

[O CASO]

DPM0216 - Teoria Geral do Direito Penal II

Professora Titular Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

Seminário 2. Antijuridicidade II.

Em 8 de junho de 2013, a Autoridade Policial do 78º Distrito Policial de São Paulo instaurou inquérito policial a fim de apurar suposta ocorrência dos crimes de dano e incêndio no contexto de manifestações populares em razão do aumento do valor das passagens de transporte público no período.

Nos termos da portaria, bem como das notícias de jornal e *posts* de redes sociais cuja juntada foi determinada pelo Delegado de Polícia, em 5 de junho de 2013, o Movimento Catraca Livre (MCL) teria convocado a população da cidade de São Paulo por meio do Facebook para uma manifestação de rua marcada para o dia 7 daquele mês contra o aumento.

No transcorrer do protesto, contudo, indivíduos vestindo trajes da cor preta e máscaras teriam “iniciado tumultos”, “destruindo vidros de agência bancária localizada na Avenida Brigadeiro Luis Antonio, na altura da Rua Batataes e de uma concessionária de automóveis, localizada na Rua Estados Unidos” e “ateando fogo em quatro ônibus da SPTRANS sem passageiros”. Ainda nos termos da portaria de instauração, haveria notícia de dano ao patrimônio artístico, na medida em que teria sido constatada na mesma ocasião a danificação com furos e rachaduras e a pichação do Monumento às Bandeiras, de autoria do artista plástico Victor Brecheret.

O Delegado determinou, então, (i) a juntada de autos de prisão em flagrante, que indicam que 7 (sete) pessoas teriam sido detidas por policiais militares em razão dos mencionados danos e, com elas, teriam sido apreendidas marretas, latas de *spray* de tinta, vinagre, fósforos, querosene e celulares; (ii) a tomada de depoimento de tais indivíduos; (iii) a expedição de ofício à agência bancária e à concessionária de automóveis para remessa de gravações de câmeras de segurança no momento dos fatos; e (iv) expedição de ofício ao Batalhão de Polícia Militar responsável por acompanhar a manifestação e realizar as prisões para depoimento.

Em oitava, os três policiais militares informaram que foram designados para acompanhar o trajeto da manifestação; que “nesses protestos do MCL sempre tem

ocorrência e não são comunicados com antecedência ao governo”; e que “os indivíduos detidos estavam mascarados quebrando tudo”.

Os investigados, por sua vez, em depoimento perante a Autoridade Policial, permaneceram em silêncio.

As gravações das câmeras de segurança, por sua vez, foram juntadas aos autos do inquérito em mídia e mostraram 7 (sete) indivíduos dando marretadas no vidro da agência bancária às 20h03 e, às 20h15, no vidro da concessionária. As imagens mostram também dois indivíduos iniciando incêndio dentro da loja, que foi interrompido pelo sistema de detecção de fumaça.

Laudos periciais foram, também, trazidos aos autos, indicando (i) a ocorrência de fraturas e manchas no Monumento, feito de granito, pedra porosa de difícil recuperação; (ii) a destruição das fachadas da agência bancária e concessionária de automóveis; e (iii) a perda total dos ônibus por carbonização.

Encerrada a investigação, o Ministério Público ofereceu denúncia contra os 7 (sete) indivíduos pelos crimes previstos nos artigos 163, 165 e 250 do Código Penal.

Em interrogatório, os acusados confirmaram que atearam fogo nos ônibus, danificaram com marretadas a agência bancária e a loja de automóveis e picharam as inscrições “ESTADO GENOCIDA” no Monumento às Bandeiras, além de tê-lo atacado com golpes de marreta.

Todos os réus declararam, ainda, de forma uníssona, que são adeptos à tática black bloc e que realizam os atos como uma forma de protesto contra o sistema, pois, para eles, “a real violência é a que emana do Estado”. Declararam ainda que se conhecem apenas superficialmente e, pois, “não acreditam nas formas tradicionais de organização política”, mas sim na “ação espontânea”.

À luz dos elementos expostos, elabore alegações finais orais e memoriais escritos para Acusação e Defesa.

[MEMORIAL DE ACUSAÇÃO 1]

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL, MEDICINA FORENSE E
CRIMINOLOGIA**

MEMORIAL – ACUSAÇÃO

São Paulo

2020

1. DOS FATOS

Segundo a Autoridade Policial, em 8 de junho de 2013, durante os protestos do Movimento Catraca Livre (MCL) – em São Paulo/SP – contra o aumento do valor das passagens de transporte público, sete indivíduos mascarados e com trajes pretos foram detidos após uma série de tumultos por eles causados, culminando na destruição das vidraças de uma agência bancária na Avenida Brigadeiro Luis Antonio e de uma concessionária de automóveis na Rua Estados Unidos – fato reafirmado pelas gravações das câmeras de segurança do local –, além do incêndio causado intencionalmente em quatro ônibus da SPTRANS – sem passageiro algum – e da danificação do Monumento às Bandeiras nos arredores do Parque do Ibirapuera.

Ademais, de acordo com o constatado pela Polícia Militar, os indivíduos, no ato da prisão em flagrante, portavam marretas, latas de *spray* de tinta, vinagre, fósforos, querosene e celulares; e, após tomados os depoimentos, os réus confirmaram ter realizado os atos anteriormente descritos, reiterando serem adeptos à prática *black bloc*, tática oriunda da Alemanha nos anos 1980 de inclinação eminentemente anarquista que objetiva lutar contra o sistema vigente, o *establishment* e suas instituições, sobretudo as de cunho corporativo.

2. DO DIREITO

2.1 DA IDENTIFICAÇÃO DA CONDUTA TÍPICA E ANTIJURÍDICA

Em primeiro lugar, faz-se necessária a análise da conduta dos réus como nos moldes formais da tipicidade em seus parâmetros objetivos. No entanto, vale ressaltar, antes de tudo, o pertinente entendimento de Zaffaroni¹ sobre a questão dos protestos:

El orden jurídico parte del reconocimiento de la dignidad de la persona y de la libertad de expresión que le es inherente. De poco valdría reconocer al ser humano su dignidad de persona, como ente dotado de conciencia, si no se le permite expresar su libertad de conciencia. Para ello se le reconoce el derecho a unirse con quienes comparten sus posiciones y a expresarlas públicamente. Existe, pues, una base general de libertad a la cual se sustraen sólo unas pocas conductas, previamente identificadas en las leyes penales mediante los tipos legales que, en caso de no estar amparadas por ningún permiso especial (causa de justificación) constituyen injustos o ilícitos penales. La protesta que se mantiene dentro de los cauces institucionales no es más que el ejercicio regular de los derechos constitucionales e internacionales y, por ende, nunca pueden ser materia de los tipos penales, es decir, que no es concebible su prohibición penal. En estos supuestos queda excluida la primera categoría específicamente penal de la

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal y protesta social. In BERTONI, Eduardo Andres (compilador). **¿Es legítima la criminalización de la protesta social?**: Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010, p. 6.

teoría estratificada del delito, esto es, la misma tipicidad de la conducta.
(ZAFFARONI, 2010)

Destarte, é notável que os protestos, em si, não são típicos, sendo, na verdade, reflexo de um dos fundamentos que estruturam um Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa humana, elencada no inciso III do art. 1º de nossa Constituição Cidadã.

Por consequência, dentro do atual parâmetro axiológico, decorrente da Constituição Federal de 1988 e, portanto, um parâmetro valorativo de acordo com as bases estruturantes de um Estado Democrático de Direito, nota-se no texto constitucional uma série de direitos fundamentais e outros instrumentos jurídicos que refletem numa maior catalogação de sujeições contra o Poder Público do que prerrogativas a favor desse. Em suma, compete ao Estado, seguindo o entendimento de Juarez Tavares², assegurar o direito subjetivo de escolha do sujeito de realizar as respectivas condutas. Assim, patente se revela a obrigação estatal em garantir uma série de Direitos Fundamentais, dentre os quais o de liberdade de expressão já evidente no art. 5º, IV e XVI do texto constitucional.

Resultante disso, é por óbvio que a manifestação programada pelo Movimento Catraca Livre (MCL) é um movimento que, por si, deve ser protegido pelo Poder Público, visto que sua garantia é o próprio reflexo de uma sociedade terminantemente democrática. Todavia, deve-se reiterar que as condutas individuais que perturbam o espírito do protesto devem sim, quando típicas, antijurídicas e culpáveis, ser passíveis de punição.

Outrossim, no tocante ao caso em si, a presente denúncia não diz respeito ao fato de os réus integrarem o movimento *black bloc*. Acatar a uma perspectiva punitiva focalizada no autor é regredir àquilo que o Brasil fora em outros tempos, isto é, um regime ditatorial, cujas principais – e mais nefastas - características pemearam a perseguição dos tidos inimigos políticos, os opositores ao *status quo* ditatorial vigente. Logo, o que está sendo denunciado faz referência, ao fato de que as respectivas condutas individuais dos investigados foram excessivas em demasia e, portanto, desproporcionais. Trata-se, enfim, de Direito Penal do Fato, baseado concretamente nos atos individuais tomados pelos agentes, não um Direito Penal do Autor, estruturado por valorações apriorísticas – e, quiçá, até mesmo políticas – sobre os réus.

Contudo, mesmo iluminados como tais, estas garantias individuais não são dotadas de caráter absoluto, ou seja, podem - e devem - ser limitados quando vão de encontro aos interesses da coletividade. Neste compêndio, o que se examina aqui são as atitudes isoladas dos réus no

² TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 347.

ato organizado pelo MCL - de maneira mais restrita, aqueles adeptos aos ideais *black blocs* - em oposição ao aumento das passagens do transporte público paulistano. Consoante a isso, o que se destaca é (i) a destruição das vidraças de uma agência bancária; (ii) a depredação de uma concessionária de automóveis; (iii) a queima de quatro ônibus da SPTRANS; e (iv) danos ao Monumento às Bandeiras.

Em outras palavras, o que se objetiva arguir é a vínculo de congruência entre as respectivas condutas dos réus e os tipos penais positivados na Legislação Penal. Isto posto, é mister afirmar uma nítida coerência entre as ocorrências relatadas e a descrição normativa, uma identidade formal entre fato e ofensa ao bem jurídico impreterivelmente protegido pelo texto legal.

De maneira detalhada, as hipóteses (i) e (ii) se enquadram nos parâmetros do art. 163 do Código Penal, tendo havido evidente dano ao bem jurídico intencionalmente guardado pela lei, o patrimônio privado privado; em (iii) há familiaridade com os moldes do art. 250 da mesma legislação, a proteção do patrimônio alheio contra incêndios intencionais; e em (iv) o art. 165 e a proteção ao patrimônio histórico-cultural.

Tida a observância explícita entre o comportamento em análise e o pressuposto de fato contido na normas anteriormente expostas, materializando as bases do Princípio da Legalidade como garantia individual consagrada no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Como já bem instituiu Mayer, nem todo comportamento típico é necessariamente antijurídico. Aquele atua como indiciário deste – originalmente autônomo –, o que significa que a antijuridicidade, isto é, sua permissividade além da pura proibitividade.

Nestas palavras, no que diz respeito ao entendimento de Juarez Cirino dos Santos³, a antijuridicidade se exprime pelo tipo de injusto, a contradição entre a ação - ou omissão - humana e as prescrições do ordenamento jurídico. Eis o ponto relativo às infrações aqui dispostas: vão de encontro aos preceitos proibitivos do ordenamento que protegem bens jurídicos específicos, a propriedade privada e o patrimônio público, o que reafirma a conduta dos réus como, em todos os perigos relatados, como ilícitas.

2.2 DO EXCESSO NO EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE MANIFESTAÇÃO

³ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: Parte Geral. 9. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 231.

Diante dos fundamentos qualificados, parte-se para a ideia de que a conduta praticada pelos réus crentes nos ideais *black blocs* não exclui, em todos os seus aspectos, o paradigma da antijuridicidade, persistindo, portanto, como ilícitas. Deste modo, o que se tem é a inaplicabilidade dos dispositivos de exclusão de ilicitude do art. 23 do Código Penal, sobretudo no seu inciso III – responsável por afastar a conduta como injusta em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

No presente caso se insere na discussão o segundo pressuposto: o exercício regular de um direito. Trata-se da liberdade de expressão e de reunião de matriz constitucional já trazidos. Como já se viu, em hipótese alguma tais institutos são tipificados no sistema normativo penal, mas é interessante notar que, havendo excessos no seu exercício pleno, estes – e não o direito de se manifestar –, já tipificados, é que devem passar – e ser retidos – pelo filtro da antijuridicidade. Nas palavras do Informe Anual da Relatoria para Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos⁴:

Sólo si la conducta de los manifestantes es legal pero es razonable pensar que va a causar violencia al interferir con los derechos o libertades de otros, entonces los agentes pueden tomar medidas para prevenirlas, siempre y cuando dicha conducta instigue o provoque violencia, no bastando un mero desorden. Además, como ha expresado la Corte Europea, “una manifestación puede causar molestias o ofender a aquellas personas que se oponen a las ideas o reclamos que la manifestación intenta promover (OEA, 2005).

Sem embargo, o exercício regular de um Direito pode ser compreendido de modo a justificar as ações dos cidadãos comuns definidas como direitos a serem postos em prática de modo regular⁵ – com temperança no sentido mais aristotélico possível da palavra – pelo seu titular. Com base nisso, a irregularidade, o excesso, a intemperança se faz clara na consubstanciação dos atos praticados pelos réus já em uma situação específica: o incenêndio dos quatro ônibus.

Os ideais *black blocs*, em sua essência, trazem como princípio a luta contra o sistema, o *status quo* global, capitalista e corporativo. Seu objetivos giram em torno, assim, de atingir os bens do capital, não os indivíduos que compõem a massa oprimida. Eis a contradição na práxis:

⁴ OEA. **Informe Anual de la Relatoría Para La Libertad De Expresión 2005**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=662&IID=2>>.

⁵SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: Parte Geral. 9. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 271.

ainda que a SPTRANS, como sociedade de economia mista, represente um amálgama do público – o então denominado “Estado Genocida” – com o privado, a destruição completa dos veículos de transporte coletivo afeta apenas *mediatamente* o Estado e o respectivo interesse privativo-corporativista. Em contrapartida, o mesmo fato impacta *imediatamente* a população, o alvo primevo e reificado pelos anseios das grandes corporações mundiais.

Diferentemente dos demais danos causados e tipificados, a execução piromaniaca se sobressai, e ultrapassa as fronteiras do alinhamento ideológico dos *black blocs*. Quanto aos outros ocorridos, mesmo dentro no seio dos ideários aqui discutidos e imanentes do Princípio da Ofensividade – intrínsecos aos arts. 163 e 165 – lesavam em menor proporção os bens jurídicos normativamente protegidos do que os relevados no art. 250. Aquelas foram evidentemente menos ofensivas ao patrimônio privado do esta foi ao público, cujos desdobramentos atingem diretamente a população que utiliza deste serviço. Por intermédio da atitude dos réus haverá uma eminente precarização do serviço de transporte público oferecido pela SPTRANS, intensivando o dano causado. Isto implica um agravante típico do art. 250, §1º, c, aumentando a pena em um terço daquilo aqui proposto. Frente a tudo isso, é, por fim, notório o caráter antijurídico das condutas típicas realizadas pelos réus.

3. DOS PEDIDOS

Aplicando-se uma soma vetorial dos argumentos anteriormente expostos, nota-se que uma sanção igualitária para todas as respectivas condutas dos réus constitui uma medida desproporcional. Isso porque, seguindo o Princípio da Insignificância e a baixa ofensividade dos feitos sob a égide do Direito Penal Mínimo e dos fundamentos da política criminal, propõe-se aqui a aplicação de um substitutivo pena nos moldes da Justiça Restaurativa. Propõe-se, deste modo, a aplicação dos substitutivos penais nas hipótese (i), (ii) e (iv) na eventual primariedade dos réus, estratégias típicas da política criminal, pois a intvenção judicial causa, em sim, mais danos do que é útil à sociedade.

Ante o exposto, reitera-se o requerimento de:

- a) fixação da pena em 4 anos e 8 meses, na qual se inclui o agravante de $\frac{1}{3}$ na pena oriundo do artigo 250, §1º, II, c;
- b) acolhimento do pedido de substitutivo penal na hipótese dos réus serem primários;

[MEMORIAL DE ACUSAÇÃO 2]

MEMORIAL OFERECIDO PELA ACUSAÇÃO AOS EXCELENTÍSSIMOS DOUTORES DO EGRÉGIO TRIBUNAL DO JÚRI

DOS FATOS

Em 7 de junho de 2013, 7 (sete) pessoas foram presas em flagrante por policiais militares. Os detidos teriam iniciado tumultos, destruído vidros de uma agência bancária (20h03) localizada na Avenida Brigadeiro Luís Antônio (altura da Rua Batataes) e de uma concessionária de automóveis (20h15), localizada na Rua Estados Unidos, também são acusados de atear fogo em quatro ônibus vazios da SPTrans. Por fim, haveria notícia de dano ao patrimônio artístico com a pichação e depredação do Monumento às Bandeiras, de autoria do artista plástico Victor Brecheret.

Segundo a polícia, os indivíduos portavam marretas, latas de spray de tinta, vinagre, fósforos, querosene e celulares. Em interrogatório, os acusados confirmaram que atearam fogo nos ônibus, danificaram com marretadas a agência bancária e a loja de automóveis e picharam as inscrições “ESTADO GENOCIDA” no Monumento às Bandeiras, além de tê-lo atacado com golpes de marreta. Afirmaram, também, que se conheciam apenas superficialmente e que são adeptos à tática *black bloc*, acrescentando que realizaram os atos como uma forma de protesto contra o sistema, pois, para eles, “a real violência é a que emana do Estado”.

Nos autos constam gravações das câmeras de segurança dos locais depredados que confirmam as versões dos réus. Foi colhido, também, depoimento das autoridades policiais, que além de reforçar as versões, acrescentaram que os detidos trajavam preto e estavam mascarados.

Laudos periciais acrescidos aos autos, indicam: (i) a ocorrência de fraturas e manchas no Monumento, feito de granito, pedra porosa de difícil reparação; (ii) a destruição das fachadas da agência bancária e concessionária de automóveis; e (iii) a perda total dos ônibus por carbonização.

Por fim, o excelentíssimo Ministério Público indiciou os sete indivíduos pelos crimes previstos nos artigos 163, 165 e 250 do Código Penal.

DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Observada a confissão de autoria dos crimes, fica incontroversa, portanto, a materialidade delitiva. Passar-se-á, em seguida, para a análise do cometimento dos crimes de acordo com os planos do delito. Primeiramente, com um exame de tipicidade objetiva relativo a cada um dos três tipos denunciados (dano, dano a coisa de valor histórico e incêndio) de modo a, na sequência, partir-se para um juízo de tipicidade subjetiva e de antijuridicidade.

1. Do crime de dano (artigo 163 do Código Penal)

A conduta dos 7 (sete) acusados enquadra-se, dentro de um primeiro filtro da tipicidade objetiva, no crime de dano. Isso se justifica pelo fato de, como ensina Delmanto, a figura conter “três núcleos alternativos: destruir (eliminar, extinguir), inutilizar (tornar inútil, imprestável) ou deteriorar (arruinar, estragar)”.

No caso em questão, houve crime de dano pois ocorreu a deterioração de patrimônio privado em dois momentos: primeiramente, com a quebra dos vidros de uma agência bancária, localizada no cruzamento entre a Rua Batataes e a Avenida Brigadeiro Luís Antônio e, em seguida, com a danificação da fachada de uma concessionária de veículos na Rua Estados Unidos, algumas quadras abaixo de onde foi cometido o primeiro delito.

Portanto, como as coisas (os imóveis) são alheias e houve evidente perda de valor de ambas - vide a importância das fachadas tanto para a proteção dos estabelecimentos quanto para a atração de consumidores, especialmente no caso da concessionária -, depreende-se que houve crime de dano, conforme estabelece o artigo 163 do Código Penal.

Quanto à exigência de dolo no cometimento do delito, tem-se a seguinte construção jurisprudencial:

Dano (CP, 163) - o crime de dano não exige ânimo de prejudicar (TACrSP, RJDTACr 21/114). Basta dolo genérico (TACrSP, RJDTACr 1/80).

Logo, é evidente que, mesmo que não tenham tido a intenção de prejudicar em específico os bens lesados, a imputação do crime de dano ocorre da mesma forma, visto que, consoante os depoimentos, havia dolo genérico por parte dos criminosos.

2. Do crime de dano em coisa de valor histórico (artigo 165 do Código Penal)

Assim como no simples crime de dano, este tipo penal também pode ser implicado pela destruição, inutilização ou deterioração da coisa. Todavia, pelo fato de o bem jurídico ser tombado, como é o caso do Monumento às Bandeiras, compreende-se, aqui, uma diferença, aplicando-se as penalidades específicas do artigo 165 do Código Penal.

Conforme averiguado por laudo pericial, o Monumento às Bandeiras estava fraturado em diversos pontos, devido a repetidas marteladas, e manchado por pichações (com os dizeres “Estado genocida”). Pelo fato de a obra de Victor Brecheret ser constituída sobretudo de granito, que é pedra de caráter poroso, a recuperação é difícil e dispendiosa. O contato do granito com qualquer tipo de substância ácida pode trazer ao material danos irreparáveis, e a reparação do material fraturado também é, logicamente, laboriosa.

Nesse sentido, dada a constatação do aspecto químico da constituição do Monumento, bem como a intenção clara dos sujeitos de danificarem coisa de valor histórico, tanto ao Estado de São Paulo quanto ao Brasil, identificando-se como uma obra artística de valor inestimável, conclui-se pela imputação do crime aos 7 (sete) acusados.

3. Do crime de incêndio (artigo 250 do Código Penal)

O crime de incêndio consiste na provocação de combustão que ocasiona risco a pessoas ou coisas, consoante a conceituação de Delmanto. No caso em questão, por terem ateado fogo a quatro ônibus da SPTrans, os manifestantes pertencentes ao grupo dos “black blocs” deram efetivamente causa ao incêndio, conforme averiguado em sua confissão, e por meio dele expuseram a risco patrimônio de outrem - no caso, de sociedade de economia mista controlada pelo Município de São Paulo. Logo, constitui-se como crime de autoria conjunta dos 7 (sete) acusados o incêndio, em sua modalidade comissiva, vez que, como afirmar-se-á abaixo, houve dolo direto no cometimento do crime, com clara e manifesta intenção de destruir os ônibus.

A ausência de vítima não evita a imputação de tal delito aos criminoso, conforme dispõe-se jurisprudencialmente:

Incêndio (CP, 250) - ausência de vítima no local - “É irrelevante à caracterização do crime de incêndio, subsistindo o delito mesmo quando somente o patrimônio alheio é exposto a perigo concreto e efetivo, que é requisito para a sua tipificação” (TJSP, RT 815/565).

4. Da tipicidade subjetiva

Sob o crivo da tipicidade subjetiva, os réus carecem de qualquer atenção ao dever objetivo de cuidado, uma vez que agiram com dolo direto, com a intenção explícita de lesar bens jurídicos de patrimônio tanto público quanto privado - especialmente no que tange aos ônibus, visto que a própria manifestação havia sido ensejada pelo aumento das passagens de R\$ 3,00 para R\$ 3,20. Esse dolo direto é justificado pelo pleno conhecimento, por parte dos agentes, quanto aos elementos sancionados pelos tipos penais acima expostos (elemento cognitivo), bem como pela plena vontade de ofensa aos bens jurídicos protegidos (elemento volitivo).

Tal intenção dolosa, por parte dos agentes, é corroborada pelos instrumentos destrutivos encontrados em sua posse, como marretas e querosene, que, somados ao uso de máscaras, demonstram que houve claro planejamento e animus de destruição patrimonial e dificuldade de identificação pelos policiais no local.

5. Da antijuridicidade

Primeiramente, para que seja feito um juízo de antijuridicidade, é essencial descartar algumas das hipóteses de exclusão de ilicitude. Os réus não agiram em legítima defesa porque não há agressão injusta, pois como define Fernando Capez, “Agressão é toda conduta humana que ataca um bem jurídico. Só as pessoas humanas praticam, portanto, agressões”. No caso, os acusados não se encontravam diante de tal situação - alegaram que agiram com violência “contra o Estado”, e não contra uma constrição advinda de outra pessoa física. Também não há, evidentemente, estado de necessidade (visto que este exige pelo menos dois bens jurídicos postos em perigo dentro das condutas analisadas, o que não se verifica no caso) ou estrito cumprimento de dever legal. A discussão maior diz respeito à hipótese do exercício regular de direito.

É preciso, desde logo, deixar claro que, no caso, não se pode entender os atos praticados pelos réus como decorrentes de exercício regular de direito. Apesar de o direito de se manifestar ter previsão incontroversa no Art. 5º XVI da CF (“todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”), destaca-se que a conduta típica dos réus ultrapassa de forma manifesta e indubitável os limites inerentes ao próprio direito constitucional. A manifestação precisa ser pacífica, além de necessitar se ater aos “limites do necessário e moderado” em relação aos fins a que se pretende, para poder ser considerada como legítima.

Atear fogo em ônibus é uma afronta diametral a esses limites, excede qualquer pacificidade do protesto, além de ser um ato absolutamente desnecessário, desmoderado, e até mesmo ineficaz, acrescentaríamos, em relação aos fins pretendidos pelo protesto. As manifestações de junho de 2013 tinham o objetivo principal de, além de protestar contra o aumento da passagem de ônibus e metrô, demonstrar a imensa insatisfação social perante o Estado, à corrupção da administração, e ao descaso social. Atear fogo em ônibus, de fato, é algo que causa choque, porém causa também repulsa, de modo que além de ser amplamente desproporcional em relação aos meios utilizados, configurando abuso de direito já nessa primeira análise, desvirtua o próprio protesto, de forma a configurar tal ato como algo inexoravelmente contrário ao direito.

Em relação às danificações a propriedades particulares, como fachadas de estabelecimentos, e ao patrimônio artístico, como nas pichações no monumento das bandeiras, aplica-se a mesma lógica. Deve-se entendê-las como abusos incontroversos do direito de manifestação, uma vez que se mostram desnecessárias e não moderadas, ao se utilizarem de meios não essenciais e extremamente prejudiciais a direitos particulares e públicos para realizar um ato (manifestar-se) que poderia muito bem (e de modo tão ou mais eficiente) ser realizado de forma menos gravosa, principalmente em um contexto de insurgência social generalizada como nas jornadas de junho de 2013, dispensando qualquer necessidade de se praticar atos violentos e contrários ao direito como forma de conferir visibilidade aos interesses pelos quais se protestava.

DOS PEDIDOS

A acusação vem à juízo, por meio do Ministério Público, pleitear a condenação de todos os 7 (sete) réus envolvidos no caso, com a devida aplicação das penalidades previstas pelos artigos 163, 165 e 250 do Código Penal.

Pede e espera deferimento.

[MEMORIAL DE DEFESA 1]

SEMINÁRIO 1: ANTIJURIDICIDADE II

I. DOS FATOS

Trata-se de denúncia apresentada pelo Ministério Público em desfavor de 7 (sete) indivíduos pelos delitos previstos nos artigos 163, 165 e 250 do Código Penal. Os réus são acusados de causar danos materiais a uma concessionária e a uma agência bancária, pela destruição de seus vidros e de suas fachadas, de causar incêndio proposital a ônibus e de danificar o Monumento das Bandeiras, em São Paulo. As ações ocorreram em 7 de junho de 2013, durante manifestação popular convocada pelo Movimento Catraca Livre (MCL) contra o aumento do valor das passagens de transporte público.

Além dos autos do inquérito policial, imagens de câmeras de segurança também mostram sete indivíduos, com os rostos cobertos por máscaras e vestidos de preto, realizando as condutas supracitadas. Segundo relatos, eles teriam “iniciado tumultos” no decorrer do protesto e estariam armados de marretas e *spray* de tinta. Ainda, no interrogatório, os réus admitiram a autoria dos fatos denunciados, mas enfatizaram que a tática black bloc é forma de protesto contra a violência estatal.

II. DO DIREITO

1. Do excludente de ilicitude

O exercício regular do direito pode ser conceituado como sendo causa de exclusão da antijuridicidade, nos termos do artigo 23, inciso III, do Código Penal vigente. Portanto, aquele que age acobertado por essa causa de justificação, não terá realizado ato que configure um delito.

Tendo por base a descrição dos fatos, é evidente o excludente de ilicitude, uma vez que os réus tão somente exerceram seus direitos à liberdade de expressão e reunião, assegurados constitucionalmente no artigo 5º, incisos IV e XVI, respectivamente. É essencial que a interpretação das normas não seja feita de forma mecânica e puramente gramatical, e sim sistematicamente, tendo por base o Estado Democrático de Direito.

Faz-se necessário, portanto, analisar o contexto concernente aos atos praticados pelos sete indivíduos. As manifestações em questão ocorreram no ano de 2013, em razão do aumento do valor das passagens de transporte público no período, estando inseridas em uma onda histórica de protestos com grande relevância política e social. Tal quadro por si só exige uma abordagem particularizada, devendo ser considerados os deveres do Estado em conferir a seus cidadãos condições mínimas de existência digna e atendimento de suas necessidades básicas, cumprindo o prescrito pelos direitos fundamentais.

Ademais, urge ressaltar outro aspecto pertinente à situação, que consiste na possibilidade de os integrantes de um regime democrático expressarem livremente suas ideias, a possibilidade de reivindicar seus direitos e questionar as decisões proferidas por seus representantes. Desse modo, é possível identificar o entendimento, por parte dos cidadãos, de que ocorrera uma omissão estatal no cumprimento de seus deveres, concomitantemente com a faculdade de exercício da soberania popular, mediante atos reivindicatórios.

Nesse sentido, os réus, usufruindo de seus direitos constitucionalmente estabelecidos, agiram conforme o exercício regular de direito: objetivavam, incontestavelmente, a defesa dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, bem como a garantia da dignidade da pessoa humana, assegurada pelo artigo 1º, inciso III. Para assim concluir, deve-se reconhecer o transporte como direito social primordial e como requisito ao exercício de uma vasta gama de direitos, sendo condição para o acesso à educação, ao lazer e ao trabalho, entre outros.

É neste contexto que as condutas, consideradas como “vandalismo”, devem ser avaliadas. Primeiramente, os danos à concessionária, à agência bancária e ao ônibus significaram a expressão do descontentamento geral para com o modo de tratamento dado pelo Estado a esses direitos negligenciados. A destruição limitou-se aos vidros, ao material: uma maneira de salientar a revolta diante do sistema. Os ativistas, pertencentes ao grupo Black Bloc, têm como intuito a promoção de uma intervenção direta aos mecanismos de opressão, o que não pode ser feito, segundo eles, por meio de um protesto político sem as chamadas “ações diretas”.

Segundamente, as inscrições no Monumento das Bandeiras, reconhecido como patrimônio cultural, buscam, na mesma direção, ressaltar uma ideologia. Nessa perspectiva, o ato seria uma resposta política, considerando que a própria existência da estátua e o ideal por ela exaltado constituem elementos essencialmente políticos. Cabe destacar, na atualidade, os

diversos movimentos em escala global pela retirada de determinados monumentos históricos dos espaços públicos, como por exemplo a derrubada da estátua de Edward Colston em Bristol, Inglaterra.

Reduzir a conduta dos réus a atos isolados, abusivos ou violentos, é afrontar injustamente a garantia de liberdade de reunião e liberdade de expressão. É uma ação retrógrada que nega os próprios direitos de oposição ao Estado, conquistados com luta ainda na primeira geração dos direitos humanos. Criminalizar suas condutas é uma forma de desrespeitar o Estado Democrático de Direito, por ser forma de censurar a busca pela efetivação de direitos basilares.

Por conseguinte, os protestos em questão espelham a possibilidade de participação na tomada de decisões que os cidadãos possuem frente ao Estado, como também a expressão de eventual reprovação dos governados acerca das decisões que dizem respeito à sua existência. Sobre as liberdades de manifestação e reunião, dispostas na Carta Magna, esclarece o professor Juarez Tavares:

A norma constitucional tem aplicação mais ampla do que se possa extrair de sua literalidade. [...] De vez que a Constituição autoriza a manifestação, a demonstração de inconformismo com as políticas públicas é inerente ao exercício desse direito, o qual, para ser eficiente não pode prescindir de meios às vezes extravagantes. O direito de reunião pública é, na verdade, um direito ao protesto, perfeitamente válido no Estado Democrático de Direito.¹

Nesse sentido, de acordo com o autor, o direito de reunião não deve ser limitado apenas a aglomeração em assembleia ao ar livre; o âmbito de proteção dessa norma não se exaure na permissão de “convescotes ou cirandas”. Assim, incluem-se no direito de reunião diferentes formas de manifestação, que inevitavelmente trazem inconvenientes, como, por exemplo, o bloqueio de ruas e impedimento de circulação.

Tavares ainda enfatiza o poder das manifestações em chamar a atenção para as pautas defendidas pelos grupos, pois “a prática dessas ações corresponde à necessidade de que, com essas manifestações, se produza um choque na inércia dos poderes públicos, capaz de levá-los a realizar aquilo que a ordem jurídica lhes reserva como deveres políticos.”²

Expostas as opiniões de Tavares, é possível inferir que, no contexto efervescente de questionamento da capacidade estatal de arcar com a responsabilidade sobre os direitos fundamentais, a tomada violenta praticada pelos réus passa a ser uma ação simbólica. É importante ressaltar que nenhum outro cidadão foi ferido, uma vez que o principal objetivo

¹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 349.

² *Ibidem*, p. 351.

dos réus eram chamar a atenção para a temática tratada e reiterar o descaso estatal em relação ao tópico. Foram empregadas táticas simbólicas de violência, com o intuito de promover uma maior visibilidade para as reivindicações.

2. Da necessidade de medidas alternativas

Tendo em vista a adoção do Direito Penal brasileiro pelas teorias ecléticas da pena — quais sejam: aquelas que conciliam os fins da prevenção geral e especial com a exigência de retribuição do delito — entende-se que a aplicação da pena, além de um caráter simbólico de exemplificação social das punições para as contravenções previstas pelo direito brasileiro (função de prevenção geral), carrega também a função retributiva contra o agressor (função de prevenção especial), bem como de reintegrá-lo socialmente (função de prevenção especial positiva).

Para Claus Roxin, a pena encontra sua justificação no delito praticado e na necessidade de evitar a ocorrência de novos delitos. A conduta puramente pecaminosa ou imoral, portanto, não corresponde à lesividade que pode legitimar a intervenção penal — direito penal como *ultima ratio*.

A pena não é a finalidade, e sim critério limitativo, devendo ser adequada, justa e proporcional conforme o ato praticado e a culpabilidade do autor, com o escopo de restaurá-lo. Entretanto, vide que no caso apresentado a atuação dos réus corresponde a uma forma de manifestação política, a ideia de restauração torna-se, portanto, difusa: qual é a característica dos réus que se pretende de fato restaurar dentro das garantias de livre pensamento e liberdade de expressão asseguradas pelo Estado Democrático de Direito? Não é clara, também, qual a função simbólica que se pretende manifestar com o uso do direito penal nesse caso: os atos praticados pelo grupo não carregam meras expressões de vandalismo, mas são especificamente direcionados a entidades responsabilizadas pela insatisfação política que se estende por todos aqueles presentes na manifestação do dia 7 de junho. Caracterizar-se-ia, portanto, uma punição (de caráter preventivo geral) que visa restringir toda a qualidade de uma orientação política. Como supracitado, o direito penal não pode se prestar ao papel de punir atos que sejam meramente reprováveis moral ou ideologicamente.

As penas privativas de liberdade, para Cezar Roberto Bittencourt, são mais adequadas aos sujeitos que cometeram efetivamente crimes mais gravosos, ou seja, indivíduos considerados como de difícil recuperação — a ressocialização deve acontecer dentro do complexo penitenciário. Vide, entretanto, a discrepância entre os reais recursos das empresas

afetadas e os danos causados pelos réus, além da garantia, por parte dos réus, de que seus atos não gerassem risco à vida de nenhum sujeito (os ônibus, bem como a agência bancária, estavam vazios): a pena privativa de liberdade, nessas circunstâncias, não se mostra proporcional aos atos, que não atentaram à integridade física de quaisquer pessoas presentes no local.

Ora, conforme exposto anteriormente, entende-se que as infrações cometidas possuem menor potencial ofensivo. Quanto a esse mérito, destaca-se a fala de Silva Sanchez:

Agora se a expectativa é frustrada em um caso, então é uma questão de restabelecê-la e isso pode acontecer por meio da penalidade, desde que a expectativa seja aquela de se estabilizar com a pena e não tenha ocorrido uma reestabilização por rotas alternativas.

Em suma, as expectativas incorporadas ao padrão se estabilizam tanto pela própria norma (na medida em que são afirmados como os fundamentos de um dever) e pela imposição da pena, ou pela aparição de qualquer um de seus equivalentes funcionais.³

Percebe-se que há necessidade de recorrer a outros meios de restabelecimento da expectativa frustrada, divergentes da lógica punitiva-retributiva, uma vez que há desproporcionalidade entre a privação da liberdade (institucionalmente violenta) e a danificação patrimonial (inserida, ainda, em um contexto de manifestação política). A fim de resguardar o direito amplamente valorizado na Magna Carta, a liberdade individual, urge-se a aplicação una da esfera cível, à luz da responsabilidade civil subjetiva, nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002.

Destaca-se que, ainda que o caso estenda-se na esfera penal (o que se alega apenas para fins argumentativos), a sentença penal condenatória precisaria ser usada apenas para ratificar o dever de indenizar, uma vez que o Código de Processo Penal disciplina a ação *ex delicto*, que é a ação civil de indenização.

III. DO PEDIDO

Diante do exposto, a defesa, junto aos réus, solicita, respeitosamente, a absolvição na esfera penal, visto que os atos praticados, previstos nos artigos 163, 165 e 250, têm sua ilicitude excluída. Caso o excludente não seja acatado, entende-se a necessidade da realização de uma interpretação atenta à proporcionalidade, uma vez que as condutas foram realizadas em manifestação pela defesa de direitos fundamentais. Nesse caso, subsidiariamente, pede-se substituição por pena restritiva de direitos na modalidade de prestação pecuniária.

³SILVA SANCHEZ, Jesús María. **Normas y acciones en derecho penal**. 1, ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 2003.

[MEMORIAL DE DEFESA 2]

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia
Teoria Geral do Direito Penal II

MEMORIAL DE DEFESA
Seminário 2 — Antijuridicidade II

São Paulo
2020

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA x VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO PAULO

Autos nº x

OS RÉUS, já devidamente qualificados no autos em epígrafe da ação penal que lhes move o MINISTÉRIO PÚBLICO, vêm respeitosamente à presença de Vossa Excelência, nos termos do artigo 403, §3º, do Código de Processo Penal, apresentar suas ALEGAÇÕES FINAIS SOB A FORMA DE MEMORIAIS, o que fazem através dos seguintes fundamentos de fato e de direito:

I - DOS FATOS

Os réus estão sendo processados porque, na data de 7 de junho de 2013, teriam supostamente provocado dano e incêndio a patrimônios particulares e público, nos termos dos artigos 163, 165 e 250 do Código Penal, na ocasião de manifestações populares convocadas pelo Movimento Catraca Livre (MCL) contra o aumento do valor das passagens de transporte público na cidade de São Paulo.

Consta dos autos do inquérito da Autoridade Policial do 78º Distrito Policial de São Paulo que, durante os protestos, os 7 (sete) acusados trajavam cor preta e máscaras e teriam “iniciado tumultos”, “destruindo vidros de agência bancária localizada na Avenida Brigadeiro Luís Antônio, na altura na Rua Batataes e de uma concessionária de automóveis, localizada na Rua Estados Unidos” e “ateando fogo em quatro ônibus da SPTRANS sem passageiros”. Narra, ainda, a ocorrência de dano ao patrimônio artístico pela constatação de furos, rachaduras e pichação no Monumento às Bandeiras.

Os acusados foram detidos em flagrante, e com eles foram apreendidas marretas, latas de *spray* de tinta, vinagre, fósforos, querosene e celulares. Ademais, gravações do momento dos fatos pelas câmaras de segurança da agência bancária e da concessionária danificadas registraram 7 (sete) indivíduos dando marretadas na fachada de vidro da agência às 20h03 e na fachada da concessionária às 20h15, além de dois indivíduos iniciando incêndio dentro dessa loja, que foi contido pelo sistema de detecção de fumaça do local.

Em interrogatório, os réus confirmaram que atearam fogo aos ônibus, que danificaram a agência bancária e a concessionária e que atacaram e picharam as inscrições “ESTADO GENOCIDA” no Monumento às Bandeiras. Declararam que são adeptos à tática de *Black bloc* e que entendem seus atos como forma de protesto contra o sistema, explicando que “a real violência é a que emana do Estado”. Afirmaram acreditar na “ação espontânea”, e não nas “formas tradicionais de organização política”.

II - DO DIREITO

1.1. Tipicidade

O Ministério Público apresentou denúncia contra os réus nos termos dos artigos 163, 165 e 250 do Código Penal, cuja redação considera crime:

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Art. 165 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:
Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.

A análise da tipicidade deve-se fazer a partir da correspondência da conduta dos réus com a violação de norma proibitiva. Em relação ao tipo penal de dano (art. 163), os fatos induzem ao entendimento da conduta dos réus como típica, uma vez que causaram deterioração de ônibus, patrimônio cultural e fachada de banco e concessionária. A deterioração do Monumento às Bandeiras também enseja conduta típica em relação ao crime de dano a coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico (art. 165). Finalmente, os acusados atuaram tipicamente ao atear fogo em quatro ônibus da SPTRANS sem passageiros (art. 250).

1.2. Antijuridicidade

A partir da análise dos elementos do delito, tem-se que a tipicidade de um comportamento é indiciária de sua antijuridicidade. No entanto, nem todo comportamento típico é antijurídico, já que ele pode estar compreendido dentro de uma das condições permitidas pelo direito. O professor Juarez Tavares¹ aponta a necessidade de conciliar a ideia da indiciabilidade com o princípio constitucional de presunção de inocência. Sendo assim, deve-se sempre partir do pressuposto que se está diante de uma conduta jurídica que apenas excepcionalmente interessa ao Direito Penal — em conformidade com seu caráter fragmentário e subsidiário.

Ao analisar a categoria da antijuridicidade, verifica-se, portanto, que o fato típico foi realizado em uma das condições permitidas pelo direito. Pelo Código Penal, tem-se que:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
I) em estado de necessidade;
II) em legítima defesa;
III) em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

No caso em questão, interessa a hipótese do inciso III, de exercício regular de direito. Entende o professor Juarez Cirino dos Santos que “o exercício regular de direito justifica ações do cidadão comum definidas como direito e exercidas de modo regular pelo titular”². Como será demonstrado a seguir, a conduta imputada aos acusados — ainda que possa ser considerada repreensível no âmbito da moral ou dos bons costumes — não interessa ao Direito Penal porquanto presente o elemento de justificação excludente da antijuridicidade, visto que foi realizada com base nos direitos constitucionais de manifestação³ (inc. V, art. 5º da CF) e de reunião⁴ (inc. XVI, art. 5º da CF).

¹TAVARES, Juarez. Fundamentos da teoria do delito. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 318

²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 255.

³Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. V - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

⁴Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

2.2.1. Exercício pleno de direito: direito de reunião

O exercício pleno de direito de reunião é pilar fundamental do Estado Democrático de Direito. Esta garantia constitucional prevista na Constituição Federal dispõe que:

Art. 5º, inc. XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

A norma, de acordo com o Ministro Marco Aurélio, em voto de ADI nº 1.969-4⁵ - DF, é “autoaplicável, independente de regulamentação”, e Sua Excelência ainda reitera que “É desnecessária autorização, apenas limitando-se quando já prevista, para o mesmo local, outra reunião. Sob o ângulo da atuação administrativa, considerado até mesmo o poder de polícia, apenas previu-se a necessidade de comunicação do intuito de realizar-se reunião”. Nesse sentido, as restrições ao exercício de reunião estão previstas no próprio dispositivo e o seu cerceamento viola também o intimamente relacionado direito à liberdade de expressão do pensamento (inc. V, art. 5º). Segundo o ministro, é pressuposto básico de um Estado Democrático “a certeza, em nenhuma instância refutável, de que ao povo é assegurado ampla e irrestritamente o direito de manifestação”⁶. Dada a extrema importância desse direito, é basilar o dever do Estado em proteger seu pleno exercício.

Nesse sentido, temos trecho do advogado estadunidense Abe Fortas sobre a Primeira Emenda⁷:

[...] assim o cidadão tem protegido pela Constituição o direito de crítica, mesmo que descomedida; de protesto, mesmo que violento; de trazer outros para sua causa e, em conjunto, reunir-se pacificamente. O Estado deve não só respeitar estes direitos, como se abster de punir o seu exercício.

O mesmo ministro, em voto proferido na ADPF 187, sintetiza a compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca do direito de reunião e sua centralidade em um Estado Democrático de Direito:

[...] É por isso que esta Suprema Corte sempre teve a nítida percepção de que há, entre as liberdades clássicas de reunião e de manifestação do pensamento, de um lado, e o direito de participação dos cidadãos na vida política do Estado, de outro, um claro vínculo relacional, de tal modo que passam eles a compor um núcleo complexo e indissociável de liberdades e de prerrogativas político-jurídicas, o que significa que o desrespeito ao direito de reunião, por parte do Estado e de seus agentes, traduz, na concreção desse gesto de arbítrio, inquestionável transgressão às demais liberdades cujo exercício possa supor.⁸

Assim, a partir da análise da constitucionalidade do exercício, tem-se a verificação da extensão deste direito e a licitude dos meios empregados, que, segundo Juarez Tavares, merecem interpretação extensiva, dada a dinâmica do Estado Democrático de Direito:

A norma constitucional tem aplicação mais ampla do que se possa extrair de sua literalidade. Incluem-se também neste direito de reunião todas as formas de manifestação, que podem implicar movimentos, distribuição de folhetos, uso de faixas e vestimentas especiais, máscaras, bloqueio de estradas, ruas e outras vias de comunicação. De vez que a Constituição autoriza a

⁵ADI Nº 1.969-4, DF, p. 11.

⁶ADI Nº 1.969-4, DF, p. 15 e 16.

⁷FORTAS, Abe. “Concerning Dissent and Civil Disobedience”. Hardcover, 1968, p. 20.

⁸ADPF-187, Voto Min. Celso de Mello, p. 14.

manifestação, a demonstração de inconformismo com as políticas públicas é inerente ao exercício desse direito, o qual, para ser eficiente, não pode prescindir de meios às vezes extravagantes. O direito de reunião pública é, na verdade, um direito ao protesto **válido no Estado Democrático de Direito** [...] ⁹.

2.2.2. Função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito

Faz-se de enorme contribuição analisar o papel do próprio Direito Penal no Estado Democrático a partir do Princípio de Intervenção Mínima e de Proteção dos Interesses sociais, especialmente em relação ao direito de manifestação de minorias. Traçando um sucinto histórico da teoria das normas deste ramo legal, salta aos olhos o debate se o conceito de norma (completa) implicava, junto à dimensão de valoração, uma dimensão de determinação de conduta. Para alguns, tal dimensão de determinação não era consubstancial à norma, que se limitava em fixar uma ordem objetiva de condutas (o Direito), cuja transgressão constituía a antijuridicidade da ação — essa dimensão, entretanto, aparecia, mas somente na relação de norma já "completa" para com um determinado grupo de sujeitos. Já para parte da doutrina, a dimensão de determinação era consubstancial à norma, uma vez que carecia de sentido uma norma sem destinatários. Assim, só quem "se encontrava em condições de entrar em contato com a norma" poderia transgredi-la — no início, essa ideia levou à junção dos elementos de antijuridicidade e de culpabilidade. ¹⁰

A norma como diretiva de conduta que se dirige ao cidadão enquanto delinquente em potencial ou enquanto sujeito interessado prioritariamente na liberdade de ação, caracteriza a norma como mandado de proibição ¹¹. A apresentação deste panorama permite extrair uma conclusão essencial acerca da análise da teoria do delito: a de que o conteúdo da norma serve como motivador social, a fim de convencer a sociedade a aceitá-la. Ou seja, convencê-la a agir ou não agir, conforme as prescrições do dispositivo legal. Transplantando isto ao caso concreto, observa-se que a norma penal imputada aos réus é referente às hipóteses de dano deliberado a patrimônio alheio ou público, não abrangendo dano eventual em manifestação. Como já ressaltado, os sete indivíduos aqui defendidos não exerciam nada além de seu direito de manifestação constitucionalmente garantido, afastando a denúncia pelo Ministério Público, ou ao menos lançando luz à incongruência entre as condutas praticada pelos réus e as previstas nos dispositivos penais apresentados.

Ainda assim, ante todo o exposto, pode ser que permaneçam dúvidas quanto à finalidade dos réus em atuar no protesto por meio de violência. Destarte, faz-se de suma importância destacar a subjetividade do conceito de violência. É preciso contextualizá-la, entender as motivações por trás de cada gesto. Com isto em mente, a eficácia de uma manifestação, é dizer, o seu potencial de realizar mudanças sociais, reside em saber articular bem formas de ações consideradas pacíficas e não pacíficas, pois quem detém o poder político só cede a uma reivindicação por temer a possibilidade de perder o aparato de controle. Nesse sentido, o movimento *Black bloc* representa uma reação contra a brutalidade do Estado, e a repressão estatal contra o grupo contribui para sustentar a repressão policial, para legitimar a adoção da violência como arma política.

⁹ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1. ed. Florianópolis Tirant lo Blanch, 2018, p. 392

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Normas y Acciones en Derecho Penal, p. 15 e ss.

¹¹ *Op. cit.*, p. 26 e ss.

Ressalta-se também os ensinamentos do autor Ronald Dworkin¹² sobre desobediência civil, cujo exercício entende como direito. A desobediência civil possui função social de favorecer o desenvolvimento do direito, testado pela experiência do contraditório proporcionada pela reação dos cidadãos. Diante de fatos que envolvam esta hipótese, o governo deve proteger esses dissidentes e amenizar sua situação desfavorável. Semelhante entendimento propõe o professor Roberto Gargarella¹³ ao tratar da posição do direito frente às formas de protesto social, para quem o judiciário tem um importante dever de contribuição protetiva às minorias, de forma mesmo a minimizar as dissidências sociais conflituosas.

A desobediência civil proporcionada no caso concreto é instrumental, estratégica e ativa, possui um objetivo geral de crítica, de não aceitação de regra, lei ou decisão imposta que não faça sentido, a fim de não se curvar a quem as impõe, seja a contestação desenvolvida de forma violenta ou não. As pessoas que realizam desobediência com base em política violam a lei por acreditarem e exporem suas convicções, agindo segundo as melhores motivações, diferentemente daqueles que o fazem por motivos fúteis. A sociedade perde ao punir esses dissidentes, que em geral tratam-se de cidadãos respeitadores da lei, cujo ato de desobedecer implica um questionamento de preceitos fundamentais a sociedade. Justamente por implicar evolução do sistema e dos direitos fundamentais, a sua punição não é justificada. Dworkin sugere, portanto, que os Tribunais imponham penas mínimas, suspensão dos efeitos da sentença ou absolvam.

Ademais, ao buscar uma condenação dos indivíduos envolvidos nas condutas julgadas neste caso, natural que se indague qual seria o interesse subjacente do *Parquet*. Por que a cruzada para impor as falhas mensagem de motivação almejadas pela norma? Seu objetivo muito aparenta consistir na pura e simples criminalização de movimentos sociais, na qualidade de agente cuja vontade é a multiplicação da repressão contra tais movimentos. Ora, nada mais útil do que naturalizar a violência se for este o caso: o Estado, ao elegê-la como principal método de luta contra o aparato repressivo, acaba por legitimá-la. Seria possível até inferir que se estaria diante de outra aplicação da metáfora do ovo e da serpente: a criminalização e combate violento aos *Black blocs* poderia muito bem acarretar no lento, porém contínuo envenenamento da percepção social sobre os demais movimentos sociais, ensejando um aumento de repressão no trato pelo poder público.

A dúvida sobre qual a finalidade dos réus em atuar nos protestos por meio de violência emerge, portanto, cristalina. E, se há dúvida, ela tem de sempre favorecer a situação daqueles que se encontram na posição de réu, como enuncia o notório princípio *in dubio pro reo*.

III - DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, requer-se a **absolvição** total de todos os 7 (sete) réus e a **rejeição** da denúncia ofertada, nos termos dos artigos 163, 165 e 250 do Código Penal, contra os mesmos, por nítida falta de justa causa para o exercício da ação penal.

¹² CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra. O Direito Social à Desobediência Civil: uma análise a partir da teoria de Ronald Dworkin. Revista Jurídica & Paz. ISSN 2359-5035. São Paulo, SP. 2017, p. 75.

¹³ GARGARELLA, Roberto. El derecho frente a la protesta social. Revista de la Facultad de Derecho de México, v. 58, n. 250, 2008, p. 184

[SENTENÇA CONDENATÓRIA 1]

Teoria Geral do Direito Penal II | Seminário 2. Antijuridicidade II



Dos fatos:

Trata-se de suposta ocorrência de crimes de dano e incêndio no contexto de manifestações populares em razão do aumento do valor das passagens de transporte público.

Tais crimes supostamente foram cometidos por indivíduos vestindo trajes de cor preta e máscaras, os quais teriam “iniciado tumultos”, “destruindo vidros de uma agência bancária e de uma concessionária de automóveis”, “ateando fogo em quatro ônibus da SPTRANS sem passageiros” e, além disso, dano ao patrimônio artístico Monumento às Bandeiras.

O Delegado, dessa forma, determinou (i) a juntada de prisão em flagrante, que indicam que 7 (sete) pessoas teriam sido detidas por policiais militares em razão dos mencionados danos e, com elas, teriam sido apreendidas marretas, latas de *spray* de tinta, vinagre, fósforos, querosene e celulares; (ii) a tomada de depoimentos de tais indivíduos; (iii) a expedição de ofício à agência bancária e à concessionária de automóveis para remessa de gravações de câmeras de segurança no momento dos fatos; e (iv) expedição de ofício ao Batalhão de Polícia Militar responsável por acompanhar a manifestação e realizar as prisões para depoimento.

As gravações remessadas pela agência bancária e pela concessionária mostram 7 (sete) indivíduos dando marretadas no vidro da agência bancária às 20h03 e, às 20:15, no vidro da concessionária.

Laudos periciais foram também trazidos aos autos indicando (i) a ocorrência de fraturas e manchas no Monumento, feito de granito, pedra porosa de difícil recuperação; (ii) a destruição das fachadas da agência bancária e concessionária de automóveis; e (iii) a perda total dos ônibus por carbonização.

O Ministério Público, diante dos fatos, ofereceu denúncia contra os 7 (sete) indivíduos pelos crimes previstos nos artigos 163, 165 e 250 do Código Penal.

Os acusados confirmam os fatos e suas consequências, tendo todos se declarado adeptos à tática black block, alegando que, na realidade, para eles, “a real violência é a que emana do Estado”.

Do Direito:

A fim de iniciar a análise dos fatos à luz do Direito, buscar-se-á utilizar, inicialmente, como fundamentos dessa decisão, acontecimentos históricos que tratam dos direitos de

manifestação, protesto e desobediência civil - ainda que, no momento em que tais acontecimentos ocorreram, tais condutas não fossem necessariamente reconhecidas como direitos – como forma de demonstrar que as ações empreendidas pelos 7 (sete) acusados não se compatibilizam com esses direitos, os quais, no entendimento desta decisão, foram utilizados de forma abusiva, ocorrendo, conseqüentemente, a sua desconfiguração e definição como antijurídicos.

O objetivo principal será analisar as condutas realizadas e, tão somente, estas condutas, como forma de a decisão aqui proferida se sustentar por um Direito Penal dos Fatos e não um Direito Penal do Ator, que se atém aos indivíduos acusados.

Como forma de analisar as condutas dos acusados, será, no entanto, imprescindível trazer os fundamentos da ideologia que as permeiam, uma vez que tais fundamentos se configuram como motivação para a realização dessas condutas.

A ideologia presente nas condutas em julgamentos apresenta como ideia basilar a de que o Estado, a todo momento, está a empregar formas de violência contra os indivíduos, logo, a desobediência violenta, seria uma reação legítima em relação à violência estatal, no que concerne à sua estrutura repressiva. Dessa forma, a ideologia que permeia tais condutas entende que, sem reações violentas, o Estado não atentará as garantias e direitos individuais. A história, no entanto, em muito de seus episódios, mostra o contrário.

O maior exemplo disso está na política de não violência empregada pela Índia contra o Império Britânico. Três grandes campanhas anti-britânicas foram lideradas por Mahatma Gandhi, ícone no processo de independência da Índia frente ao Império Britânico. A primeira delas, em 1919, foi a greve geral em vários setores como o de transportes e limpeza. A segunda, entre 1920 e 1922, a resistência pacífica, que apresentou como uma de suas marcas o boicote de produtos ingleses. Por fim, a fase de desobediência civil, empregada entre os anos de 1930 e 1934. O acontecimento mais marcante desse período foi a Marcha do Sal. Ainda que milhares de indianos tenham sido tolhidos de seu direito de liberdade, o que os resultados da política de não violência empregada pela Índia demonstraram foi a promoção de sua independência frente ao Império Britânico, ou seja, a sua autodeterminação como nação. A conclusão, portanto, dessa experiência é de que não necessariamente a garantia de direitos se dará por meio de uma resposta violenta contra a violência institucional.

Um segundo e icônico exemplo de desobediência civil ficou conhecido como “boicote aos ônibus de Montgomery”, movimento que teve como figura central Rosa Louise McCauley, mais conhecida como Rosa Parks. A ativista negra norte-americana, símbolo do movimento dos direitos civis dos negros nos Estados Unidos, ficou famosa por ter recusado frontalmente a ceder o seu lugar em um ônibus para um branco. Tal acontecimento demonstra, novamente, um

processo de desobediência civil realizada de forma pacífica e que culmina na obtenção de direitos e garantias.

Nesse sentido, a partir dos fatos históricos aqui trazidos, o que se quer demonstrar é que os fundamentos da ideologia, que se permeiam nas condutas em análise como justificativas, fazem com que os direitos de manifestação, protesto e desobediência civil ultrapassem seus limites. A ideia de que os direitos só seriam garantidos a partir de uma resposta violenta, ainda mais em um Estado Democrático de Direito, acaba que por promover a ultrapassagem dos limites do exercício dos direitos e garantias constitucionais de manifestação, protesto e desobediência civil.

Reitera-se: não se está querendo punir os acusados pelo fato de serem aderentes do movimento *black block*. O que se quer demonstrar é que os fundamentos ideológicos que permeiam as condutas dos acusados, pautados por uma noção de violência, acabam que por levar o exercício de seus direitos e garantias a consequências que não se encontram amparadas nos limites de exercício desses direitos.

A análise que se faz, portanto, é que as consequências negativas provocadas pelas condutas empregadas pelos acusados se revelam de maneira totalmente desproporcional com os efeitos negativos que o aumento da passagem acarretaria. Se fosse possível levar em consideração, apenas a título de análise, o princípio da proporcionalidade e seus princípios subsidiários no caso concreto, as condutas empregadas pelos acusados já não se verificariam no princípio da adequação, segundo o qual a medida empregada deve ser capaz de atingir seu objetivo. Atear fogo em quatro ônibus, quebrar as vidraças de uma agência bancária e de uma concessionária, e depredar patrimônio histórico e cultural – ainda que tais condutas estejam carregadas de uma carga simbólica – em nada resultaram para a redução da passagem de ônibus. O argumento, portanto, utilizado pela ideologia que permeia tais condutas, de que apenas com o uso da violência o Estado atenderia às necessidades dos indivíduos não se mostra adequado no exercício dos direitos de manifestação, protesto ou desobediência civil. Os exemplos históricos aqui trazidos demonstram isso.

Após essa análise, que se atenta mais à ideologia que permeia tais condutas, entendida como imprescindível, será feita uma análise que se atenta mais ao campo jurídico.

Segundo Juarez Tavares, a “Corte Constitucional da Alemanha conceitua a desobediência civil como um ato de resistência dos cidadãos contra uma decisão estatal relevante, que consideram ilegítima, mediante manifestações e protestos e até mesmo violações de normas legais”. O penalista continua concluindo que “a execução de atos de desobediência

civil deve ser enquadrada como exercício regular de um direito e, portanto, como causa de exclusão da antinormatividade e, pois, da tipicidade”.

A partir do conceito colocado pela Corte Constitucional da Alemanha e da conclusão de Juarez Tavares é possível fazer a seguinte análise em relação ao caso concreto: o aumento do preço das passagens para a utilização de transporte público é sim uma decisão estatal relevante, ainda mais em um cenário no qual milhares de pessoas dependem desse tipo de transporte para irem, principalmente, para seus trabalhos. Sobre a questão da ilegitimidade, esta não parece exigir requisitos técnicos, uma vez que o conceito trazido pelo Tribunal Constitucional Alemão dá entender que a compreensão da decisão estatal como ilegítima dependeria apenas da reação da população em relação a tal decisão. Logo, a simples indignação e revolta poderia, portanto, configurar a decisão como ilegítima. O problema está na última parte do conceito: a desobediência civil como ato de resistência mediante “protestos, manifestações e até mesmo violações de normas legais”. A definição, nessa última parte, é um tanto quanto imprecisa, uma vez que não fica claro quais normas legais podem ou não ser violadas.

Diante dessa imprecisão, como definir, portanto, que normas legais poderiam ser violadas e quais não poderiam ser violadas no exercício do direito de desobediência civil. A interpretação feita nessa decisão tomará como base os dois casos históricos de desobediência civil aqui trazidos. No primeiro, tomando mais especificamente a Marcha do Sal, a norma legal violada foi uma conduta contrária ao monopólio britânico sobre o sal, ou seja, Gandhi, ao tomar um punhado de sal e vendê-lo, se conduziu de maneira contrária à norma que colocava o sal como monopólio do Império Britânico. Outros adeptos de Gandhi realizaram a mesma conduta. Ainda que tenham sido presos (deve-se levar em conta o contexto de imperialismo ao qual a Índia se submetia), é possível entender que tal conduta, mesmo não tendo sido realizada de forma violenta, gerou um abalo institucional, caso contrário, Gandhi e seus adeptos não teriam sido presos.

Da mesma forma é possível concluir com a conduta de Rosa Parks. Considerando-a como uma ativista em favor dos direitos civis dos negros nos Estados Unidos, segundo seu entendimento, a decisão estatal de que quando não houvesse lugares disponíveis em um ônibus um negro deveria dar seu lugar para um branco se sentar, era uma decisão estatal relevante e ilegítima, portanto, transgredir a norma legal engendrada por tal decisão, nessa situação, foi uma forma pacífica de exercício do direito de desobediência civil e que surtiu efeitos.

O que se entende, portanto, é que a transgressão de normas legais deve ocorrer no sentido de promover um abalo institucional que corrija a injustiça colocada pela decisão estatal. No caso da Índia, o constante emprego da política de não-violência, corrigiu a sua condição

como nação subordinada para autodeterminada. No caso de Rosa Parks, sua conduta, como ícone da desobediência civil de afro-americanos (entre os quais está Martin Luther King) corrigiu uma série de políticas segregacionistas, permitindo aos negros a conquista de direitos civis.

No caso concreto, a forma como as normas legais foram violadas, ou seja, os danos causados ao patrimônio público e privado, diga-se ainda de outra forma, os bens jurídicos agredidos, demonstram que as condutas empreendidas pelos acusados não apresentaram um potencial de correção da injustiça promovida pela decisão estatal entendida como ilegítima de aumento no preço das passagens do transporte público. Há, portanto, a ultrapassagem dos limites do direito de desobediência civil.

A conclusão, portanto, é de que os acusados, na realização de suas condutas, não exerceram de maneira regular seus direitos de protesto, manifestação ou desobediência civil. Logo, suas condutas não prescindem a antijuridicidade. São, portanto, típicas e antijurídicas.

Daqui, vale ressaltar mais uma análise. Os direitos de manifestação, protesto e desobediência civil, como garantias constitucionais, não podem ser enquadrados como típicos. Justamente por esse motivo, por entender que os acusados ultrapassam os limites do exercício desses direitos, busca-se uma análise de suas condutas de maneira mais particular, ou seja, separando-as das condutas de outros indivíduos que participavam das manifestações do MCL (Movimento Catraca Livre). Portanto, o entendimento de que os acusados não realizaram o regular exercício de seus direitos de manifestação, protesto ou desobediência civil, faz com que suas condutas se enquadrem como antijurídicas, e, portanto, típicas.

Conclusão:

Tendo em vista os argumentos trazidos nessa decisão e, conforme pedido do Ministério Público, os réus estão condenados, conforme o art. 163, II, do Código Penal, por destruir e inutilizar coisa alheia com emprego de substância inflamável ou explosiva; e conforme o art. 165, por deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico e histórico.

[SENTENÇA CONDENATÓRIA 2]

RELATÓRIO

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra 7 (sete) réus nos termos dos artigos 163, 165 e 250 do Código Penal, a saber:

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Art. 165 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:
Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.

Em síntese, segue o resumo arguido pela acusação:

Segundo a Autoridade Policial, em 8 de junho de 2013, durante os protestos do Movimento Catraca Livre (MCL) – em São Paulo/SP – contra o aumento do valor das passagens de transporte público, sete indivíduos mascarados e com trajes pretos foram detidos após uma série de tumultos por eles causados, culminando na destruição das vidraças de uma agência bancária na Avenida Brigadeiro Luis Antonio e de uma concessionária de automóveis na Rua Estados Unidos – fato reafirmado pelas gravações das câmeras de segurança do local –, além do incêndio causado intencionalmente em quatro ônibus da SPTRANS – sem passageiro algum – e da danificação do Monumento às Bandeiras nos arredores do Parque do Ibirapuera. Ademais, de acordo com o constatado pela Polícia Militar, os indivíduos, no ato da prisão em flagrante, portavam marretas, latas de spray de tinta, vinagre, fósforos, querosene e celulares; e, após tomados os depoimentos, os réus confirmaram ter realizado os atos anteriormente descritos, reiterando serem adeptos à prática *black bloc*, tática oriunda da Alemanha nos anos 1980 de inclinação eminentemente anarquista que objetiva lutar contra o sistema vigente, o establishment e suas instituições, sobretudo as de cunho corporativo.

É o relatório. FUNDAMENTO E DECIDO.

1. ANÁLISE DA TIPICIDADE

A tipicidade constitui requisito essencial para a aplicação do Direito Penal aos indivíduos que a ele estão sujeitos, isto é, para se considerar o indivíduo como culpado, este deve praticar uma conduta típica, suficiente para enquadramento do fato à norma.

A tipicidade traz duas exigências: i) não há crime sem lei anterior que o defina, ou seja, materializar a exigência do legislador e ii) coincidir o ato com a previsão do direito.

Porém, não basta apenas a conduta se conformar, certas condições devem ser atendidas, uma vez que, há a possibilidade de, mesmo estando diante de uma conduta tipicamente prevista no ordenamento jurídico, esta conduta não ser considerada antijurídica – o que iremos abordar quando analisarmos as hipóteses de excludente de ilicitude.

Quanto ao caso em tela, se tratando da análise de tipicidade, não há dúvidas de que as condutas dos réus são típicas:, uma vez que i) ocasionaram fraturas e manchas a patrimônio artístico de difícil recuperação, o que se enquadra perfeitamente no artigo 165 do CP; ii) destruíram as fachadas de uma agência bancária e de uma concessionária, o que se enquadra no tipo penal previsto no artigo 163 do CP; e iii) causaram destruição do ônibus da SPTRANS ao causarem o incêndio, fato previsto no artigo 250 do CP.

Ademais, ressalta-se que os réus são confessos e atestam a autoria dos fatos narrados.

Portanto, estamos diante de condutas típicas, devendo então passarmos ao juízo de antijuridicidade para compreender se há ou não a possibilidade de se apenar os réus.

2. ANÁLISE DA ANTIJURIDICIDADE

Ao lado da tipicidade temos a antijuridicidade, esta também é requisito para a possibilidade de se apenar os indivíduos, visto ser então sua exigência que a conduta consista em um fato ofensivo, ou que põe em perigo um bem jurídico.

Dessa forma, há no ordenamento jurídico penal a possibilidade da conduta do indivíduo enquadrar-se como um tipo penal, porém não ser considerada antijurídica, isto

é, o termo utilizado em nosso código para a antijuridicidade corresponde a ilicitude, o que ocorreu pela adoção da teoria das normas, uma vez que entendeu que o termo antijuridicidade ensejaria em um entendimento de que o delito é um ato contrário o direito, mas que na verdade ele é criado pelo direito, logo, sendo sua criação não se poderia falar em uma contrariedade a este.

Esta possibilidade de se considerar uma conduta típica, mas não antijurídica, isto é, uma conduta que não representa uma ofensa ou risco ao bem-jurídico, ou que não é valorada como antijurídica, é prevista em algumas hipóteses em nosso código penal e na doutrina, são as chamadas causas justificantes.

Estas últimas consistem em normas permissivas de uma realização de conduto, mesmo que típicas, não são suficientes para preencherem a imputação subjetiva, visto serem causas de justificantes das condutas típicas. Seus fundamentos podem ser vários, necessidade, preservação, ideia de direito preponderante, entre outras, sendo previstas no código penal no art. 23:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

É justamente sobre a previsão do inciso III do art. 23 que se funda a defesa, a qual sustenta que os réus estariam exercendo um regular direito, a saber: o direito à manifestação e liberdade de expressão previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

Entretanto, é mister fazer o exercício de análise do caso em tela para a verificação do correto enquadramento das ações com a causa justificante, para isto, trazemos à baila importantes lições de Juarez sobre esta celeuma:

A realização de uma conduta conforme a autorização legalmente expressa não só exclui sua antijuridicidade, como também, antecipadamente, sua própria antinormatividade. Essa solução decorre da visão acerca da unidade do injusto, pela qual tipicidade e antijuridicidade devem ser analisadas conjuntamente. Na teoria causal e mesmo na teoria final de ação, o exercício regular de um direito só poderia implicar uma exclusão de antijuridicidade, jamais tipicidade.¹

¹ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 346.

Ora, dessa forma temos que o exame da antijuridicidade é imprescindível para a adequada análise do caso concreto, a fim de se verificar a hipótese de enquadramento no excludente de ilicitude legal do art. 23, III.

Dessa forma, corretamente a defesa arguiu o exercício regular de direito ao caso, a saber o direito a liberdade de expressão do pensamento (inc. V, art. 5º da CF), bem como o direito de reunião (inc. XVI, art. 5º), o qual dispõe:

Art. 5º, inc. XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

Ademais, o Ministro Marco Aurélio já se posicionou quanto ao tema na ADI nº 1.969-4/DF, consagrando que, o direito a aplicação do direito previsto no inciso XVI supracitado é direta, sendo que “É desnecessária autorização, apenas limitando-se quando já prevista, para o mesmo local, outra reunião. Sob o ângulo da atuação administrativa, considerado até mesmo o poder de polícia, apenas previu-se a necessidade de comunicação do intuito de realizar-se reunião”.

Assim, até mesmo ensina Juarez Tavares:

A norma constitucional tem aplicação mais ampla do que se possa extrair de sua literalidade. Incluem-se também neste direito de reunião todas as formas de manifestação, que podem implicar movimentos, distribuição de folhetos, uso de faixas e vestimentas especiais, máscaras, bloqueio de estradas, ruas e outras vias de comunicação. De vez que a Constituição autoriza a manifestação, a demonstração de inconformismo com as políticas públicas é inerente ao exercício desse direito, o qual, para ser eficiente, não pode prescindir de meios às vezes extravagantes. O direito de reunião pública é, na verdade, um direito ao protesto **válido no Estado Democrático de Direito.**²

Logo, não há que se discutir quanto ao real enquadramento da manifestação analisada no caso concreto acerca de seu enquadramento como exercício regular de direito constitucional, porém, até mesmo este exercício possui limitações, veja:

Para isso, há os seguintes pressupostos: a) uma regra legal expressa permissiva, que pode ser uma lei em sentido estrito ou mesmo uma resolução administrativa; b) a execução da atividade dentro dos limites ali estabelecidos; c) o agente se incluir entre os sujeitos autorizados a atuar.

Dessa forma, o exercício desse direito deve passar por uma valoração de proporcionalidade, para assim conformar-se com o segundo requisito apontado pela

² TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 349.

doutrina, isto é, deve se analisar se este exercício foi exercido dentro dos limites estabelecidos.

Então, vejamos as ações realizadas durante o exercício do direito à manifestação pelos réus, a saber: i) destruição de propriedade particular; ii) destruição de propriedade pública; e iii) destruição de patrimônio artístico, detentor de grande representação simbólica.

Assim, diante do exposto, é mais que evidente a contradição entre os próprios valores defendidos pela manifestação, uma vez que, para os réus “a real violência é a que emana do Estado”, estes acabaram por gerar mais violência e destruição em suas ações, colocando demais pessoas em risco, além de gerar danos tanto ao Estado, coletividade, e pasme, até a iniciativa privada, o que demonstra uma ideologia totalmente incondizente com as próprias ações do grupo.

Ademais, como já exposto, o exercício legítimo de direitos é limitado pela coerência entre a necessidade de ofensa e risco a um bem-jurídico e o direito a ser exercido, logo o direito de manifestação no caso não demonstrou nem motivos nem necessidades para as ações destrutivas que ocorreram, muito menos pra depredação dos vários lugares que foram atacados, sem nenhuma conexão aparente entre eles ou significado necessário, na verdade, foram ataques a locais aleatórios, fundados em um falso direito ilimitado de manifestação.

Como bem ensina mais uma vez Juarez Tavares:

O exercício regular de um direito deve se pautar nos limites indicados na norma autorizativa. Quando o agente ultrapassar os limites legais do exercício do direito, responderá pelo respectivo excesso, nos termos do art. 23, parágrafo único, do Código Penal.³

Tendo em vistas que os danos sociais causados foram desproporcionais, desnecessários e sem fundamento, bem como, aos olhos de todo o texto constitucional, o qual não garante apenas a livre manifestação popular, nem mesmo coloca este como um valor supremo priorizado em relação aos demais, faz-se aqui uma leitura orgânica desse exercício legal de direito, e chega-se ao entendimento de que os réus passaram demasiadamente dos limites impostos a este, ao olharmos os demais direitos que foram atacados, como a propriedade privada, o interesse coletivo, o acervo cultural e histórico

³ TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 352.

do povo, bem como o ataque direito ao Estado Democrático de Direito por meio da motivação dos réus.

Por fim, é válido ressaltar que a impunidade, nesse caso, ocasionará um sentimento insegurança jurídica, visto o caos e a anarquia provocada pelo grupo, o que fere o fim social primordial do Estado como eterno guardião do bem comum. Tais ações não configuram um exercício legítimo de direito, mas sim representam o ataque inescrupuloso a direitos alheios.

O direito de manifestação popular é sim um direito constitucional a ser protegido, mas não pode servir como instrumento de legitimação da violência e ataque as instituições democráticas do Estado Brasileiro, sendo possível o mesmo exercício deste direito sem que seja tão danoso a sociedade, tão eficaz quanto e que não fira de forma abrupta outros direitos fundamentais.

Diante do exposto nesta decisão, não há espaço para se reconhecer o afastamento do elemento da antijuricidade, que poderia gerar em um excludente de ilicitude, sendo então as ações dos réus perfeitamente típicas e antijurídicas.

Diante do exposto, **CONDENO** os réus pelos crimes previstos nos artigos 163, 165 e 250 do Código Penal.

[SENTENÇA ABSOLUTÓRIA 1]

MONITORIA TEORIA GERAL DO DIREITO PENAL II

Caso 2: antijuridicidade II

Profa. Ana Elisa Bechara

I. DOS FATOS.

Segundo narram os termos circunstanciados, trata-se de denúncia em desfavor de sete acusados pela perpetuação de crimes de dano e incêndio em 7 de junho de 2013, nos moldes da previsão dos arts. 163, 165 e 250 do Código Penal.

Constam dos autos acusatórios que, durante um protesto do Movimento Catraca Livre, convocado por meio das redes sociais dias antes em virtude do aumento do preço do transporte público, os réus teriam dado início a tumultos, promovendo (i) destruição de vidros de uma agência bancária da Avenida Brigadeiro Luiz Antonio, bem como de uma concessionária de automóveis na Rua Estados Unidos, (ii) incêndio a quatro ônibus da companhia SPTRANS e (iii) dano a patrimônio artístico com a depredação do Monumento às Bandeiras. Presos em flagrante, os acusados portavam consigo sprays de tinta e outros materiais incendiários. Imagens de câmeras de segurança demonstram a autoria dos comportamentos por parte de sete indivíduos, bem como três agentes do corpo policial militar confirmaram terem presenciado os réus na perpetração das ofensas. De outra sorte, os acusados a priori permaneceram em silêncio quando de seus depoimentos, tendo depois confirmado a autoria dos atos em interrogatório, identificando-se como black blocs. Em razão dos fatos descritos, o Parquet ofereceu a presente denúncia.

A acusação alega tratar-se fundamentalmente de excesso do direito de manifestação e expressão, recaindo-se na previsão normativa do artigo 23, parágrafo único do Código Penal, que afasta como excludente de antijuridicidade os excessos decorrentes das causas de justificação. Em contraponto sustenta a defesa se tratar de condutas exculpadas pelo excludente de antijuridicidade em vias do artigo 23, inciso III, caracterizando-se exercício regular dos direitos de manifestação e reunião, constitucionalmente plasmados nos incisos IV e XVI do art. 5º da Constituição Federal, discorrendo acerca da forma com que os comportamentos se desenvolveram como um ato de desobediência “instrumental, estratégica e ativa” e como “questionamento de preceitos fundamentais à sociedade”. Após a sustentação de ambas as partes, as dúvidas restantes em Juízo foram sanadas. Nos pedidos, requer o Parquet fixação da pena em 4 anos e 8 meses, incluído agravante em vias do art. 250, §1º, II “c”; e, em outra medida, a defesa solicita a absolvição completa de todos os acusados mediante rejeição da denúncia em seu desfavor.

É o relatório.

II. DO MÉRITO.

A adequação do caso sob a égide da tipicidade é relativamente nos autos, tratando-se de comportamento que tem previsão normativa nos moldes dos arts. 163, 165 e 250 do Código Penal e, pois, típica. Ainda que assim se perfaça, resta controvertida a antijuridicidade da conduta, fazendo-se mister, pois, a análise do instituto de justificação por exercício regular de direito. Nesse âmbito, encontra-se a baliza normativa no art. 23, inciso III do Código Penal, cuja redação expressa a exclusão da antijuridicidade de condutas que sejam praticadas “em estrito cumprimento de dever legal ou *no exercício regular de direito*” (grifo nosso). A esse respeito, leciona JUAREZ TAVARES (Fundamentos da Teoria do Delito, p. 347) serem pressupostos do exercício regular de direito como excludente de antijuridicidade

a) uma regra legal expressa permissiva, que pode ser uma lei em sentido estrito ou mesmo uma resolução administrativa; b) a execução da atividade dentro dos limites ali estabelecidos; c) o agente se incluir entre os sujeitos autorizados a atuar.

Adotando-se a perspectiva do referido autor, é imperativo que se analise um a um cada pressuposto ofertado. Como bem salienta a defesa em memoriais, a conduta dos acusados encontra-se respaldada pela existência de uma regra legal permissiva do direito de reunião que se encontra cristalizada no art. 5º, incisos IV e XVI da Constituição Federal, que assegura o referido exercício de direito. O imperativo principiológico do dispositivo prevê também que todos possam gozar dessa prerrogativa, de sorte que indistintamente se possa exercer o direito de reunião e manifestação. Nesse sentido, restam preenchidos o primeiro e o último pressuposto elencados: de um lado uma regra legal permissiva, inclusive em âmbito constitucional, e de outro a inclusão dos agentes entre os autorizados a atuar e exercer o direito em questão.

O caso em tela remanesce controvertido, portanto, acerca da questão de execução da atividade dentro dos limites estabelecidos normativamente para que se constitua como exculpada e, assim, não punível. Neste pressuposto é que encontram condensados os argumentos das partes, essencialmente acerca do excesso ou não de exercício dos direitos de manifestação e expressão.

É seguro afirmar que nenhum direito, mesmo os constitucionalmente aferidos, sejam absolutos, como sustenta o Parquet. Tratam-se, no ensinamento de ALEXY (Teoria dos direitos fundamentais, pp. 85 a 103), de mandatos de otimização, de sorte que podem ser balizados e limitados pelos padrões normativos adequados e por outros interesses que com ele conflitem. No caso em tela, no entanto, ainda que não seja possível considerar os direitos de manifestação e reunião como absolutos, não se pode aceitar que estes *não* tenham sido exercidos dentro dos padrões normativos da norma autorizadora. Dos dispositivos constitucionais que fomentam os direitos referidos, há somente vedação (i) do anonimato, (ii) da presença de armas, (iii) do intuito de frustração ou ausência de aviso à autoridade quando da expressão ou da reunião em vias de

manifestação, respectivamente. Assim, os comportamentos, não violando esses preceitos, se enquadram dentro dos limites constitucionais de tais prerrogativas. Com efeito, não se poderia buscar os limites do exercício desse direito na própria lei penal, atribuindo a ela tanto a motivação quanto o fundamento de sua própria aplicação, recaindo-se numa tautologia violadora da teoria do bem jurídico. Repele-se, pois, a sustentação do Parquet acerca da violação aos preceitos proibitivos do ordenamento.

Evidencia-se então como não se trata de caso de excesso do exercício regular de direito, e sim de mero exercício de tal faculdade, não cabendo ao direito penal a intervenção sobre as formas de manifestação dos indivíduos, ainda que esses sejam inconvenientes ao poder público e à administração, como novamente elenca TAVARES:

Os inconvenientes causados por essas manifestações são conseqüências do exercício do direito de realiza-las, e os cidadãos que exercitem esse direito não podem ser tratados como inimigos políticos de quem detém o poder.

Não é forçoso sustentar, ainda, que a imputação de uma sanção penal ao caso em questão seria não só atentatória aos princípios basilares do direito penal mínimo mas também ao direito penal do fato, buscando-se a criminalização de *determinados agentes* que coloquem em xeque e busquem mediante ações concretas e estratégias conferir visibilidade a suas demandas e anseios políticos. Em um Estado democrático de Direito, não é atribuição do direito penal ser força política repressiva de movimentos sociais, mas sim como viabilizador de soluções de violências interpessoais. Com efeito, não é competência da presente instância criminal a análise da melhor forma de expressão e persecução das pautas políticas dos indivíduos – aqui incluídos os sete acusados –, ainda que esses sejam críticos, contestatórios e irreverentes à autoridade, sejam eles mais agressivos ou não.

Sendo o direito penal estritamente a *ultima ratio* de defesa social, deve-se conceber, antes mesmo da movimentação de todo o aparato repressivo criminal, outras formas mais adequadas da solução de tal conflito, vide a instrumentalização das instâncias políticas, inclusive demandadas pelos acusados, tendo em vista o caráter iminentemente político dessas manifestações. ZAFFARONI a esse respeito, muito bem salienta o caráter necessariamente subsidiário do direito penal em protestos e manifestações (*Es legitima la criminalizacion de la protesta social?*, p. 15):

la mejor contribución a la solución de los conflictos de naturaleza social que puede hacer el derecho penal es extremar sus medios de reducción y contención del poder punitivo, reservándolo sólo para situaciones muy extremas de violencia intolerable y para quienes sólo aprovechan la ocasión de la protesta para cometer delitos. De ese modo, el derecho penal se preserva a sí mismo, devuelve el problema a su naturaleza y responsabiliza por la solución a las agencias del Estado que constitucionalmente no son sólo competentes, sino que tienen el deber jurídico de proveer las soluciones que, desde el principio, sabemos que el poder punitivo no podrá suplir.

Nesse sentido, é imperativo considerar que, por mais que as condutas dos agentes se amoldem aos tipos encerrados no ordenamento e suscitados pela acusação, sendo típicos, esses não gozam do requisito de antijuridicidade, de tal sorte que não configuram comportamento verdadeiramente delitivo. Tratam-se, pois, em conformidade aos argumentos da defesa aqui recepcionados, de causa de justificação em razão do art. 23, III, qual seja o pleno exercício de direito – e não como sustentado pelo Parquet, de excesso punível de utilização desse excludente de antijuridicidade.

III. DA DECISÃO.

Tendo-se como respaldo os méritos ora apresentados, em associação aos fatos encerrados nos termos circunstanciados, é como decido. Considerando-se especialmente **a)** a existência de uma regra legal permissiva do direito de reunião, que se encontra inclusive cristalizada em nível máximo, no art. 5º, incisos IV e XVI da Constituição Federal, que asseguram o referido exercício de direito pelos acusados; **b)** a não violação das vedações encerradas nos dispositivos constitucionais referentes ao exercício correto desses direitos; e **c)** a conformação do sistema penal em vias de sua subsidiariedade, como ultima ratio incompetente no sentido técnico para reprimir manifestações de caráter político e de criminalizar movimentos sociais, é latente que o caso em tela encerre uma **conduta típica mas não antijurídica**, sendo assim exculpada pela causa de justificação do art. 23, III. Decide-se pelo **afastamento da denúncia ofertada pelo Parquet** de excesso de exercício regular de direito, bem como pela **ABSOLVIÇÃO integral de todos os réus de suas acusações** na presente instância criminal.

[SENTENÇA ABSOLUTÓRIA 2]

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Teoria Geral do Direito Penal II (DPM 0216)

Docente Dr. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

Monitoria – Caso 2: Antijuridicidade

Vistos.

Sete indivíduos, qualificados nos autos, foram denunciados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo como incurso nos artigos 163, 165 e 250 do Código Penal. A acusação é de que, durante protestos de rua, teriam quebrado vidros de agência bancária localizada na Avenida Brigadeiro Luís Antônio e de uma concessionária de automóveis, localizada na Rua Estados Unidos. Ainda, teriam atado fogo em quatro ônibus da SPTRANS sem passageiros. Também, os sujeitos, teriam provocado dano ao patrimônio artístico, por danificação com furos e rachaduras e a pichação do Monumento às Bandeiras. Gravações de câmeras de segurança e a perícia realizada confirmam o teor da denúncia.

Durante interrogatório, os acusados confirmaram que atearam fogo nos ônibus, danificaram com marretadas a agência bancária e a loja de automóveis, picharam e deram golpes de marreta no Monumento às Bandeiras. Declararam ser adeptos à tática black bloc, que realizam os atos como uma forma de protesto contra o sistema, bem como que se conhecem apenas superficialmente.

Em alegações finais, o Ministério Público requereu a procedência da ação penal com a condenação dos réus nos termos da denúncia.

É o relatório.

Decido.

O caso é de absolvição conforme as razões expostas a seguir.

A análise das condutas dos sete agentes, neste feito, encontra seu fim na etapa da antijuridicidade, de tal forma que se faz necessária uma breve referência acerca da tipicidade, sobre cuja configuração não restam dúvidas. Há nos fatos, largamente

comprovados, a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado, qual seja, o de afetação de bens públicos e privados, caros à sociedade pelos serviços que prestam e, no caso do Monumento às Bandeiras, pela memória que resgata e preserva. Desta forma, os réus criaram e realizaram o risco de danificação dos referidos bens. No aspecto subjetivo, o dolo é claro nos depoimentos em que assumem a autoria dos fatos e, embora valorem sua conduta de forma diversa à que o ordenamento jurídico faz, não há dúvidas de que os réus têm consciência do resultado e da ilicitude delas. A discordância quanto ao fundamento da previsão penal não retira a sua validade e vigência, assim que a tipicidade da conduta se configura de todo modo.

A antijuridicidade, passo seguinte à tipicidade, só é verificada após um exame negativo das causas de justificação. Havendo qualquer delas, esbarra-se em uma situação permitida pelo ordenamento e sobre a qual não faz sentido o direito penal atuar, porque não há contrariedade que justifique essa intervenção. E é este o presente caso, tendo-se em vista que as condutas dos sete agentes encontram amparo no instituto do exercício regular de direito, previsto no art. 23, III, do Código Penal.

A correta compreensão sobre a caracterização desse direito e seus limites perpassa a retomada dos valores do Estado Democrático de Direito e do Direito Penal que nele se insere. Não à toa que o direito de que aqui se fala, a livre manifestação do pensamento, está previsto na Constituição Federal, art. 5º, IV, estabelecido pelo constituinte como cláusula pétrea por sua essencialidade para a democracia. Desta forma, o pressuposto do qual se deve partir é de que prevalece a livre manifestação do pensamento, sendo extremamente restritos os casos em que se pode legitimamente limitá-la. Ou seja, o excesso deve extrapolar qualquer tolerância, porque o risco com que se trabalha nesse âmbito é o de estender demasiadamente a atuação penal e criminalizar a expressão de ideologias e opiniões diversas e, quando esse passo é dado, a democracia é inevitavelmente atingida.

Nesse sentido, Roberto Gargarella expõe que: “nos debe interesar proteger hasta al último crítico, aunque sea uno sólo”¹ e “cuando se critica al poder, allí ocurre algo muy importante, que merece el máximo resguardo y amparo por parte de las autoridades judiciales”².

¹ GARGARELLA, Roberto. El derecho frente a la protesta social, p.196.

² GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p.187.

Além disso, não se pode perder de vista a função que o Direito Penal tem em um sistema democrático que é, necessariamente, a menor possível, apenas a indispensável e cuja atuação se legitima somente quando estritamente necessária. Não cabe, desta forma, mobilizar um aparato retributivo como o Direito Penal para limitar o exercício da livre manifestação do pensamento, salvo quando ela resulta em afetação grave de bens jurídicos essenciais. Em outras palavras, há no ordenamento brasileiro uma série de outros sistemas que podem e devem ser utilizados antes de se chegar no Direito Penal e que tem potencial de reparar o dano com maior eficiência.

Ainda que o resultado da extravagância dos meios utilizados – nos termos de Juarez Tavares - gere um custo para o Estado, não é através do Direito Penal que se promove a restauração do danificado. Não deveria, ademais, justificar a busca da instância mais coercitiva do Poder Judiciário um mero dano pecuniário consequência da democracia em seu exercício, porque a detenção dos causadores sequer fornece os meios necessários para um retorno ao estado anterior.

Portanto, a aplicação da causa de justificação prevista no inciso III do art. 23 se mostra necessária, haja vista que os danos que a atuação penal no presente caso podem causar para o Estado Democrático de Direito, sob forma de precedente judicial, não são proporcionais à afetação do bem jurídico promovida pelas condutas dos réus. Se desnecessária, a presença do Direito Penal não se justifica e, em consequente, não deve haver. Nesse sentido, Juarez Tavares aponta:

"Os inconvenientes causados por essas manifestações são consequências do exercício do direito de realizá-las, e os cidadãos que exercitem esse direito não podem ser tratados como inimigos políticos de quem detém o poder, sob pena de transformar o Estado Democrático e Social de Direito em um Estado pós-democrático"³

Ante o exposto, frente à ausência de antijuridicidade, JULGO IMPROCEDENTE a acusação para ABSOLVER os réus, qualificados nos autos, da imputação que lhes foi feita na denúncia, com fundamento nos artigos 163, 165 e 250 do Código Penal.

³ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, p.350.