V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

FELIX ARAUJO NETO

GILBERTO GIACOIA

GERMÁN ALBERTO ALLER MAISONNAVE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Felix Araujo Neto, Germán Alberto Aller Maisonnave, Gilberto Giacoia – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-242-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

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

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

No contexto do V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado em Montevideo, de 08 a 10 de setembro de 2016, na perspectiva de integração ampliada na linha da internacionalização, iniciada agora no âmbito latino americano, produz o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição II, como resultado, este livro reunindo, de suas atividades constantes da apresentação de artigos afinados pelo viés reflexivo, a partir da base constitucional, da intervenção penal em diferentes segmentos teóricos, voltados à defesa de uma sua cada vez maior legitimação pelos postulados garantistas, dimensionados no permanente conflito entre o jus puniedi versus jus libertatis.

Espaço privilegiado para o desenvolvimento da pesquisa e da investigação científica no âmbito dos programas de pós-graduação em Direito no Brasil, os já tradicionais encontros do CONPEDI ganham nova dimensão, reunindo pesquisadores, além fronteiras, emprestando vivo incremento ao intercâmbio de ideias e experiências e abrindo novas frentes de difusão da produção científica no âmbito internacional.

Assim, neste Grupo de Trabalho (Direito Penal e Constituição II), os pesquisadores se debruçam sobre várias temáticas, indo desde a defesa da ampliação dos mecanismos e instrumentos jurídicos de combate à corrupção, passando pela justiça penal de transição em que se analisam as articulações ao contexto de alguns países da América Latina frente aos conflitos internos, atuação da Corte Penal Internacional em relação à tipificação do delito de agressão, aspectos críticos da Lei Antiterrorismo, fundamentos políticos do Processo de Impeachment em uma visão funcionalista, revisitando a teoria da responsabilidade penal da pessoa jurídica sob nova luz teórica, debatendo a sociedade de risco e o controle social na vertente da dinâmica do ativismo judicial no Brasil, o conceito dogmático da culpabilidade para além de uma estrutura lógico-real (como instituto funcional), o caráter fragmentário da tutela penal ambiental, os fatores criminógenos nas atividades empresariais sob moderna mecânica de controle (compliance), além da problemática da pena e da medida de segurança sob comando dos limites constitucionais flexionados por recentes interpretações pretorianas pelo STF em detrimento do postulado da liberdade, trazendo como pano de fundo as cortinas da doutrina dos direitos humanos.

Textos todos produzidos por valorosos autores comprometidos como os valores acadêmicos, os ideais de justiça e a responsabilidade científica que se exige do estudioso do Direito, muito mais ainda nos dias de hoje.

Enfim, mais uma vez, esta publicação, junto a de outros artigos apresentados e debatidos nos Grupos de Trabalho deste V Encontro Internacional, coloca o CONPEDI em posição de destaque, pois à frente de expressiva conquista, protagonizando valioso contributo à pós-graduação, pesquisa e extensão na área do Direito e, assim, prosseguindo firme em seu belo destino institucional.

Prof. Dr. GILBERTO GIACOIA - Doutor em Direito, procurador de justiça do Ministério Público do Paraná e professor associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. GERMAN ALLER - Doutor em Direito, advogado e professor da Universidad de la República do Uruguai

Prof. Dr. FELIX ARAÚJO NETO - Doutor em Direito, advogado professor da Universidade Estadual da Paraíba E FACISA

LEGALIDADE, TIPO PENAL, TIPICIDADE E A NOVA LEI ANTITERRORISMO

LEGALITY, CRIMINAL MODEL, TYPICALITY AND THE NEW LAW AGAINST TERRORISM,

Fernando Tadeu Marques [1]
Orlando de Carvalho Sbrana [2]

Resumo

O estudo tem como propósito abordar as questões mais relevantes sobre o princípio da legalidade, o tipo penal e a tipicidade na Nova lei Antiterrorismo. Far-se-á uma incursão na tipificação do crime de terrorismo para demonstrar o equivoco do legislador no emprego das expressões para confeccionar o modelo de conduta humana que pretendeu incriminar. Após se asseverará que diante dessas escolhas desacertadas, o tipo penal que elenca aludida infração penal, restou-se praticamente letra morta no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que acabou por afrontar incisivamente o princípio da legalidade, da taxatividade e da vedação de construção de tipos penais aberto.

Palavras-chave: Legalidade, Tipo penal, Tipicidade, Nova lei antiterrorismo

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze the important issues on the principle of legality, criminal type and typicality in the new Anti-Terrorism Act. A deep incursion into the terrorist crime classification will be performed to demonstrate the mistaken choice of the legislator in the use of expressions used to create the human behavior model that intended to incriminate. After then, it will be show that before these unwise choices, criminal type that lists the said criminal offense, remained practically a dead letter in the Brazilian legal system, as pointedly affronted the principle of legality, classified and sealing building open criminal types.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legality, Criminal unjust, Typicality, Terrorism

[1] Professor de Ensino Superior da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Faculdade Metropolitana de Campinas. Advogado Criminalista. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

[2] Professor de Ensino Superior da Universidade Presbiteriana Mackenzie, da Fundação Getúlio Vargas e da Universidade Nove de Julho. Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

INTRODUÇÃO

Depois de agudas pressões de organismos externos, preocupados com a segurança nas Olimpíadas do Rio, o governo resolve sancionar a nova Lei Antiterrorismo (Lei nº 13.260/16) com a finalidade de regulamentar o art. 5º, inc. XLIII da Constituição Federal.

O diploma elencou os atos de terrorismo, conceituou organizações terroristas e disciplinou a investigação e o processo contra esses criminosos. Entretanto, excluiu de sua abrangência a ocorrência de condutas análogas, individuais ou coletivas, praticadas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional.

O assunto é bastante relevante, sobretudo quando são analisadas questões atinentes a legalidade, o tipo penal, a tipicidade, pois, ao se enveredar de maneira mais profunda no estudo desses institutos, percebe-se alguns equívocos cruciais cometidos pelo legislador que poderão trazer sérias consequências no momento da imputação da conduta ao agente delitivo.

TIPO PENAL E TIPICIDADE

1.1 Conceito de tipo penal

Tipo penal deve ser entendido como a descrição do comportamento humano ou da pessoa jurídica proibido, compreendendo características objetivas e subjetivas do fato punível. As características objetivas compreendem o tipo objetivo e as subjetivas o tipo subjetivo.

Para Francisco de Assis Toledo, o termo "tipo" exprime a ideia de um modelo, um esquema. É utilizado em todas as áreas do conhecimento para separar e agrupar em classes objetos particulares que apresentam algo em comum. (TOLEDO, 1994)

O tipo legal é, portanto, um modelo genérico e abstrato, desenvolvido através de uma lei penal, descritivo de uma conduta criminosa ou de uma permitida. Assim, não se apresenta somente como o conjunto dos elementos da infração penal, mas também determina os parâmetros legais das hipóteses em que se autoriza a prática de um fato típico.

Segundo Eugênio Raúl Zaffaroni, tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes. (ZAFFARONI, 2004)

Ressalva-se, contudo, que a confecção de um tipo penal não se dá a esmo, o legislador deve ser preciso quanto à descrição da conduta humana incriminadora e analítico sobre a previsibilidade de ocorrência da ação ou omissão tipificada.

Também não se pode confundir tipicidade com tipo penal, este é uma construção do legislador, enquanto aquela é a relação de subsunção entre o fato concreto e um tipo penal previsto abstratamente na lei (aspecto formal) e a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado (aspecto material).

O Direito Penal moderno trabalha com tipos penais e pensa por meio deles. Na parte especial do Código Penal e na legislação penal especial encontra-se o rol dos fatos típicos penais, ao passo que na Parte Geral do Código encontramos os tipos permissivos (causas típicas de exclusão de crime).

1.2 Conceito de tipicidade

A tipicidade pode ser considerada como uma operação que ajusta o fato praticado ao ilícito presente na norma, ou em outras palavras é a subsunção da conduta do homem à norma incriminadora.

A tipicidade penal, necessária à caracterização do fato típico, se divide em três espécies:

a) Tipicidade formal: que é a conformação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato previsto no ordenamento jurídico-penal. É aquela que o legislador previu expressamente para o delito que se ajusta ao fato típico.

b) Tipicidade substancial: pela ótica da tipicidade substancial, somente as condutas socialmente perigosas poderão ser tipificadas como ilícitos, justamente por representar um risco grave aos interesses tutelados pelo Estado.

c) Tipicidade conglobante: para que se possa alegar a tipicidade conglobante é preciso verificar dois aspectos fundamentais: primeiro se a conduta do agente é antinormativa, e segundo, que haja tipicidade substancial, ou seja, que ocorra um critério material de seleção do bem a ser tutelado.

A título de complementação, o conceito de tipicidade substancial pode ser interpretado como a análise da significância, no caso concreto, do bem jurídico a ser protegido; por exemplo, um indivíduo ao manobrar com seu veículo em via pública esbarra na perna de uma pessoa, causando-lhe lesão corporal consistente apenas em um arranhão. Ao analisar-se o fato, percebe-se que a ação do motorista do veículo foi culposa, houve um

resultado naturalístico; há nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado ocorrido; tem-se tipicidade formal, pois existe um tipo penal abstrato incriminando esta ação. Contudo, ao se verificar a tipicidade substancial, observa-se que, embora a nossa integridade física seja importante a ponto de ser protegida pelo sistema jurídico-penal, nem toda e qualquer lesão estará abarcada dentro do tipo penal. Somente as lesões corporais que tenham alguma significância, ou seja, aquelas que gozem de certa importância, é que nele estarão previstas.

Em detrimento da conceituação de tipicidade substancial, excluem-se dos tipos penais aqueles fatos reconhecidos como de pouquíssimo valor, nos quais tem aplicação o princípio da insignificância.

É a tipicidade substancial que se refere à valoração do bem no caso concreto, a fim de que se possa concluir se aquele bem específico merece ou não proteção do direito penal.

Por outro lado, a tipicidade conglobante mostra-se quando comprovado, no plano fático concreto, que a ação praticada pelo sujeito ativo é considerada antinormativa, contrária à norma penal, e não imposta nem fomentada pela mesma. Não se vislumbra a possibilidade de que no ordenamento jurídico possa existir uma norma que proíba aquilo que outra fomente ou estimule. Um ordenamento jurídico constitui um todo sistêmico, não podem coexistir normas incompatíveis.

Conclui-se, portanto, que tipicidade penal é o resultado da somatória da tipicidade formal mais a tipicidade conglobante, que por sua vez é fundada na antinormatividade, somada à coexistência de normas compatíveis e à tipicidade substancial.

Por fim, a distinção entre tipo e tipicidade pode ser observada da seguinte maneira: enquanto o tipo é o conjunto de elementos do fato punível descrito na lei, em outras palavras, uma criação decorrente da imaginação do legislador, o juízo de tipicidade é a averiguação que se faz sobre uma conduta para constatar se estão presentes os elementos imaginados pelo legislador na descrição do tipo.

1.3 Injusto penal

Quando a doutrina menciona a expressão “injusto típico” ou “injusto penal”, refere-se a que o fato típico e a antijuridicidade já foram analisados, restando somente seja

realizado o estudo da culpabilidade do indivíduo. O injusto, portanto, é a conduta já avaliada como ilícita.

O injusto penal ocorrerá quando o operador do direito ao analisar o fato e a antijuridicidade concluir pela tipicidade do fato e pela inexistência de qualquer causa que exclua a ilicitude da conduta típica praticada.

Conclui-se, portanto, que cada elemento que integra o conceito analítico do crime é considerado um antecedente lógico e necessário do subsequente, ou seja, haverá crime se o agente cometer um fato típico, antijurídico e culpável, uma vez que essa divisão tripartida, bem como a teoria da *ratio cognoscendi*, é a que tem a preferência da maioria dos doutrinadores.

O injusto penal compreende a conduta típica e antijurídica. (DESTEFENNI, 2004)

Mas há de se considerar que o injusto não é uma simples qualidade da ação típica, mas a própria ação típica e antijurídica concreta e, nesse sentido constituía realização não justificada de um comportamento típico. (SANTOS, 2000)

1.3.1 A estrutura fundamental do injusto penal

O fundamento do tipo de injusto é constituído pela realização do tipo legal. O conteúdo de injusto do fato encontra sua expressão nos elementos do tipo, que descrevem concretamente o desvalor típico da ação e do resultado do acontecimento. Uma conduta é "adequada ao tipo", quando se identifica com a descrição do injusto do tipo de delito contido na lei. Quem realize tal tipo, não atua em todos os casos, e forçosamente, de modo antijurídico; sua conduta pode ser excepcionalmente justificada, quando esteja acobertada, na situação de fato concreta, por uma causa justificante (hipótese de tipo permissivo). (WESSELS, 1979)

1.4 Fases da evolução do tipo

O conceito atual de tipicidade é fruto das pesquisas de Ernst von Beling[1] que, em 1906, desenvolveu a sua famosa teoria dogmático-jurídica. Antes, porém, conferia-se à tipicidade uma amplitude demasiada. Tipicidade compreendia: a materialidade do fato delituoso *corpus delicti*, a ilicitude, a culpabilidade e o conjunto de requisitos para a

[1] O assunto foi abordado por Ernst von Beling, que pela primeira vez expôs a teoria da tipicidade no âmbito do direito penal. Em sua obra *Die lehre vom verbrechen*, de 1906, Beling elaborou o primeiro conceito do tipo.

punibilidade. A bem da verdade, transferia-se a análise da tipicidade para o plano processual, condicionando a sua existência ao pronunciamento da sentença penal condenatória.

Primeira fase

Nessa fase preliminar Ernst von Beling restringiu o vocábulo *tatbestand* aos elementos descritivos do crime. Encarou a tipicidade como mero juízo de subsunção do fato concreto ao modelo legal. Assim sendo, a existência da tipicidade passou a depender apenas da correspondência entre o fato da vida real e o tipo legal. Com isso, a materialidade, a antijuridicidade, a culpabilidade e a punibilidade foram excluídas do juízo da tipicidade.

Os estudos de Beling possibilitaram a separação de três juízos distintos: o da tipicidade, o da antijuridicidade e o da culpabilidade.

No juízo da tipicidade, verificava-se apenas a adequação do fato concreto ao tipo legal. Na antijuridicidade era observado se o fato típico encontrava-se acobertado por alguma excludente da ilicitude e no juízo da culpabilidade se analisava se o autor do fato típico e ilícito estaria suscetível à imposição de uma pena.

Por ironia, seus ensinamentos separando a tipicidade da antijuridicidade e da culpabilidade, acabaram enfraquecendo a sua doutrina, diante da absoluta falta de liame que passou a existir entre um elemento e outro.

Não se pode negar que se deve ao autor a autonomia do conceito de tipo e de tipicidade, desvinculando-a da ideia de *corpus delicti* para colocá-la entre os elementos do fato punível.

Em síntese, nessa fase vestibular de evolução, o tipo possuía caráter eminentemente descritivo, sobre ele não havia valoração alguma, servindo apenas para descrever as condutas proibidas pelo ordenamento penal. O conceito de tipo assumiu um significado técnico mais restrito, sendo meramente objetivo e descritivo, representando o lado exterior do delito, sem qualquer referência à antijuridicidade ou à culpabilidade.

Segunda fase

Voltando aos ensinamentos de Beling, Max Ernst Mayer[2] aprimorou a teoria da tipicidade, atribuindo-lhe a função de indício da ilicitude. Desde então, todo fato típico, até

[2] Max Ernst Mayer, em sua obra *Tratado de direito penal*, publicada em 1915, reelaborou o conceito de tipo legal.

prova em contrário, presume-se antijurídico. Essa concepção uniu a tipicidade à antijuridicidade, sanando o vício preexistente da doutrina Beliniana, que posteriormente também veio referendar as ideias de Mayer. Essa doutrina acabou por ficar conhecida como teoria da tipicidade indiciária.

Outro avanço trazido pelo doutrinador foi a introdução dos elementos normativos do tipo, contrariando mais uma vez as ideias de seu antecessor, já que este retirava da tipicidade qualquer elemento atinente à ilicitude ou culpabilidade, alocando em seu núcleo somente os elementos puramente descritivos do delito. Esse exagero da doutrina de Beling, de excluir da tipicidade tudo o que não for pura descrição, foi duramente criticado por Mayer.

Deste modo, o tipo passou a ter caráter indiciário da ilicitude. Isso quer dizer que quando o agente pratica um fato típico, provavelmente, esse fato também será antijurídico. O tipo passa então a ser portador de um rascunho indiciário de ilicitude.

A tipicidade de um comportamento não implica, pois, a sua antijuridicidade, senão apenas prenúncio de que o comportamento pode ser antijurídico, função indiciária do tipo ou ainda *ratio cognoscendi*.

Deve ainda ser ressaltada a chamada teoria da tipicidade conglobante, segundo a qual a adequação típica não se esgota na tipicidade legal, necessitando de um complemento que é a antinormatividade.

Dessa forma, a tipicidade legal seria apenas o ajuste do fato concreto ao tipo legal, ao passo que a antinormatividade se traduziria na proibição da conduta pelo restante das normas do ordenamento jurídico.

Segundo explica Eugenio Raúl Zaffaroni, as normas jurídicas não vivem atomizadas, mas sim coexistem, umas limitando as outras, não podem ignorar-se mutuamente. Se uma conduta é previamente proibida pela norma penal, mas é plenamente admitida por outra norma, que a ordena ou a fomenta, não haverá tipicidade penal. Assim, o médico que realiza uma cirurgia no paciente com o seu consentimento não infringe o dispositivo previsto no artigo 129 do Código Penal, visto que cirurgias com finalidades terapêuticas são indiscutivelmente aceitas pelo ordenamento jurídico.

Conforme os princípios que regem a tipicidade conglobante, após a verificação da adequação do fato concreto ao modelo legal, mostra-se necessário ainda, para que a tipicidade penal se ultime, que o fato não tenha sido ordenado ou fomentado por outras normas do direito vigente.

Dessa maneira, segundo a teoria em questão, é possível extrair-se a conclusão de que o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito funcionam como

causas de exclusão da tipicidade, pois o direito ordena e fomenta, respectivamente, a sua realização.

Por outro lado, o estado de necessidade e a legítima defesa excluem a ilicitude, uma vez que o direito apenas os permite, não incentiva e muito menos ordena a sua realização.

Terceira fase

Outra concepção que merece registro e que ficou caracterizada como a terceira fase na evolução do tipo penal é a tipicidade como a *ratio essendi* da antijuridicidade.

Essa teoria, desenvolvida por Edmund Mezger e Wilhelm Sauer em 1931, encara a tipicidade e a ilicitude como pertencentes a mesma realidade, uma vez que aquela é a razão de ser desta.

Assim, reconhecida a tipicidade, resultará também constatada a antijuridicidade. Excluída a tipicidade, resultará também elidida a antijuridicidade.

Essa doutrina procurou novamente fundir os conceitos de fato típico e antijuridicidade, representando parcial retrocesso ao período pré-Beling, não oferecendo nenhuma vantagem à sistematização do conceito moderno de delito.

Em resumo, nessa fase, o tipo e ilicitude uniram-se em uma mistura homogênea e indissolúvel no interior do injusto, porém, seus conceitos permaneceram intangíveis, não se confundindo um com o outro.

Nessa teoria não se fala em fato típico se a conduta praticada pelo agente for permitida pelo ordenamento jurídico, porque fato típico pressupõe também o exame da antijuridicidade.

A crítica que se pode tecer sobre essa teoria apresenta-se quando da conjugação, em momentos diferentes, do fato típico (antinormativo) com o lícito (normativo) que resultaria uma contradição de termos, um fato proibido-permitido.

Ao criticar a teoria da *ratio essendi* e a do caráter indiciário da ilicitude surgiu a teoria dos elementos negativos do tipo *negativen tatbestandsmerkmalen*, com o polêmico conceito de tipo total do injusto. Para essa teoria as causas de exclusão da ilicitude devem ser agregadas ao tipo como requisitos negativos deste, pois se contrapõem à assertiva de consideração como típica, e de maneira justaposta antijurídica.

Tudo está no tipo, que passa a ser um tipo total, formado do somatório de fato típico + antijuridicidade. É como se houvesse uma fusão entre o fato típico e ilicitude.

O tipo é o injusto descrito concretamente pela lei em seus diversos artigos e cuja realização vai ligada à sanção penal. Se todo fato típico é antijurídico, em razão da fusão, então não haveria qualquer causa de exclusão da ilicitude, ou a exclusão da ilicitude viria de forma expressa no corpo do tipo penal.

1.5 Funções do tipo penal

No âmbito do Direito Penal pode-se dizer que o tipo penal cumpre diferentes funções de acordo com o ponto de vista adotado ou com relação à teoria que se acolha, veja-se a seguir suas funções principais.

a) Função garantidora

O tipo penal garante que somente as condutas que estiverem descritas em lei podem ser reputadas delitivas e passíveis de serem reprimidas. É o nítido reflexo do princípio da legalidade.

Assim sendo, pode-se concluir que o tipo penal protege a segurança jurídica dos membros de uma sociedade ao não se permitir que sejam sancionadas condutas que se encontrem fora da esfera do domínio da normatividade.

b) Função seletiva

Mediante o processo de adequação típica e seu resultado positivo ou negativo se realiza um trabalho de seletividade, dado que implica em um juízo de valor seletivo por parte do julgador.

De igual maneira, relembre-se que o legislador mediante a elaboração dos tipos penais seleciona as condutas juridicamente relevantes e dignas de se consignar no ordenamento jurídico-penal.

c) Função sistematizadora

Diante do tipo penal e seu estudo tem-se uma ligação entre a parte geral e a especial do Código Penal.

É evidente que sem a parte especial do Código Penal (os tipos penais), a parte geral não teria nenhum sentido e vice-versa.

Conclui-se, portanto, que o tipo penal apresenta nítida tarefa de metodizar o ordenamento jurídico, integrando as duas partes do Código Penal.

d) Função fundamentadora

Mediante o tipo penal se começa a erigir a infração punível como tal, é o ponto de partida do exame jurídico de uma conduta.

Para alguns, a tipicidade é um indício de antijuridicidade e como tal é seu fundamento, para outros é o embasamento inicial do "injusto típico". O certo é que, seja qual for a posição adotada, se trata do primeiro elemento analisado no fato punível.

Em outras palavras a previsão de uma conduta delitiva por um tipo penal fundamenta o direito de punir estatal quando o agente viola sua legislação.

Se por um lado o tipo penal exerce uma função de segurança jurídica entre os indivíduos (função de garantia), por outro é pelo mesmo tipo penal que o Estado fundamenta suas decisões condenatórias, fazendo valer seu poder imperativo de punir.

e) Função indiciária da antijuridicidade

Decorre daqueles que acreditam na tipicidade como a *ratio cognoscendi* da ilicitude. Isto é, ao reputar-se uma conduta como típica, existe por tal um indício de que também seja antijurídica.

O tipo penal, portanto, delimita a conduta penalmente ilícita, fazendo surgir uma presunção relativa *iuris tantum* de que aquela ação penalmente tipificada praticada pelo indivíduo seja também antijurídica.

Contudo, por ser relativa, essa presunção pode ceder em favor do agente quando este lograr êxito em provar que sua conduta, muito embora prevista como típica, é lícita por estar amparada em alguma das excludentes de ilicitude. Nesse contexto percebe-se uma inversão do ônus da prova em desfavor do agente, pois será este que deverá provar a causa justificante de sua ação.

f) Função diferenciadora do erro

A intenção do agente (dolo) deve alcançar todas as elementares do tipo penal, motivo pelo qual o executor de um fato típico somente poderá ser apenado pela ação que cometeu quando possuir conhecimento de todas suas circunstâncias.

A ignorância ou o desconhecimento de alguma elementar do tipo legal por parte do indivíduo poderá configurar um erro de tipo, afastando o dolo, conforme reza o artigo 20 do Código Penal.

1.6 Elementos do tipo formal

O tipo penal descreve uma conduta lesiva a um bem jurídico penalmente tutelado, contudo, para que sua descrição seja perfeita, faz-se necessária a composição do núcleo com seus elementos (objetivos, subjetivos, normativos) e circunstâncias. Esse enfoque moderno contraria o que foi imaginado por Beling em sua concepção inicial: que o tipo penal era somente composto por elementos puramente objetivos.

Observa-se, contudo, que o tipo penal é único, não existem três tipos distintos, um descritivo, um subjetivo e outro normativo. Dentro do mesmo tipo penal se encontram todos esses elementos.

1.6.1 Elementos descritivos (objetivos) do tipo

Os elementos objetivo-descritivos do tipo penal compreendem um conjunto de termos e expressões que demonstram um juízo de certeza sobre seu significado e se encontram fora do psicológico do agente, possuem validade exterior que não se limita ao indivíduo que a pratica. Podem ser constatados por qualquer pessoa, pois são identificados por simples percepções sensoriais, em regra não oferecem maiores dificuldades.

Segundo Francisco de Assis Toledo são todas as circunstâncias da ação típica que não pertençam ao psiquismo, ao mundo anímico do agente. (TOLEDO, 1994)

1.6.2 Elementos normativos do tipo

Na concepção originária imaginada por Beling existiam no tipo penal apenas elementos objetivos, foi Mayer o primeiro a aceitar a presença de outros elementos no tipo que não somente os objetivos.

Nos dizeres de Luiz Luisi, não são elementos que se limitam a descrever o natural, mas que dão à ação, ao seu objeto, ou mesmo às circunstâncias, uma significação, um valor. (LUISI, 1987)

Elementos normativos do tipo são, portanto, aqueles que para sua compreensão não se mostram suficientes a mera atividade cognitiva, devendo-se realizar um juízo valorativo acerca da situação de fato por parte do destinatário da norma penal.

Os elementos normativos do tipo podem ser classificados em jurídicos ou culturais, conforme a fonte científica que traz seus conceitos. Elementos normativos do tipo jurídicos são os que trazem conceitos do próprio direito, por exemplo, as expressões: "documentos", "coisa alheia", "funcionário público", "esbulho possessório". De outro modo, os elementos normativos do tipo culturais são aqueles que envolvem conceitos inerentes a outras disciplinas do conhecimento científico, artístico, literário ou técnico, tais como as expressões: "ato obsceno", "pudor", "culto religioso", "fauna silvestre", "moléstia grave", etc.

O inflacionamento de elementos normativos previstos nos tipos penais vem causando grande preocupação entre os juristas, pois, assim como nos tipos penais abertos, abrem margem a inúmeras interpretações, comprometendo o princípio da taxatividade e gerando insegurança jurídica.

1.6.3 Elementos subjetivos do tipo

Os elementos subjetivos do tipo se caracterizam pelos fenômenos anímicos do agente, em especial pelos motivos, tendências e intenções que o levaram à prática da conduta antissocial.

São constituídos pelo elemento subjetivo geral que é o dolo ou por um elemento subjetivo específico, quando o legislador infundir na conduta do agente uma finalidade especial que o leva à prática do delito.

Eles integram hoje o tipo penal, permanecendo afetos à tipicidade, ficando superada a doutrina que inseria os elementos subjetivos do tipo na seara da culpabilidade.

1.6.4 Elementos especiais do tipo

Conjuntamente com os elementos objetivos, subjetivos e normativos do tipo, podem coexistir outros elementos *sui generis*, denominados por alguns doutrinadores de elementos especiais do tipo.

1.6.4.1 Elementos negativos do tipo

Conforme mencionado, são aqueles elementos que devem estar fora do fato concreto para que a adequação típica se concretize.

1.6.4.2 Elementos modais do tipo

Elementos modais são aqueles que expressam no tipo penal condições específicas de tempo, local ou modo de execução, essenciais para a caracterização do delito, por exemplo, o crime de infanticídio (art. 123 do CP), no qual a mãe que mata seu filho recém-nascido deve fazê-lo sob influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após. Exige-se que o crime seja executado conforme as condições temporais previamente fixadas pelo legislador

1.6.4.3 Elementos intermediários do tipo

São elementos que apresentam aspectos objetivos e normativos cujo significado é desvendado por um juízo de conhecimento baseado na experiência. Não se mostram sob a forma de expressões propriamente jurídicas ou de sentido cultural, diferenciando-se, nesse ponto, dos genuínos elementos normativos, por exemplo, coisa de "pequeno valor" (art. 155, § 2º do CP); "grave ameaça" (art. 213 do CP); "logo após o parto" (art. 123 do CP).

1.6 Conclusão

Pelo que foi estudado acima, observa-se resumidamente que o tipo penal é a descrição da conduta que o legislador desejou ver incriminada, ou seja, é a descrição legal de um comportamento que a sociedade entendeu por bem proibir.

É por meio do tipo penal que se localiza a fórmula ou modelo utilizado pelo legislador para definir a conduta penalmente punível.

A construção do tipo é consectário direto do Princípio da Legalidade, segundo o qual, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. É necessário, portanto, a descrição ou definição detalhada do que o ordenamento jurídico entende por fato criminoso.

Assim sendo, na missão de estruturação de um tipo penal o legislador deve observar se a conduta a ser definida atende os reclamos sociais, se não vai dar margens à interpretações divergentes e se segue os ditames de justiça que se espera com a incriminação de um novo comportamento humano.

No entanto, parece que essas exigências não foram verificadas pelo legislador quando da criação dos tipos penais da Nova Lei Antiterrorismo. As questões acerca dos problemas envolvendo tipo penal e tipicidade na nova lei serão melhor especificadas no capítulo seguinte.

2 A LEI ANTITERRORISMO E A IMPRECISÃO NA CONSTRUÇÃO DOS TIPOS PENAIS

De posse, ainda que brevemente, do estudo relacionado ao injusto penal, passa-se a analise da Lei nº 13.260, de 17 de março de 2016, denominada Lei Antiterrorismo, especificamente sobre a presença no seu corpo de tipos penas abertos ou com utilização de expressões que possibilitem interpretações amplas para a criminalização de certas condutas descritas no dispositivo.

A tipificação do crime de terrorismo era uma obrigação que o Brasil havia assumido perante a Organização das Nações Unidas e que estava deixando o país em uma situação bastante desconfortável dada a demora na sua implementação. Some-se a isto, o fato de ainda ter se candidatado a sediar grandes eventos internacionais, como a Copa do Mundo de 2014, e as Olimpíadas de 2016. Tal situação somente fez o Brasil reforçar seu compromisso na criação mecanismos penais para tentar barrar a prática de possíveis intentonas terroristas. (NETTO, 2016)

Assim, pretendeu-se com o advento da novel legislação, solucionar grande dificuldade até então existente, de adotar um conceito, uma definição legal, delineando pontualmente o que deveria se entender como crime de terrorismo.

Muito embora vários dispositivos antecedentes façam menção ao terrorismo, como a própria Constituição Federal (art. 5°, inc. XLIII), o Estatuto do Estrangeiro (art. 77, § 3º, da Lei 6.815/80)[3]; a Lei de Segurança Nacional (art. 20, da Lei n° 7.170/83)[4]; a Lei dos

[3] Art. 77 Não se concederá a extradição quando: § 3° O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

Crimes Hediondos (art. 2°, da Lei 8.072/90,)[5] e a Lei de Combate ao Crime Organizado (art. 1°, § 2°, inc. II, da Lei 12.850/13)[6].

A lei em debate tem como objeto[7] regulamentar o mandado de criminalização disposto expressamente no artigo 5º, inciso XLIII[8], da Constituição Federal, conceituando o terrorismo, tratando de questões investigatórias e processuais referentes a esses delitos, reformulando a definição de organização terrorista e alterando ainda a Lei nº 7.960/89 que trata da prisão preventiva e a Lei nº 12.850/13 referente às organizações criminosas.

Deste modo, concentrar-se-ão neste tópico, a atenção ao ponto de maior relevância e objeto de crítica.

A redação do artigo 2º, da Lei Antiterrorismo[9], não fugiu da tendência mundial de tipificação dessa conduta, uma vez que reconhece de forma geral como elemento essencial do aludido crime a mensagem de terror. (CALLEGARI, 2016)

Muito embora o Brasil seja signatário de vários tratados internacionais que definem o conceito de terrorismo, ele não adotou nenhum deles em especial. Uma pena, pois existem tipificações melhores e mais adequadas do que a que foi empregada no artigo 2º[10].

O mencionado artigo não definiu de fato a conduta típica, o que fez foi criar um tipo penal genérico e demasiadamente abrangente, de forma a colocar nas mãos do julgador e, diante de sua percepção subjetiva, a possibilidade de enquadramento das ações delitivas. Isso não é nada bom, pois pode dar margem a ocorrência de inúmeros problemas.

Nesse ponto, vale salientar o Princípio da Legalidade, assentado tanto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal[11], bem como no artigo 1º do Código Penal[12].

---

[4] Art. 20 Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

[5] Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança.

[6] Art. 1 º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.§ 2º Esta Lei se aplica também: II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

[7] Art. 1º - Esta Lei regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista.

[8] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura , o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

[9] Art. 2º - O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

[10] Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

O Princípio da Legalidade assegura a possibilidade do prévio conhecimento pelo indivíduo de tipos penais incriminadores, assim como suas penas, garantindo que o mesmo não seja submetido à coerção penal distinta daquela aposta na lei.

Referido princípio, na leitura lhe empresta o Direito Penal, divide-se em quatro postulados: a) irretroatividade da lei penal incriminadora; b) vedação da utilização de analogia *in malam partem*; c) reversa legal e; d) mandado de certeza, ou da taxatividade, esse último é o que, por hora, interessará ao estudo.

A função de taxatividade (determinação), ou mandado de certeza, é criação recente da doutrina e também de uso ainda limitado pela jurisprudência, carecendo de melhor delimitação da sua abrangência e seus limites. (PALAZZO, 1989)

As exigências da *lex certa* implicam que todas as normas penais devem ser formuladas de maneira ultra cristalina, seu conteúdo ser inequívoco, esgotando-se no próprio dispositivo à apenas uma única possibilidades interpretativa, para eu possam dar por inteiro o conhecimento aos seus destinatários: cidadãos e operadores do direito. (SILVA SANCHEZ, 1992)

A tendência do legislador moderno a expressar-se de forma simplista e pouco clara e de distribuir o peso da decisão nos ombros alheios, tem diferente intensidade segundo os ramos do direito e, também, diferentes consequências.

Existem áreas do direito que, por assim dizer, se encontram em movimento por sua própria natureza (como por exemplo, o direito econômico ou impositivo) são planos mais dinâmicos denominados ramos móveis, enquanto que outras esferas se apoiam melhor em regulações de certo modo mais perenes, como, por, exemplo, o Direito de Família ou o Direito Penal.

Os âmbitos "móveis" toleram melhor que os "perenes" um direito judicial flexível. Nestes últimos, as modificações normativas supressivas, frequentes e não espetaculares transmitem a sensação de instabilidade e irritação, enquanto que nos outros, pode ser um indício de presença da modernidade. (HASSEMER, 2003)

As técnicas mais recentes de tipificação penal utilizadas pelo Estado para repressão da conduta humana perniciosa, como as denominadas cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados, os tipos penais abertos, a criação de crimes comissivos por omissão,

---

[11] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

[12] Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

os elementos normativos dos tipos e as leis penais em branco, evidenciam a dissociação do Direito Penal atual para com a exigência de observância da *lex certa*. (BUSSATO, 2007)

A clareza na descrição da conduta no tipo penal incriminador deve ser suficiente para impedir a abstração, ou seja, inibir a dúvida interpretativa. Deve-se evitar a utilização de normas muito generalizadas ou que contenham tipos penais genéricos ou abertos em demasia. O legislador deve elaborar a norma de modo objetivo e satisfatoriamente determinado, para que exista uma perfeita descrição da ação típica. (LOPES, 2006)

Analisando-se o disposto no *caput*, do artigo 2º, da lei, é possível perceber que se trata de um crime vinculado a determinados motivos especificados pela norma, como xenofóbicos, discriminatórios ou preconceituosos sobre de raça, cor, etnia e religião.

É admissível também destacar a presença do elemento subjetivo do tipo distinto do dolo em razão da "finalidade de provocar terror social". Sobre esse ponto, o legislador se utilizou de um termo absolutamente vago, acabando por inviabilizar a compreensão e alcance do tipo penal. Tal ocorrência viola incisivamente o princípio da legalidade como função de garantia por uma máxima determinação e taxatividade aos modelos penais.

Além disso, o legislador inseriu no corpo do artigo em análise o termo "terror social", aludida expressão é de conteúdo completamente semântico, vago e impreciso, contrariando frontalmente a teoria constitucional do crime. Sem contar que, assim agindo, deixou o bem jurídico que se pretendei proteger, totalmente indeterminado, [13] é aquele celebre dito popular, para cobrir o tronco, deixou os pés para fora. (BARBOSA, 2016)

Aparentemente nota-se que o legislador quando optou por utilizar expressões absolutamente genéricas, tais como "terror social" e "organizações terroristas" para confecção do dispositivo, acabou compromete todo o trabalho legislativo, dado que a imprecisão desses conceitos. Ao elencar um tipo penal demasiadamente aberto, afrontou o princípio da legalidade estrita.

Diga-se o mesmo quando o legislador escolheu para empregar no artigo em comento, o dolo especial de causar "terror social". Quantas interpretações serão possíveis de se dar a essa expressão em um julgamento de um caso concreto desse delito? Resta-se claro que nesse caso é impossível se determinar a verdadeira abrangência do elemento subjetivo do tipo, motivo pelo qual, impraticável também será a imputação desse delito ao agente, sob pena de se retroceder aos antigos tempos da responsabilização penal objetiva.

[13] Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/academia-policia-lei-132602016-ato-terrorista-hermeneutica-constitucional

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desse estudo foi possível observar que, muito embora a promulgação da nova Lei Antiterrorismo tenha aparecido no mundo jurídico como meio para resolver todos os problemas atinentes ao terrorismo no país, e, que, de certa forma também tenha sido um cala-boca às pressões externa para que o Brasil criasse um diploma nesse sentido. Percebeu-se, nesse caso, que o açodamento foi antagonista a maestria quando se tratou da observação do Princípio da Legalidade, da confecção de tipos penais fechados e da tipificação precisa dos delitos.

A eleição de expressões demasiadamente genéricas para integrarem o tipo penal do crime de terrorismo, fez com que todo esforço legislativo fosse minado, impossibilitando, sob a ótica do Princípio da Legalidade, uma perfeita tipificação da conduta ilícita em análise.

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFIA

BUSSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. Introdução ao direito penal: Fundamentos para um sistema penal democrático. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007.

CALLEGARI, André Luís, LIRA, Cláudio Rogério Sousa, REGHELIN, Elisangela Melo, MELIÁ, Manuel Cancio, LINHARES, Raul Marques. O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo: de acordo com a Lei nº 13.260/2016. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2016.

DESTEFENNI, Marcos. O injusto Penal. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimento. Límites de la prisión preventiva. Traducción de Patricia S. Ziffer. 2ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc. 2003.

LOPES, Luciano Santos. Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris. 2006.

LUISI, Luiz. O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

PALAZZO, Francesco C. Valores constitucionais e direito penal. Tradução por Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1989.

SANTOS. Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2000.

SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. Aproximación al Derecho penal contemporâneo. Barcelona. Bosch. 1992.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro - parte geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WESSELS, Johannes. Direito Penal – aspectos fundamentais. Tradução e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre. Fabris. 1976.

Sites:

Disponível em *http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/academia-policia-lei-132602016-ato-terrorista-hermeneutica-constitucional*

Disponível em *http://www.defesanet.com.br/terror/noticia/21886/Analise---A-nova-lei-sobre-o-terrorismo-do-Brasil/*