progresso intelectual - não através do Direito Penal. Trata-se, em última análise, da vetusta doutrina introduzida por John Milton no século XVII²⁴ e posteriormente desenvolvida por John Stuart Mill no século XIX, segundo a qual a verdade só pode emergir quando posta à prova em um “marketplace of ideas”²⁵. No plano jurídico, essa concepção foi consagrada pelo *Justice* Oliver Wendell Holmes em seu célebre voto dissidente no caso *Abrams v. United States*. Nele, pode-se ler o seguinte: “The best test of truth is the power of thought to get itself accepted in the competition of the market”²⁶. Nessa mesma linha, em 1945, no caso *Thomas v. Collins*, a Suprema Corte asseverou que as disposições constitucionais não visam salvaguardar a verdade objetiva, mas sim garantir que cada cidadão possa ser “his own watchman for truth, because the forefathers did not trust any government to

²⁴ Milton, *Areopagitica*, 1644, em especial, p. 58.

²⁵ Stuart Mill, *On Liberty*, 1869, em especial, p. 60.

²⁶ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 630 (1919).

separate the true from the false for us”²⁷. E em 1964, no caso *New York Times Co. v. Sullivan*, a Suprema Corte Americana proferiu uma das decisões mais importantes sobre o tema, ao proclamar que a Primeira Emenda não “recognize an exception for any test of truth”²⁸. Finalmente, em 2012, no caso *United States v. Alvarez*, a Suprema Corte reiterou o entendimento segundo o qual a falsidade ainda se encontra protegida pela Primeira Emenda²⁹.

Passemos agora à análise de outros trechos da exordial acusatória:

“Os denunciados se utilizaram especialmente da estrutura da Polícia Rodoviária Federal (PRF), sob o comando do denunciado SILVINEI VASQUES, para **obstruir o funcionamento do sistema eleitoral e minar os valores democráticos**, dificultando a participação de eleitores que se presumiam contrários ao então Presidente” (p. 78 da denúncia).

“Está clara a **tentativa deliberada de minar o sistema democrático pelo uso da força inerente à estrutura policial do Estado**, mediante **ações de embaraço e intimidação de eleitores**. Está nítido que os denunciados pelo episódio anuíram à entrada na organização golpista e atuaram para a consecução do seu **propósito de desprezar o sistema democrático eleitoral e assegurar a permanência de JAIR BOLSONARO à frente do governo**, mesmo que em contrariedade à ordem constitucional” (p. 91 da denúncia).

No trecho em destaque, há a imputação dos crimes de tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito e de tentativa de golpe de Estado. Aqui, ao contrário do que se verifica em outras passagens da denúncia, seria possível vislumbrar, em tese, a ocorrência de “violência ou grave ameaça” em sentido técnico-jurídico. Com efeito, se comprovados, os bloqueios hipoteticamente realizados pela Polícia Rodoviária Federal configurariam o uso

²⁷ *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 545 (1945).

²⁸ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 271 (1964).

²⁹ *United States v. Alvarez*, 567 U. S. 709 (2012).

de força física contra pessoa ou grupo de pessoas. Entretanto, ainda assim, como se demonstrará, não há que se falar na configuração dos crimes em questão.

Inicie-se a análise pelo crime de tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito. Para além da exigência do emprego de violência ou grave ameaça, o crime tipificado no artigo 359-L do Código Penal requer, para a sua configuração, o impedimento ou restrição ao exercício **dos Poderes Constitucionais**. O emprego do plural pelo legislador deixa claro que não basta que um dos Poderes seja afetado. Fosse essa a sua vontade (*voluntas legislatoris*), teria adotado a expressão “**qualquer dos Poderes**”, tal como havia feito no artigo 18 da antiga Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), cuja redação era a seguinte: “Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de **qualquer dos Poderes** da União ou dos Estados”. Em síntese: o tipo penal ora em comento exige para a sua configuração o impedimento ou restrição ao exercício dos três Poderes Constitucionais – Executivo, Legislativo e Judiciário (artigo 2º da Constituição Federal). Ocorre que, naquela ocasião, não foi isso que se verificou: mesmo que os fatos narrados na denúncia sejam comprovados, o que se admite apenas para argumentar, não é possível falar-se na restrição ao funcionamento de qualquer dos Poderes Constitucionais. Senão vejamos.

Não há nada na exordial acusatória que aponte para uma restrição ao funcionamento do **Poder Executivo**. Muito pelo contrário, segundo a própria denúncia os atos narrados teriam por finalidade a manutenção do seu então chefe, o ex-Presidente JAIR MESSIAS BOLSONARO. Da mesma forma, não há qualquer referência a atos voltados contra o **Congresso Nacional** ou suas **atividades legislativas**. Em relação ao **Poder Judiciário**, é preciso um pouco mais de cautela. Poder-se-ia argumentar que a Polícia Rodoviária Federal, ao

supostamente bloquear estradas, teria restringido o funcionamento do processo eleitoral, cuja fiscalização, por óbvio, cabe à Justiça Eleitoral (Poder Judiciário). Entretanto, é importante observar que a denúncia não descreve qualquer conduta voltada contra **juízes, tribunais** ou mesmo **suas decisões**, mas apenas **ações policiais** que teriam dificultado o acesso de eleitores às urnas. Tratar-se-ia, portanto, de uma interferência apenas **indireta e reflexa** no Poder Judiciário, insuficiente, a meu ver, para a caracterização de uma **restrição real** ao seu funcionamento. Seja como for, a possível restrição ao funcionamento de um único Poder, qual seja, o Judiciário, não seria suficiente para a configuração do crime tipificado no artigo 359-L do Código Penal.

No que se refere ao crime de tentativa de golpe de Estado, recorde-se que o art. 359-M do Código Penal somente pune a tentativa de deposição de “governo legitimamente constituído”, não havendo, portanto, a previsão da tentativa de **autogolpe**³⁰. Assim, é condição indispensável para a subsunção da conduta à norma que o governo a ser deposto já tenha efetivamente tomado posse no cargo, o que, por óbvio, não era o caso. Ainda que se admitisse, apenas para fins de argumentação, a veracidade das condutas atribuídas ao ex-Presidente da República, JAIR MESSIAS BOLSONARO, e outros, **elas evidenciam uma tentativa de prolongamento do seu próprio mandato, e não uma tentativa de deposição de outro governo constituído, razão pela qual não há que se falar na configuração do crime tipificado no art. 359-M do Código Penal.**

Prossiga-se com a análise da exordial acusatória. Na sequência, o Ministério Público Federal narra o seguinte:

³⁰ No mesmo sentido, Miranda/Vianna, *O Crime de Golpe de Estado no Direito Comparado e no Brasil*, in: *Revista de Estudos Criminais* 89, 2023, p. 67.

“O documento aludia ao art. 142 da Constituição e traçava estratégias muito similares às encontradas na ‘Operação Luneta’, ao prever ofensivas contra o Supremo Tribunal Federal, a assinatura de Decreto Presidencial e o controle da narrativa midiática. **O plano também previa ações claramente voltadas à restrição de exercício das instituições democráticas, como ‘Anulação das eleições’, ‘Prorrogação dos mandatos’, ‘Substituição de todo TSE’ e ‘Preparação de novas eleições’**” (p. 135).

“Dentro do tópico ‘Linhas de esforço’, o arquivo propunha ações de ‘interrupção do processo de transição’, ‘mobilização de juristas e formadores de opinião’ e ‘enquadramento jurídico do decreto 142 (AGU e MJ)’, deixando evidente o escopo do grupo de depor o governo legitimamente eleito e permanecer no poder de forma autoritária. Esse objetivo chegou a ser declarado de forma expressa ao final do documento: ‘Lula não sobe a rampa’” (p. 135-136).

“As previsões de intervenção na sede do Tribunal Superior Eleitoral e a criação da ‘Comissão de Regularidade Eleitoral’ coincidiam com o planejamento traçado no arquivo ‘**Desenho Op Luneta**’. O arquivo propunha justamente a investigação e a emissão de relatório sobre o processo eleitoral de 2022, para que, então, fosse decretada a prisão das autoridades consideradas como responsáveis pelas supostas irregularidades” (p. 201).

“A versão de Decreto apresentada no dia 14.12.2022 preservava, portanto, os pontos que os denunciados consideravam ser a sustentação jurídica para a adoção de medidas mais gravosas, **como a prisão de autoridades públicas e a anulação das eleições, com o conseqüente impedimento de o Governo eleito assumir as suas competências**” (p. 201).

No trecho em destaque, o Ministério Público Federal aponta como supostos indícios dos crimes de tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito e de tentativa de golpe de Estado pretensas minutas de Decretos Presidenciais, que, em tese, previam uma série de medidas voltadas contra as instituições democráticas e o governo eleito. Cumpre observar, contudo, que tais escritos foram **encontrados em pastas, arquivos digitais ou dispositivos móveis**, não tendo sido revelados ao público. A mera elaboração de minuta de Decreto Presidencial não pode ser considerada, em hipótese alguma, ato executório de

crimes que exigem, para a sua configuração, o emprego de violência ou grave ameaça.

Note-se que, embora a denúncia faça alusão à existência de um suposto plano de ação voltado à prisão do Presidente do Senado e de Ministros do Supremo Tribunal Federal, não há que se falar, no caso, em intimidação ou constrangimento, **uma vez que os escritos não vieram a lume e, por conseguinte, não chegaram ao conhecimento daquelas autoridades** – senão, insista-se, em momento posterior, por força de sua apreensão. Na pior das hipóteses, tem-se aí **atos meramente preparatórios** dos delitos de tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito e de tentativa de golpe de Estado, juridicamente irrelevantes, portanto.

Chega-se, finalmente, ao *punctum dolens* da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal: os acontecimentos de 08 de janeiro de 2023. A respeito de tais fatos, o *Parquet* afirma o seguinte:

“Em 8.1.2023, o grupo de apoiadores de JAIR MESSIAS BOLSONARO, munido de artefatos de destruição, avançou sobre a Praça dos Três Poderes em marcha organizada. Ao incentivo de palavras de ordem, o grupo invadiu o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, o Palácio do Planalto e o Supremo Tribunal Federal, depredando o patrimônio público, com o objetivo final de impor um regime de governo alternativo, produto da deposição daquele legitimamente eleito, e provocando, com violência, a destruição do Estado Democrático de Direito.

As ações delituosas não se esgotaram nos danos às instalações do Supremo Tribunal Federal, do Congresso Nacional e do Palácio do Planalto. A pretensão do grupo criminoso integrado pelo denunciado era a de abalar o exercício dos Poderes, mediante a prática reiterada de delitos, até que se pudesse consolidar o regime de exceção.

[...]

O grupo que invadiu o Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal e o Palácio do Planalto causou destruição, inutilização e deterioração de patrimônio da União, **com violência a pessoas e grave ameaça**, emprego de substância inflamável, gerando prejuízo considerável para a União. Móveis e instalações funcionais dos prédios públicos dos três Poderes foram assanhadamente destruídos.

Violências e graves ameaças físicas foram praticadas contra policiais e jornalistas que se encontravam na Praça dos Três Poderes. Os militantes logo se dividiram em grupos e se direcionaram, com o mesmo objetivo destrutivo, aos edifícios-sedes do Congresso Nacional, do Supremo Tribunal Federal e da Presidência da República. O prejuízo global causado pelo grupo criminoso foi avaliado em (i) R\$ 3.500.000,00, no Senado Federal; (ii) R\$ 2.717.868,08, na Câmara dos Deputados; (iii) mais de R\$ 9.000.000,00 apenas com obras de arte no Palácio do Planalto; e (iv) R\$ 11.413.654,84 no Supremo Tribunal Federal, excluídos dessas contas os bens de valor inestimável” (pp. 250 a 252).

No excerto da denúncia em destaque são imputados ao ex-Presidente da República e outros os crimes de tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito e de tentativa de golpe de Estado. Uma primeira observação se impõe: é evidente que a atribuição de tais crimes ao ex-Presidente da República pressuporia, necessariamente, a existência de elementos mínimos que demonstrassem a sua **participação** nos eventos ocorridos no dia 08 de janeiro de 2023 – algo que não existe ou que, pelo menos, encontra-se envolto em densa névoa na peça inaugural do Ministério Público Federal.

Feita essa observação preliminar, prossiga-se com a análise do trecho em tela. Cumpre destacar, mais uma vez, a impropriedade conceitual que permeia toda a denúncia: insista-se, danos causados ao patrimônio público **não se amoldam à noção jurídica de violência exigida pelos artigos 359-L e 359-M do Código Penal.**

No que diz respeito às condutas perpetradas pelos manifestantes contra policiais e jornalistas que se encontravam na Praça dos Três Poderes, aí sim não há que se negar a configuração de violência ou grave ameaça (em sentido técnico-jurídico). Tal fato, entretanto, não deve conduzir-nos, *sic et simpliciter*, à conclusão de que estariam configurados os crimes tipificados nos artigos 359-L e 359-M do Código Penal. Isso porque ainda é preciso verificar se a violência e a grave ameaça praticadas mostravam-se **idôneas, isto é, objetivamente aptas** para a consecução daquelas finalidades³¹. Em outros termos, trata-se de aplicar ao caso a teoria da imputação objetiva³². O próximo ponto do parecer se destina, justamente, à análise dessa questão.

IV. Da aplicação da teoria da imputação objetiva aos acontecimentos do dia 08 de janeiro de 2023.

É comum dizê-lo, mas convém não esquecer: em um Estado Democrático de Direito, a restrição à liberdade do cidadão somente se justifica na medida do estritamente necessário. Nesse contexto, o Direito Penal assume a função de proibir condutas para a proteção de bens jurídicos. Ora, se o Direito

³¹ Batista/Borges, *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*, p. 87. Na doutrina estrangeira cf. as observações de Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, § 29/17 e ss.; Silva Sánchez, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 1.131 e ss.; Canestrari/Cornacchia/De Simone, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, p. 684.

³² Sobre a teoria da imputação objetiva, consultem-se os seguintes *loci classici*: Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 7/29 e ss.; Roxin/Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, § 11/1 e ss.; Roxin, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 123 e ss.; Puppe, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 5ª ed., 2023, § 1/1 e ss.; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988; Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981; Rudolphi, in: Rudolphi/Horn/Günther/Samson (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8ª ed., 2005, Vor § 1/1 e ss.; Koriath, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994; Hardwig, *Die Zurechnung: Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957; Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1970; Honig, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in: Hegler (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank*, Tomo I, 1930, p. 174 e ss.; Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, § 10/49 e ss.; Reyes Alvarado, *Imputación Objetiva*, 2ª ed., 1996; Greco, *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*, 2005.

Penal de um Estado Democrático de Direito só pode legitimamente proibir condutas para a proteção de bens jurídicos, então somente será possível proibir aquelas condutas que, ao menos, representem uma ameaça à sua integridade, isto é, condutas que se revelem perigosas³³.

Aí radica o fundamento político-constitucional da necessidade de se examinar se as condutas perpetradas pelos manifestantes no dia 08 de janeiro de 2023 possuíam ou não idoneidade para ameaçar o Estado Democrático de Direito e o governo constituído. Considerando que os delitos de empreendimento tipificados nos artigos 359-L e 359-M do Código Penal assemelham-se estruturalmente a delitos de perigo concreto³⁴, impõe-se a análise da idoneidade da conduta sob duas perspectivas: a) *ex ante* e b) *ex post*³⁵.

a) Em primeiro lugar, é preciso indagar se um homem médio, dotado tanto de conhecimentos gerais quanto dos conhecimentos específicos do autor, situado no momento da prática da conduta (perspectiva *ex ante*), a reputaria idônea ou não para ameaçar o Estado Democrático de Direito e o governo eleito. A semelhança dessas considerações com o critério da prognose póstuma objetiva utilizado pela teoria da adequação salta aos olhos. Tal teoria passou por sucessivos aprimoramentos ao longo de décadas. Seu idealizador, o lógico e médico de Freiburg Johannes von Kries, em uma linha claramente subjetivista,

³³ Cf. Greco, *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*, pp. 22 e ss.

³⁴ Batista/Borges, *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*, p. 89, classificam o delito de tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito como delito de perigo concreto.

³⁵ Tenha-se em mente as seguintes observações de Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, § 29/17, que, *mutatis mutandis*, aplicam-se também aos delitos de empreendimento ou de atentado: “[...] a tentativa idônea é uma quase-realização do tipo penal e um fato típico de perigo *sui generis*, que se assemelha a um delito de perigo concreto e que, por conseguinte, soma-se às formas de delito reconhecidas. Isso corresponde ao fato de que tanto a tentativa idônea quanto a tentativa colocação em perigo constituem etapas do caminho até a consumação. A tentativa inidônea perigosa, por sua vez, assemelha-se a um delito de perigo abstrato, já que, em uma apreciação *ex ante*, a realização da conduta típica aparecerá como seriamente possível [...] Da mesma forma, na teoria da imputação objetiva (que configura a tipicidade) somente há lugar para a tentativa perigosa, que cria um risco não permitido, algo que não ocorre com a tentativa não perigosa”.

propunha que, no juízo de adequação, fossem consideradas apenas as condições conhecidas *ex ante* pelo autor³⁶. Essa concepção foi duramente criticada por implicar, segundo seus detratores, uma confusão entre os conceitos de causalidade e culpabilidade³⁷. A ela seguiu-se a concepção do antigo professor de Direito Romano em Tübingen, Max Rümelin, para quem o juízo de adequação deveria ser objetivo e ter por base uma dimensão temporal *ex post*³⁸. Essa construção, entretanto, mostra-se inadmissível, porquanto conduz a resultados absurdos, como se pode constatar com o seguinte exemplo: A apunhala o braço de B - sem saber que se trata de um hemofílico -, que vem a falecer horas depois. Se adotarmos aqui o critério proposto por Rümelin, teríamos que afirmar a responsabilidade de A pelo resultado, ainda que ele desconhecesse a condição física de B, pois, sob a perspectiva *ex post*, sua ação (apunhalar o braço de um hemofílico) seria adequada à produção da morte desse indivíduo³⁹. Com o intuito de superar os inconvenientes de ambas as propostas – a subjetiva *ex ante* de von Kries e a objetiva *ex post* de Rümelin –, Ludwig Traeger elaborou uma fórmula *ex ante* de caráter objetivo-subjetivo, ainda hoje aceita: deve-se partir de todas as condições que, no momento da ação, fossem conhecidas ou cognoscíveis por um homem médio, acrescidas daquelas que efetivamente sejam conhecidas pelo sujeito concreto da situação⁴⁰. Essa teoria é admitida hoje como um dos critérios de imputação objetiva⁴¹.

³⁶ von Kries, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 9, 1889, pp. 528 e ss.

³⁷ Nesse sentido, von Liszt/Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26ª ed., 1932, p. 169; Traeger, *Der Kausalbegriff im Straf – und Zivilrecht*, 1929 [orig. 1904], p. 134.

³⁸ Rümelin, *Der Zufall im Recht*, 1896, p. 48.

³⁹ Em sentido crítico, cf. Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, p. 30.

⁴⁰ Traeger, *Der Kausalbegriff*, p. 159.

⁴¹ Por todos, Roxin/Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, § 11/42. Desde os primórdios, já reconheciam que a teoria da adequação consubstanciava uma teoria da imputação e não da causalidade, von Kries, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit*, p. 533; Mezger, *Strafrecht*, 3ª ed., 1949, p. 122.

Pois bem, retome-se a pergunta formulada no parágrafo anterior: um homem médio, dotado de conhecimentos gerais e dos conhecimentos específicos do(s) autor(es), situado *ex ante*, consideraria as condutas perpetradas pelos manifestantes como idôneas para ameaçar o Estado Democrático de Direito e o governo eleito? Ora, um homem médio, conhecedor das regras gerais da experiência e da forma com que os eventos regularmente se desenvolvem, saberia perfeitamente que, na contemporaneidade, revoluções não são feitas com paus, pedras, estilingues e - sem qualquer ironia - batom, mas sim com armas de fogo, comandos militares e ocupações estratégicas de centros de poder (*id quod plerumque accidit*). Ademais, teria plena consciência de que a Democracia brasileira atingiu um nível de maturidade e estabilidade institucional tal que não poderia ver-se ameaçada por acontecimentos dessa natureza. Por tudo isso, certamente interpretaria as condutas praticadas pelos manifestantes como uma espécie de aventura – produto de um desvario coletivo ou alucinação social -, sem capacidade de gerar qualquer risco para o Estado Democrático de Direito e para o governo constituído.

A rigor, a análise poderia ser concluída neste ponto, com o reconhecimento da atipicidade das condutas descritas, dada sua manifesta inidoneidade, sob a perspectiva *ex ante*, para colocar em risco o Estado Democrático de Direito e o governo eleito. Não obstante a conclusão já delineada – e apenas por apreço ao debate –, impõe-se ainda o exame da hipótese aventada na exordial acusatória, segundo a qual os manifestantes teriam acreditado que as Forças Armadas se sentiriam compelidas a aderir ao movimento por eles deflagrado. Nessa linha de raciocínio, poder-se-ia formular a seguinte indagação: um homem médio, dotado de conhecimentos gerais e da informação específica acerca de uma possível adesão militar ao movimento, reputaria, sob a ótica *ex ante*, que as condutas perpetradas pelos manifestantes representariam um risco – ainda que embrionário – ao Estado Democrático de Direito e ao governo

constituído? Talvez, dir-se-ia. Ainda assim, como se demonstrará no parágrafo seguinte, a apreciação dos fatos sob a perspectiva *ex post* revela a ausência de qualquer risco **concreto** ou **efetivo** à integridade do regime democrático e do governo eleito.

b) Com efeito, após os eventos do dia 08 de janeiro de 2023 (perspectiva *ex post*), veio à lume a informação de que, na verdade, as Forças Armadas, como um todo, jamais aderiram ou mesmo apoiaram qualquer movimento que tivesse por meta abolir o Estado Democrático de Direito ou depor o governo eleito. Isso demonstra, cabalmente, que os manifestantes do 08 de janeiro de 2023 **nunca dispuseram de qualquer capacidade militar. Sua atuação se deu de forma descoordenada, caótica, por meio de depredações e invasões sem plano estratégico minimamente articulado, o que evidencia a inaptidão dos seus atos para gerar qualquer risco real ou concreto para o Estado Democrático de Direito e para o governo constituído.**

V. Conclusão

Sob qualquer ângulo que se analise a questão, a conclusão permanece inalterada: é juridicamente insustentável a subsunção dos fatos examinados aos tipos penais de tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito (art. 359-L do Código Penal) e de tentativa de golpe de Estado (art. 359-M do Código Penal). Assim o demonstra inequivocamente a dogmática penal, enquanto Ciência da distinção entre Direito e poder⁴².

⁴² Greco, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht*, 2015, p. 116; Roxin/Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, § 7/85j.

É o parecer.

Brasília, 14 de maio de 2025.



Prof. Dr. José Carlos Porciúncula

Doutor em Direito Penal pela Universidade de Barcelona (Espanha), com período de pesquisa doutoral na Universidade de Bonn (Alemanha), na condição de bolsista do DAAD (*Deutscher Akademischer Austauschdienst*). Ganhador do Prêmio Extraordinário de Doutorado, concedido pela Comissão da Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona, em razão da autoria da tese *“Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal”* (Atelier, 2014). Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais do IDP-Brasília. Professor de Direito Penal da Universidade Católica da Colômbia. Autor de publicações em alemão, espanhol, inglês e português. Palestrante em diversos eventos na América Latina, Europa e Estados Unidos.