

Direito penal do bem jurídico: legitimidade da construção típica dos delitos de perigo na Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto (Lei de Combate ao Terrorismo)

Diego Pessi

Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul

RESUMO: Direito Penal do bem jurídico. Sociedade de risco. Conceito de objeto jurídico, objeto material, perigo concreto e abstrato. Resultado de perigo. Antecipação da proteção do bem jurídico. Legitimidade da construção típica dos crimes de perigo nos crimes da Lei de Combate ao Terrorismo.

PALAVRAS-CHAVE: Tipicidade. Bem jurídico. Terrorismo. Risco. Desvalor de cuidado-de-perigo.

ENGLISH

TITLE: Criminal law of legal interest: legitimacy of the typical construction of criminal offenses in law 52/2003: 22nd August 2003 (Anti-terrorism law).

ABSTRACT: Criminal law of legal interest. Risk society. Concept of legal object, material object, concrete and abstract danger. Danger result. Anticipation of protection of legal interest. Legitimacy of the typical construction of criminal offenses in crimes of the anti-terrorism law.

KEYWORDS: Typicity. Legal interest. Terrorism. Risk. Disadvantage of caution-of-danger.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Objeto jurídico, objeto material, perigo concreto e abstrato – 3 A construção típica dos delitos de perigo – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

As tipificações criminais dentro da esfera de perigo são ferramentas de política criminal voltadas a prevenir a ocorrência de lesão concreta ao bem jurídico, mediante antecipação da punição da conduta tendente a esse fim, “tendo em vista que a complexidade da sociedade de hoje faz com que determinadas condutas coloquem em perigo uma infinidade de bens jurídicos que um tipo legal de perigo-concreto ou dano/violação seria incapaz de tutelar porque não teria uma atuação tão abrangente” (Silva, 2005:268). O problema está no fato de que o emprego ilegítimo dessa política pode levar ao avanço indevido do poder estatal sobre as liberdades individuais dos cidadãos, degradando-se em instrumento de arbítrio e tirania. Não por acaso, uma das principais críticas ao chamado “Direito Penal do risco” é justamente no sentido de que ele implicaria uma mutação no Direito Penal, que, perdendo a ambição de permanecer fragmentário (ao menos empiricamente), assumiria um caráter expansivo, trazendo junto com a ampliação da proteção penal a diminuição da exigência de censurabilidade da conduta incriminada (Silva, 2005).

Nesse quadro dialético se insere o combate ao terrorismo, fonte permanente de insegurança social, que, nas palavras de Ulrich Beck, se distingue por não possuir um ator localizável no tempo e no espaço, tampouco potencial militar clássico, mas, antes, por representar um risco indireto e incerto que impõe aos Estados-nação um “regime de desconhecimento” em relação às três grandezas do cálculo de segurança tradicional: agente, intenção e potencial (Beck, 2015). É justamente por estarem situadas dentro dessa esfera de perigo que muitas das tipificações criminais que visam a combater o terrorismo caracterizam-se pelo alargamento do campo de proteção do bem jurídico e aumento da área da punibilidade. O presente trabalho propõe-se a elencar alguns critérios razoa-

velmente seguros para, numa concreta ponderação, legitimar essa construção típica (Costa, 2000), a partir da análise dos delitos previstos nos artigos 2º/ 4¹, 4º/10 e 11² da Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto).

2 OBEJTO JURÍDICO, OBJETO MATERIAL, PERIGO CONCRETO E ABSTRATO

Para consecução do objetivo proposto cumpre-nos lembrar, antes de mais nada, das distinções conceituais elementares entre objeto material e objeto jurídico, resultado, dano e perigo em matéria penal. Na valiosa lição de Walter Coelho, o objeto jurídico equivale ao objeto de proteção da norma, ou seja, representa o próprio conteúdo valorativo do tipo, relaciona-se com seu significado e constitui sua síntese. Divide-se em objeto jurídico formal (equivale aqui à própria norma infringida) e substancial (que se refere ao interesse penalmente tutelado). O objeto jurídico substancial pode ser classificado sob três aspetos: genérico (de forma ampla e abrangente equivale ao interesse público), específico (aquele que é próprio de determinado grupo de crimes e se relaciona diretamente com o interesse lesado ou colocado em risco, como, p.ex., economia popular, segurança nacional, etc.) e subespecífico (que se relaciona com o peculiar aspeto assumido pelo interesse protegido, como, p.ex., no crime de homicídio que tem como objeto jurídico específico a pessoa e subespecífico a vida humana). Conforme exemplifica o autor, “a pessoa humana é especificamente protegida, pela norma jurídica, em sua integralidade, sendo que os diversos aspectos dessa personalidade, isto é, seus atributos biológicos, físicos, psíquicos, éticos e culturais vêm a constituir os objetos jurídicos subespecíficos

¹ 4 – Quem praticar actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

² 10 - Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista ao treino, apoio logístico ou instrução de outrem para a prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos.

11 - Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista à adesão a uma organização terrorista ou ao cometimento de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos.

da tutela penal” (Coelho, 1998:60). Objeto material, por seu turno, é aquele sobre o qual incide a ação ou ataque. Corporifica-se num indivíduo ou em uma coisa que suporta a conduta do sujeito ativo do delito. É “a coisa corporal ou pessoa física sobre as quais incide, materialmente, a ação humana” (Coelho, 1998:63), estando por tal razão inserido no próprio tipo penal. Resta claro, dessa forma, que todo crime possui objeto jurídico, mas nem todo crime tem, necessariamente, objeto material.

Nos crimes de perigo concreto, o perigo é parte integrante do tipo penal, que resta preenchido quando o bem jurídico é efetivamente posto sob ameaça. O perigo, em tais casos, não constitui elemento arbitrário ou simples impressão, mas a situação objetiva de possibilidade de dano submetida a um juízo de avaliação silogístico, que tem como premissa menor o conhecimento da presença de determinadas circunstâncias e como premissa maior a lição da experiência em torno de circunstâncias análogas. Dito de outro modo: “O advento do dano será mais ou menos provável (segundo a maior ou menor preponderância das circunstâncias favoráveis sobre as contrárias), mas cumpre que seja sempre demonstrável lógica e praticamente em cotejo com os casos análogos” (Hungria e Fragoso, 1980:19). Aqui, o perigo representa em si mesmo um resultado, um evento no mundo objetivo, definido por Figueiredo Dias como “resultado de perigo” (Dias, 2012:343). Já nos crimes de perigo abstrato, o perigo não constitui elemento do tipo, mas motivo da proibição: a conduta é considerada em sua perigosidade intrínseca para determinado bem jurídico, independentemente de haver criado perigo efetivo (Costa, 2000).

Há mesmo quem sustente ser ultrapassada a subdivisão doutrinária entre crimes de perigo abstrato e concreto, pois, no atual contexto histórico e dogmático, os tipos de perigo só poderiam criminalizar ações que impliquem risco ao bem jurídico (Brandão e Siqueira, 2016), na medida em que a antiga distinção risco/seguridade confunde ações perigosas (nas quais os possíveis danos ou perdas estão fora da esfera de decisão do agente afetado) com ações de risco (aquelas em que os possíveis danos futuros são consequências da própria decisão que é controlada pelo agente). Qualquer que seja o entendimento a esse respeito, é inegável que, se nos crimes de dano/violação existe

uma perfeita simetria entre o nexos de causalidade e a consistência material do resultado desvalioso, nos crimes de perigo o desvalor do resultado é o próprio perigo resultante da conduta (que se dá num momento de tempo preciso e real, construído pela norma). Como ensina Faria Costa, “o efeito das ações perigosas, isto é, o perigo, não tem consistência material, processa-se no tempo mas não se solidifica no espaço. O que se solidifica no tempo e no espaço é a ação concretamente desvaliosa. O desvalor de resultado de perigo tem um tempo real, mas só tem um espaço construído” (Costa, 2000:585).

3 A CONSTRUÇÃO TÍPICA DOS DELITOS DE PERIGO

Estabelecidos os conceitos e distinções entre objeto material, objeto jurídico, perigo e dano em matéria penal, passamos à análise dos critérios que, em nosso entendimento, legitimam a construção típica dos crimes de perigo na Lei de Combate ao Terrorismo, pois julgamos falaciosas – para dizer o mínimo – equiparações como a de Zaffaroni no sentido de que a criminalização de condutas de perigo concreto e abstrato equivale ao regresso do direito penal de autor, e que o conceito de perigosidade não passaria de uma tentativa de criminalizar a “mera capacidade” de provocar lesão de modo a estigmatizar alguém como “inimigo do povo” (Valente, 2002).

Cabe recorrer, aqui, à lição de Faria Costa, segundo o qual a ofensividade se estrutura em três níveis: desvalor de dano-violação, desvalor de concreto-pôr-em-perigo e desvalor cuidado-de-perigo. Esse último desvalor, observa o jurista, opõe-se a essenciais valores do viver comunitário e, mesmo sem a recorrência imediata do bem jurídico, legitima a construção típica dos crimes de perigo abstrato (cujo aparente déficit de legitimidade pode ser contrabalançado pela minúcia na descrição da conduta), desde que o momento relacional de cuidado-de-perigo esteja ligado com a mediação de um concreto bem jurídico que possua dignidade penal (Costa, 2000). Nessa senda, ao tratar das doutrinas que enfatizam o caráter preventivo do combate a formas extremas de criminalidade – cujo perigo muitas vezes é secreto e de potencial incalculável – Alexandre Sousa Pinheiro colaciona a observação de Wolfgang Hoffman-Riem no sentido

de que “a impossibilidade de determinar o ‘momento’ e a ‘qualidade’ do perigo leva a que se actue ‘no antecampo do perigo, no antecampo do suspeito e no próprio antecampo do antecampo’” (Pinheiro, 2013:14-5). Cita como exemplo a legislação que permite punir indivíduos envolvidos em atividades realizadas em campos de treino de organizações terroristas, independentemente da efetiva verificação de atos que resultem em violação de regras jurídicas.

Ora, se a Lei de Combate ao Terrorismo tem como escopo antecipar a proteção a bens jurídicos penalmente relevantes (ampliando os limites da intervenção penal na esfera individual), seria contraditório exigir-se, como critério de legitimidade para construção de seus tipos penais, que as condutas criminalizadas tenham invariavelmente uma relação de proximidade com o objeto material do crime (objeto do ataque), quer sobre ele incidindo (hipótese de desvalor de dano-violação), quer submetendo-o imediatamente à probabilidade de dano (caracterizando desvalor de concreto-pôr-em-perigo). Dessa forma, respeitado o estatuto ontológico do direito penal do risco, devemos buscar no consenso da melhor doutrina alguns critérios que legitimam a construção típica dos delitos de cuidado-de-perigo. Sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, julgamos que tal legitimidade pode ser aferida mediante resposta às seguintes indagações: 1) A conduta tipificada apresenta desvalor de cuidado-de-perigo ao menos mediadamente ligado a algum objeto jurídico? 2) Esse objeto jurídico possui dignidade penal, ou seja, num juízo qualificado de intolerabilidade social, é merecedor de tutela penal? 3) A construção do tipo penal atende ao critério de determinabilidade, mediante descrição da matéria proibida de modo que a conduta se torne objetivamente determinável, motivável e dirigível (Dias, 2012)?

Com base nesses critérios, podemos dizer que os tipos penais do art. 2º/4³, 4º/10 e 11⁴ da Lei nº 52/2003 de 22 de agosto (Lei de Combate ao Terroris-

³ 4 – Quem praticar actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos

⁴ 10 - Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista ao treino, apoio logístico ou instrução de outrem para a prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos.

11 - Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista à adesão a uma organização terrorista ou ao cometimento de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido

mo), ora tomados como objeto de análise, possuem construção legítima, pois: 1) os elementos objetivos das condutas descritas (organizar, viajar, tentar viajar, p. ex.) adquirem determinabilidade e passam a ser portadores de perigosidade intrínseca diante do dolo inequívoca e explicitamente exigido para caracterização do crime (intenção de constituir ou aderir a grupo terrorista, treinar, prestar apoio logístico ou instrução com vista à realização de ato terrorista); 2) a ligação mediata do desvalor de cuidado-de-perigo (Costa, 2000) aos bens jurídicos tutelados exsurge dessa representação do fato, do conhecimento de sua ilicitude e da vontade de praticá-lo, em face do que não seria razoável aguardar os desdobramentos causais das condutas incriminadas; 3) justifica-se, *in casu*, a atuação do direito “no antecampo do antecampo” (Pinheiro, 2013:14-5) visando à proteção dos objetos jurídicos, pois as condutas incriminadas apresentam em potência, como único desdobramento causal provável, a evolução para um estado de perigo concreto (organização de grupo terrorista, adesão a grupo terrorista, treinamento de agentes terroristas e apoio logístico a ato terrorista) e, a seguir, para a efetiva concretização do dano (atentado terrorista propriamente dito) e violação de um incalculável número de bens jurídicos, que caracteriza crime contra a humanidade (Escudeiro, 2018).

O terrorismo opera mediante difusão de um estado antissocial e anti-humano, visando à normalização do estado de emergência (Beck, 2015) e, não por outro motivo, três dos cinco marcos da Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo de Portugal (derivada da Estratégia Contraterrorista da União Europeia) situam-se na esfera da antecipação da proteção – detetar, prevenir, proteger (os outros dois são perseguir e responder - Elias, 2018) – respaldando amplamente as disposições penais que incidem sobre o desvalor cuidado-de-perigo.

Como fez notar Ulrich Beck (2015), o terrorista suicida não corre risco algum: sua ação é infalível e a dissuasão não o assusta, pois ao morrer torna-se invencível. Seu terror é arbitrário e sua ameaça é assimétrica (no sentido mais radical da palavra), ante a impossibilidade de defesa das vítimas, que faz da coragem e da covardia posturas igualmente inúteis. Diante dessa realidade, excluir a antecipação da proteção do objeto jurídico equivaleria a negar vigência

com pena de prisão até 5 anos.

real ao Direito, mantendo-se a expectativa de um comportamento correto em relação a agentes que, a toda evidência, recusam apoio cognitivo e fidelidade ao ordenamento jurídico (Jakobs e Meliá, 2006).

4 CONCLUSÃO

A complexidade da sociedade moderna traz consigo uma miríade de riscos e a preservação dos bens jurídicos colocados sob ameaça exige a criminalização de condutas na esfera do perigo. Diante da legítima preocupação com o desvirtuamento do chamado “direito penal do risco” em instrumento de tirania estatal, elencamos, com base no consenso da melhor doutrina, alguns critérios de legitimação para a construção típica dos delitos de perigo e buscamos conferir densidade à análise mediante a aplicação desses critérios aos tipos penais dos artigos 2º/ 4, 4º/10 e 11 da Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto). Em nosso entendimento, esses tipos bem representam a permanente tensão dialética havida entre segurança/liberdade que constitui, em última análise, o próprio âmago da presente investigação.

Concluimos que os tipos penais, ora analisados à luz dos critérios de determinabilidade, perigosidade intrínseca, intolerabilidade social, ligação mediata do desvalor de cuidado-de-perigo e dignidade penal do objeto jurídico tutelado, foram construídos de forma legítima e atendem a uma real necessidade de antecipação da proteção do objeto jurídico. A criminalização de ações que, em tese, constituiriam meros atos preparatórios resta plenamente justificada: 1) pela dignidade penal dos bens jurídicos tutelados; 2) pelo altíssimo grau de intolerabilidade social inerente às atividades terroristas; 3) pelo desvalor de cuidado-de-perigo que exsurge da ameaça a esses bens jurídicos pela atividade criminosa socialmente intolerável; 4) pela exigência de dolo específico e descrição pormenorizada da matéria proibida, que conferem determinabilidade ao tipo penal.

Entendimento contrário implicaria admitir que as autoridades assistam impassíveis ao curso regular de condutas cujos desdobramentos tendem a converter-se, inexoravelmente, no fortalecimento de organizações terroristas

e na prática de atos terroristas. Uma omissão desse género seria temerária e imperdoável, constituindo grave violação do dever constitucional de garantia da liberdade e segurança dos cidadãos⁵, que levou o legislador a elencar o terrorismo entre os crimes de investigação prioritária em território português (art. 3º da Lei n.º 96/2017 de 23 de agosto).

REFERÊNCIAS

BECK, U. *Sociedade de Risco Mundial*, em busca da segurança perdida. Lisboa: Edições 70, 2015.

BRANDÃO C.; SIQUEIRA, L. Tipicidade e Perigo: para a compreensão da recepção penal da dicotomia do risco e do perigo. *Revista de Estudos Criminais* n.º 61, 2016, pp. 43-65.

COELHO, W. *Teoria Geral do crime*, volume I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris e Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1998.

COSTA, J. F. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DIAS, J. F. *Direito Penal*, parte geral, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ELIAS, L. *Ciências policiais e segurança interna*, desafios e prospetiva. Lisboa: ISCPSI, 2018.

ESCUDEIRO, M. O terrorismo e o Tribunal Penal Internacional, in *Segurança Interna*, Desafios na sociedade de risco mundial, Lisboa: ISCPSI, 2018, pp. 76-107.

⁵ Constituição da República Portuguesa: “Artigo 27.º Direito à liberdade e à segurança 1. Todos têm direito à liberdade e à segurança”.

HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C. *Comentários ao Código Penal*, volume VII. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. *Derecho Penal del enemigo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

PINHEIRO, A. S.; et al. O Direito Penal do inimigo e a protecção das liberdades individuais: o caso particular da privacidade, in *Direito & Política*, n.º 3. Loures: Diário de Bordo, 2013, pp. 6-27.

SILVA, E. S. de O.; et. al. Direito Penal preventivo e os crimes de perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no Direito, in *Temas de Direito Penal Económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 251-283.

VALENTE, M.M.G. *Direito Penal do inimigo e terrorismo*. Coimbra: Almedina, 2002.