



DELITO DE TERRORISMO E CONSTITUIÇÃO FEDERAL: ANÁLISE DOGMÁTICA DO MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO

Gerson Faustino Rosa¹

Escola Superior da Polícia Civil do Estado do Paraná - ESPC, Curitiba, PR

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9050-9035>

E-mail: gersonfaustinatorosa@gmail.com

Trabalho enviado em 2 de abril de 2024 e aceito em 15 de dezembro de 2025



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

¹ Doutor em Direito. Professor de Direito Penal. Coordenador de curso. E-mail: gersonfaustinatorosa@gmail.com.



RESUMO

diante da grande dificuldade conceitual que envolve o tema, o artigo se propõe a delimitar de forma mais precisa o conceito de terrorismo à luz da doutrina e da legislação nacional e internacional, além de analisar criticamente o modelo incriminador brasileiro. Perfaz uma análise crítica acerca da determinação constitucional de criminalização, discutindo sobre o alcance de tal mandamento e suas respectivas consequências jurídicas. Argumenta ser o bem jurídico-penal diretriz e limite infranqueável no desenvolvimento de qualquer criminalização, delineando os elementos essenciais para uma tipificação legal dos atos de terrorismo no Brasil em plena conformidade com os princípios fundamentais do Direito Penal. Explora a análise lógico-linguística do mandado constitucional de criminalização e os demais elementos da norma constitucional-penal. Para tanto, parte-se de uma abordagem lógico-dedutiva, dialética e indutivo-argumentativa, analisando-se os fatos desde uma perspectiva geral até outra específica.

Palavras-chave: Terrorismo. Mandamento de criminalização. Princípio da Legalidade. Imputação subjetiva. Repúdio ao terrorismo.

ABSTRACT

in view of the great conceptual difficulty, the article proposes to define more precisely the concept of terrorism in the light of national and international doctrine and legislation, in addition to critically analyzing the Brazilian incriminating model. It provides a critical analysis of the constitutional determination of criminalization, discussing the scope of such a commandment and its respective legal consequences. It argues that the legal-criminal good is a guideline and unbreakable limit in the development of any criminalization, outlining the essential elements for a legal classification of acts of terrorism in Brazil in full compliance with the fundamental principles of Criminal Law. Explores the logical-linguistic analysis of the constitutional criminalization order and the other elements of the constitutional-criminal norm. To this end, we start from a logical-deductive, dialectical and inductive-argumentative approach, analyzing the facts from a general perspective to a specific one.

Keywords: Terrorism. Criminalization warrant. Principle of Legality.

INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, os atos de terrorismo enquanto fenômenos sociopolíticos constituem os episódios mais assombrosos do nosso tempo, pelo que a maioria dos Estados têm se unido na busca de soluções das mais diversas ordens. Na seara jurídica, inúmeros documentos internacionais foram elaborados e variegados instrumentos normativos almejaram definir a conduta terrorista.

Ante o florescimento do rigorismo normativo com a criação de disposições legais que alteram a ordem jurídica estatal restringindo direitos e garantias em busca de maior efetividade na persecução penal do terrorismo, o legislador ordinário, no intuito de cumprir a prescrição constitucional, engendrou a Lei Antiterrorismo, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista.

Certo é que, especificamente em relação à definição jurídico-penal do terrorismo, tal como é tormentosa a tarefa de conceituar o fenômeno terrorista, também o é fazê-lo juridicamente. Não só por sua complexidade e pela carga pejorativa que a dicção encerra, mas também, por suas incontáveis formas de manifestações.

Diante disso, inexistente consenso sobre o que se apercebe como *terrorismo*. É nessa senda que o presente trabalho pretende delinear as rubricas essenciais para a instituição de uma tipificação legal do terrorismo no Brasil, com especial ênfase aos elementos que deverão integrar o seu tratamento jurídico-penal.

Para tanto, a análise do tratamento constitucional do terrorismo é imprescindível, especificamente dos arts. 4.º, VIII e 5.º, XLIII, verificando-se os limites para a sua definição jurídico-penal. Tendo em vista o mandamento constitucional expresso de criminalização, a questão que pulula é: tem o legislador ordinário de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos? E em que medida?

Baseado em uma análise rigorosa dos ditames constitucionais e da doutrina científica, o presente trabalho se destina a ser um estudo pretende desenvolver uma valiosa construção jurídico-constitucional, sobretudo no atual cenário de crise da dogmática jurídico-penal, corriqueiramente vilipendiada.

1. ART. 4.º, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: REPÚDIO AO TERRORISMO ENTRE OS PRINCÍPIOS REGENTES DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DA REPÚBLICA

Nesse cenário de iterados ataques e ameaças terroristas, a comunidade internacional traçou duas formas de respostas: uma mais branda, perpetrada através de ações de inteligência como o



rastreamento financeiro, o combate à lavagem de dinheiro, a aplicação dos vários compromissos firmados nos tratados internacionais para a coordenação de ações antiterroristas e o reforço das políticas públicas para fortalecer a segurança pública; a outra, não excludente, volta-se ao emprego de uma política duramente repressiva. De qualquer modo, certo é que toda a comunidade internacional deve encontrar soluções eficazes e capazes de fazer frente à instabilidade violenta oriunda dos recorrentes e aterrorizantes atentados.²

Na seara jurídica brasileira, a Constituição Federal indicou, em seu Título I, entre os *princípios fundamentais* da República Federativa do Brasil, precisamente no art. 4.º, VIII, que o *repúdio ao terrorismo* é um dos princípios regentes das relações internacionais³.

Note-se que a Carta Política de 1988 investiu no âmbito das relações internacionais e da integração com outros Estados, sendo precursora na evolução constitucional pátria ao contemplar um capítulo específico sobre as relações internacionais⁴, atribuindo aos incisos do presente dispositivo constitucional, a condição de princípios fundamentais, tais como são os demais princípios estruturantes e os objetivos fundamentais (vide arts. 1º a 4º, da CF)⁵.

Aqui, o termo *princípio* exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema”, uma vez que se posiciona como verdadeiro alicerce dele, como disposição fundamental que ecoa sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, precisamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁶.

² MELO, Vera Lúcia Monteiro da Mota. *O Terrorismo e o Impacto nos Direitos Humanos*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Sociais) - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2015, p. 11-12. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/15194/1/Melo_2015.pdf. Acesso em: 13 mar. 2019.

³ ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de; HENRIQUES, Hamilton Belloto. *Direito Penal: ensaios acadêmicos*. Edijur: Leme, 2021, p. 38.

⁴ PIOVESAN, Flávia. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153.

⁵ A Constituição Federal de 1988 inova ao estabelecer no artigo 4º os princípios que governam as relações internacionais, fixando determinados parâmetros para a política externa brasileira. O artigo 4º da Constituição Federal afirma que: “Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Observa-se, neste contexto, que diversamente das constituições anteriores, a Constituição Federal de 1988 inova ao elevar à categoria constitucional os princípios norteadores das relações internacionais, e afirma ser a República Federativa do Brasil integrante da sociedade internacional. Por sua vez, as Constituições brasileiras de 1824, 1934 e 1937 limitaram-se a tratar apenas do princípio da soberania ou independência nas relações internacionais (LOPES, Inez. *Breves Considerações sobre os Princípios Constitucionais das Relações Internacionais*. *Consilium*. Brasília, n. 3, v. 1 jan-abr. 2009, p. 01).

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 451.

Daí que, pelo fato de o *repudio ao terrorismo* ser um princípio regente das relações internacionais, consubstancia autêntica ordenança que se irradia e imanta os sistemas de normas⁷, atuando como um dos diversos núcleos condensados nos quais confluem os valores e bens constitucionais⁸.

Trata-se de verdadeiro *princípio político-constitucional* – espécie do gênero *princípio constitucional fundamental* - que traduz a opção política substancial conformadora da Constituição⁹. Integra, pois, a decisão político-diretiva basilar que se concretiza em normas fundamentais (*normas-princípio*), instituidoras do sistema constitucional positivo¹⁰, de onde emanam, logicamente, as normas particulares que regulam imediatamente as relações específicas da vida social¹¹. Em suma, repudiar o terrorismo é parte da *decisão política fundamental* da República Federativa do Brasil¹², assim como toda a matéria tratada no “rol axiológico basilar” da Constituição Federal (arts. 1.º a 4.º) que, como “norma de caráter teleológico impõe uma orientação a todo o ordenamento infraconstitucional”¹³.

Nessa perspectiva, os princípios regentes das relações internacionais, consagrados no art. 4.º da Lei Maior, objetivam balizar a atuação do Brasil na condição de membro integrado em uma comunidade internacional. E correspondem, em boa medida, a princípios já consolidados no próprio Direito Internacional Público, recepcionados pela nossa Constituição Federal e assumidos como sendo também princípios fundamentais do ordenamento jurídico interno¹⁴.

⁷ José Afonso da Silva classifica-o como um dos princípios fundamentais relativos à comunidade internacional (SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 93-94 e 96).

⁸ “Os princípios que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-as em *normas-princípios* e constituindo preceitos básicos de organização constitucional” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 49). Por aí afirmar que “todo princípio é norma, mas nem toda norma é princípio” (PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 199).

⁹ Segundo Canotilho, os princípios constitucionais são basicamente de duas categorias: princípios político-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais. Aqueles se constituem daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, ao passo que, estes são princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 171).

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Coimbra: Coimbra, 2012, v. 1, p. 200.

¹¹ Em outras palavras, são decisões políticas fundamentais sobre a particular forma de existência política da nação (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 24). Segundo Canotilho, constituem a síntese e a matriz de todas as restantes normas constitucionais, pois definem e caracterizam a coletividade política e o Estado, enumerando as principais decisões político-constitucionais, tais como: princípios definidores da forma de Estado, do regime político, da forma de governo e da organização política interna e internacional em geral (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 178-179).

¹² SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 95.

¹³ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte especial: volume 9, Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 82.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 356. Nesse contexto, os princípios das relações internacionais fundam um novo paradigma na construção do Estado democrático de Direito, elevando-os à categoria de (princípios) universais (LOPES, Inez. *Op. cit.*, p. 01).

Representam eles, um marco normativo que assume, outrossim a condição de diretriz da política externa brasileira, no sentido mesmo de uma política jurídica exterior de Estado e não de governo, vinculando os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na esfera das suas respectivas competências funcionais¹⁵.

São dez, os princípios informadores que norteiam o trato constitucional da República perante a comunidade internacional, e o repúdio ao terrorismo é o oitavo deles. Por estar inserido num contexto de orientação jurídico-política externa, deve ser interpretado conjuntamente com os demais princípios do art. 4.º, atentando-se também, para o disposto no parágrafo único¹⁶. Assim sendo, o *repúdio ao terrorismo* deve ser compreendido num contexto de Estados partes que propugnam pela independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio (também) ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, concessão de asilo político, sempre buscando a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Configura, por assim dizer, um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil, tanto em face de sua própria Constituição, como perante a comunidade internacional. E por ser um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais, vincula os três poderes da República constitucionalmente designados a repelir a prática de atos delituosos de natureza terrorista. A Lei Fundamental também qualificou o terrorismo, para efeito de repressão interna, como equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tornando-o inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado (art. 5º, XLIII, da CF), conforme se verá no capítulo seguinte.

¹⁵ LAFER, Celso. *A internacionalização dos Direitos Humanos. Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 18. O Estado, enquanto organização política que é, tem na Constituição sua maior expressão de existência. Logo, sua finalidade não pode ser outra, senão a de promover o bem comum do povo, em especial, através da defesa dos valores fundamentais dos indivíduos. Nesse intuito, o Estado democrático de Direito é figura indispensável, que tem nas normas constitucionais, seu limite e fundamento. Assim também o são os princípios fundamentais, pois determinam o modo e a forma de ser do Estado. Ademais disso se pode dizer que, no plano internacional, os Estados partes da comunidade internacional não podem destoar, em sua legislação interna – sobretudo na Constituição –, dos valores e princípios consagrados na ordem internacional (LOPES, Inez. *Op. cit.*, p. 02), uma vez que os Estados não se desenvolvem isoladamente e a interdependência entre eles exige o reconhecimento de princípios e normas que garantam o desenvolvimento da comunidade de Estados, sempre fundados na manutenção e na defesa da paz universal (BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos fundamentais e justiça*. Juiz de Fora. n. 3, v. 1, abr-jun. 2008, p. 83; vide: KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 1989).

¹⁶ O Brasil tem mantido certa tradição diplomática em relação ao seu posicionamento político, repudiando as diversas formas de violência e primando pela solução pacífica das controvérsias, pelo diálogo e pelo respeito à diversidade cultural, filosófica e de crença. Condena-se a prática do terrorismo em prol da dignidade humana, da soberania nacional, da tolerância, da diversidade de origem, advogando-se para as formas pacíficas e democráticas de solução de conflitos (FACCIOLLI, Ângelo Fernando. *Introdução ao terrorismo: evolução histórica, doutrina, aspectos táticos, estratégicos e legais*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 164-165).

Insta salientar que a Assembleia Nacional Constituinte formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista, atribuindo ao seu repúdio o *status* de princípio político-constitucional¹⁷. Tudo isso por entendê-lo como uma ameaça aos direitos do homem, à paz e à tranquilidade universal que, como tal, não pode ser ignorado e nem consentido¹⁸. E, no plano constitucional, dentre os problemas jurídico-penais que gravitam em torno da criminalização do terrorismo, destacam-se: a adequada elaboração de um tipo legal; a forma como a relação entre terrorismo e Direito Penal é afetada pelos diferentes costumes; a responsabilidade dos Estados de prevenir o terrorismo; a utilização do território estatal por terroristas; e a legalidade do uso da força para combater o terrorismo¹⁹.

Como princípio fundamental que é o *repúdio ao terrorismo* tem função ordenadora, pois, juntamente com os demais princípios regentes das relações internacionais, conformam “definições precisas de comportamento do Brasil como pessoa jurídica de Direito Internacional”²⁰. Sendo assim, tem aplicação imediata, servindo como critério de interpretação e integração, dando coerência geral ao sistema normativo²¹.

Repudiar o terrorismo é um comportamento que o Brasil deve levar a cabo, e a forma de fazê-lo pressupõe a observância dos preceitos contidos nas demais “normas-matriz” – cuja relevância consiste essencialmente na integração das normas²².

Nesse passo, a afirmação constitucional de que “a República Federativa do Brasil (...) constituiu-se em Estado Democrático de Direito” (art. 1.º, CF) não é uma simples promessa de organização da

¹⁷ Vide o voto do Ministro Celso de Mello (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ext. 855 – República do Chile*. Extradicação. Atos delituosos de natureza terrorista. Descaracterização do terrorismo como prática de criminalidade política. Condenação do extraditando a duas penas de prisão perpétua. Inadmissibilidade dessa punição no sistema constitucional brasileiro [CF, art. 5º, XLVII]. Efetivação extradicional dependente de prévio compromisso diplomático consistente na comutação, em penas temporárias não superiores a 30 anos, da pena de prisão perpétua. Pretendida execução imediata da ordem extradicional, por determinação do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Prerrogativa que assiste, unicamente, ao presidente da República, enquanto Chefe de Estado. Pedido deferido, com restrição. O repúdio ao terrorismo: um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil quer em face de sua própria Constituição, quer perante a comunidade internacional. Relator: Min. Celso de Mello, 26 de agosto de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoExt855.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019).

¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 221; no mesmo sentido: FACCIOLLI, Ângelo Fernando. *Op. cit.*, p. 165.

¹⁹ AMBOS, Kai; TIMMERMANN, Anina. Terrorismo y Derecho Internacional consuetudinario. (In) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; STEINER, Christian (orgs.). *Terrorismo y Derecho Penal*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 23.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 97-98.

²¹ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 199-200.

²² Dentre as normas que integram os princípios fundamentais, algumas são normas-matriz (ou normas-síntese), cuja relevância consiste essencialmente na integração das normas de que são súmulas, ou que as desenvolvem dotadas, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, como as que têm os princípios da soberania popular, da separação dos poderes, o republicano, o federativo, o democrático, dentre outros (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, p. 72).

nação, mas a proclamação de que a Constituição Federal de 1988 fundou um novo tipo de Estado. E a expressão “República Federativa” é, em si, uma declaração normativa sintetizadora das formas de Estado e de governo do Brasil, que é, portanto, uma República Federativa²³.

E como tal, tem o direito-dever de punir (e de repudiar o terrorismo) cingido pelos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, incumbe aos poderes públicos, dentro das diretrizes político-constitucionais, implementar políticas públicas com vistas a repudiar o terrorismo. Essas políticas (legislativas, executivas e judiciárias), no entanto, estão adstritas a alguns limites republicanos, que no Estado democrático de Direito denominam-se direitos e garantias fundamentais e que, na seara penal, consubstanciam-se em princípios fundamentais reguladores da intervenção punitiva.

Por isso, não pode o legislador penal tornar típica uma conduta sem tutelar um bem jurídico-penal essencial para os indivíduos, restringindo indevidamente suas liberdades, através do estabelecimento de uma sanção penal ante a existência prévia de uma lei penal taxativa com vistas a evitar a lesão ou a ameaça de lesão a direito. Em relação ao terrorismo, tendo em vista a determinação constitucional de repúdio, a atuação dos poderes públicos deverá ser pautada em uma análise conglobante de todos os princípios fundamentais, repudiando-o, sob uma perspectiva jurídica, com plena observância dos limites constitucionais e penais.

2. ART. 5.º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: ANÁLISE MATERIAL DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL PENAL

A Constituição Federal de 1988 estatuiu, no inciso XLIII do art. 5.º, que “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”, estabelecendo que sejam responsabilizados não somente seus mandantes e executores, mas também, aqueles que podendo evitá-los, se omitirem²⁴. Assinala-se, ante a necessidade de proteção jurídico-penal, com a obrigação ou *mandamento expresse de criminalização*, legitimando a intervenção penal que somente ocorrerá para a proteção de determinados valores constitucionais²⁵.

²³ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 98.

²⁴ “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”.

²⁵ É a Constituição, portanto, a norma que vai aferir em princípio, o sistema de valores a ser tutelado, ou seja, os bens essenciais ao indivíduo e à comunidade são encontrados pelo legislador ordinário dentro do quadro axiológico constitucional ou, em decorrência da concepção de Estado democrático de Direito (teoria constitucional ampla ou intermediária). “Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva” (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 65-66. Vide também: SILVA FRANCO, Alberto. *STOCO, Rui. Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 48).

No processo de criminalização em geral, o legislador constituinte, verificando quais são os valores sociais de maior relevância para os indivíduos e para a coletividade, oferece-lhes tratamento jurídico, tornando-os bens jurídicos²⁶. O legislador ordinário, por sua vez, entendendo ser necessária a tutela penal de determinados bens jurídicos (necessidade de pena), torna típica as condutas que podem causar lesão ou, ao menos, ameaçar de lesão os referidos bens²⁷. No entanto, em relação ao inciso XLIII do art. 5.º, verifica-se que o constituinte se adiantou ao legislador infraconstitucional na tarefa incriminadora, tomando para si, além do critério do merecimento do bem jurídico a ser protegido – que lhe é próprio, na medida em que a Constituição arrola os bens jurídicos dignos de proteção penal²⁸ –, o da necessidade de pena que, no processo de criminalização, é vinculado ao legislador ordinário²⁹. Observe-se que, a Constituição emprestou a mais alta gravidade aos delitos enquadrados no comando incriminador do presente dispositivo, tomando-os como condutas de “insuperável danosidade social estabelecidas em nível constitucional”, situadas no topo de todo o sistema jurídico-penal³⁰.

E para entender o que motivou o legislador constituinte a antecipar o referido juízo valorativo, imperioso se faz tomar nota dos fatos sociais, políticos e econômicos, bem como, das valorações político-criminais que impulsionaram o Poder Constituinte³¹. Fala-se aqui, em um estudo material da norma jurídica, no qual se busca conhecer “qual é a oportunidade ou a conveniência ou a justiça das normas que compõem um determinado sistema, ou qual é a eficácia social que certas normas exercem em um determinado ambiente histórico”³².

Nesse ponto, importa dizer inicialmente, que o recrudescimento da resposta penal recaía somente sobre o delito de tortura³³, tendo em vista a recentíssima redemocratização que

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, *passim*.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 437.

²⁸ Neste sentido: BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato: scritti di Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 1997, v. 1, p. 84; PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 63-64.

²⁹ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Corso di Diritto Penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 358.

³⁰ SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 135.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 491-492.

³² Vale dizer: busca-se aqui, não a forma ou a estrutura da norma, mas o conteúdo, a fim de entender quais são os motivos pelos quais essa norma foi emanada, se esses motivos são aceitáveis, se ela é efetivamente seguida ou continuamente violada (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: Edipro, 2016, p. 70).

³³ A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais também conhecida por Comissão Affonso Arinos, por ter Afonso Arinos de Melo Franco como seu presidente, foi um grupo de juristas e estudiosos das mais diversas áreas, encarregado de elaborar um Anteprojeto de Constituição para ser submetido à Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição de 1988. No anteprojeto, o dispositivo que deu ensejo ao art. 5.º, XLIII, foi o art. 16, que dispunha: “todos têm direito à vida, à existência digna, à integridade física e mental, à preservação de sua honra, reputação e imagem pública. Parágrafo único – A tortura, a qualquer título, constitui crime inafiançável e insusceptível de anistia e prescrição”. (BRASIL. *Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória*

impulsionara os debates de elaboração da Constituinte. A partir daí, erigiu-se também o rótulo de hediondez - conclamando regulação legal - e a extensão da severidade no tratamento para (além da tortura) o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, equiparados àqueles, resultando na elaboração, pela Assembleia Nacional Constituinte, do atual inciso XLIII do art. 5.º da Constituição³⁴.

Argumentou-se pela necessidade de o delito de terrorismo receber o mesmo tratamento dos crimes hediondos a fim de “desestimular a prática de tal crime dada a sua ocorrência estar associada à tortura”³⁵. E o legislador, preocupado com a gravidade da infração, recrudescer o tratamento penal³⁶. É evidente que a tipologia inserida no referido inciso tinha um significado especial, reunindo figuras delitivas de indisfarçável simetria, de modo que a tortura, o tráfico ilícito de

de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985. Brasília, DF: Senado Federal, [1985]. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019).

³⁴ A esse respeito, ao longo dos debates na Assembleia Nacional Constituinte, o então presidente, Deputado Ulysses Guimarães, ao analisar o relato da Comissão de Redação que recomendara: “parece conveniente a inserção da expressão ‘e os definidos, como antes, de crimes hediondos’”. Ainda que a expressão possa ser tomada como restritiva, não há como recusá-la, uma vez que se faz indispensável para a boa compreensão do texto referência à lei definir o comportamento humano que se possa ter por hediondo”. Dizia ele: “eu confesso que não fico muito tranquilo com essa modificação num assunto da maior importância. Parece que no caso do hediondo preciso uma outra lei que o separe dos demais casos. Eu ficaria, data vênica, com o texto original”. Na sequência, o Deputado Vivaldo Barbosa alertou: “Eu me permitiria observar, Senhor Presidente, que essa categoria de crimes hediondos uma expressão inteiramente nova no Direito brasileiro. Porém, quando o Relator propõe que eles sejam definidos como tais, realmente há uma expressão tecnicamente adequada, porque carece a legislação penal de definição do que sejam crimes hediondos. E ao Constituinte não passou despercebido. Ele está alertando que carece dessa definição e impõe, ao legislador ordinário, em matéria penal, que defina os contornos e a natureza dos crimes hediondos. Parece-me muito adequada a sugestão do Relator”. Prosseguindo, Ulysses Guimarães afirmou: “é um texto importante, relativo ao art. 5.º, inciso 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 crimes hediondos...” Então, seriam duas. Primeiro, dentro da sua interpretação, precisaria a lei definir crime hediondo, porque ele terá que ser considerado inafiançável. Esse é outro problema”. E foi completado novamente por Vivaldo Barbosa: “tão logo definido ele será inafiançável e insuscetível de graça. Mas carece de uma definição preliminar”. Em seguida, o Deputado Nelson Jobim arrematou: “Senhor Presidente, parece evidente que tem razão o Relator, porque crime hediondo é juízo de valor sobre conduta. Então, haverá necessidade de a lei estabelecer quais os crimes já definidos na tipificação penal que forem considerados hediondos para efeito de serem inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia”. (Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”). Brasília, 20 abr. 1988, p. 20. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019).

³⁵ A inclusão do terrorismo no presente dispositivo se deu, dentre outras propostas, a partir da Emenda n.º 01123 de autoria do Deputado Annibal Barcellos (PFL/AP), aprovada em 13 de janeiro de 1988, quando o presente dispositivo constitucional integrava ainda o §8.º, do art. 6.º. Eis o parecer: “a emenda prevê a qualificação do crime de terrorismo como inafiançável, a exemplo do que ocorre com o de tortura, previsto no §8.º, do artigo 6.º do Projeto. Essa inclusão, alega o autor, visa desestimular a prática de tal crime dada a sua ocorrência estar associada à tortura. Justifica-se plenamente o acolhimento da emenda. Pela aprovação” (BRASIL. *Bases Históricas da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 13 jan. 1988. Disponível em: <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-S/67596.html>. Acesso em: 19 mar. 2019).

³⁶ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 183. O legislador constituinte, ao editar a norma do art. 5.º, XLIII, criando a categoria dos “crimes hediondos”, bem como o legislador ordinário, ao regulamentar esse preceito através da Lei n.º 8.072/90, agiram apressada e emocionalmente na linha da ideologia da *Law and Order* (ASSIS TOLEDO, Francisco de. Crimes hediondos. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, v. 5, n. 2, abr/jun. 1992, p. 59).

entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos, de acordo com a aferição do constituinte, “representavam lesões graves a bens jurídicos de inquestionável dignidade penal e que estavam necessitados de tutela penal”³⁷.

Neste sentido, resta evidente a exiguidade de pureza técnica do constituinte ao determinar, no art. 5.º, que o legislador ordinário sancionasse penalmente qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (XLI), a prática da tortura e do terrorismo (XLIII), a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (XLIV)³⁸.

Essa antecipação aberta e declarada do emprego do mecanismo repressor tinha uma causa bem explicável: o Brasil acabava de sair de uma longa e penosa ditadura militar. Fazia-se mister solidificar naquele momento, extirpando toda e qualquer dúvida, que não seria suportável o retorno ao passado ditatorial, sem nenhuma lacuna para novos agravos a ordem democrática. A tortura e o terrorismo são figuras típicas que materializam ataques dessa natureza, inadmissíveis num Estado constitucional no qual a pessoa é um fim em si mesma e, por isso, não pode ser instrumentalizada³⁹.

Assim, além de prever normas limitadoras da intervenção penal (princípios penais de garantia), a Constituição trouxe em seu bojo regras indicadoras da necessidade de intervenção penal (comandos de criminalização)⁴⁰. Seja direta ou indiretamente, a Lei Maior determina os objetivos do Direito Penal e, mais do que isso, estabelece seus limites. “Norma penal sem cobertura constitucional será sempre expressão estatal de abuso ou de injustiça”⁴¹.

Por isso afirmar que, enquanto os *princípios penais de garantia* estão voltados para a contenção da atividade criminalizadora do Estado-legislador e do Estado-juiz, os *mandamentos constitucionais de criminalização* exprimem prescrições de uma Constituição que, afirmando os valores assentes em seu bojo, tem o Direito Penal como um dos lúdicos instrumentos possíveis para

³⁷ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 139.

³⁸ ROSA, Gerson Faustino. Ação de grupos armados. (In) PRADO, Luiz Regis (Coord.); GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário (Orgs.). *Direito Penal Constitucional: a (des)construção do sistema penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 103 et. seq.

³⁹ Ressalte-se que, por outro lado, a Constituição Federal determinou a incriminação do racismo (XLII), do tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins (XLIII) e do abuso, da violência e da exploração sexual da criança e do adolescente (§ 4.º, do art. 227) com o fito de regradar ou intensificar o controle penal em relação a fatos lesivos que não poderiam persistir na estrutura social de um país democrático e que deveriam ser, por todas as formas, enfrentados. O texto constitucional buscou ainda proteger o meio ambiente (§ 3.º, art. 225) não apenas como um valor ético-social a ser inserido na consciência popular, mas ainda como salvaguarda das gerações futuras, determinando a incriminação das condutas que lhe fossem lesivas. “Não causa estranheza que a Constituição abrigue posições que se antagonizam, ora movidas pela nobreza da motivação, ora cedendo a posturas político-criminais menos generosas. Está ela longe de ser uma ordenação fechada em si mesma e que, por tal motivo, guarde uma harmonia perfeita. Toda Constituição tem necessariamente áreas de tensão na medida em que tais áreas representam o pluralismo e o confronto de ideias subjacentes ao pacto fundador” (SILVA FRANCO, Alberto. STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 133-134).

⁴⁰ BRICOLA, Franco. *Politica criminale e scienza del Diritto Penale*. Bolgna: Il Mulino, 1997, 191.

⁴¹ SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 134.

a proteção daqueles, um dispositivo (de controle social) na longa tarefa de alcançar a transformação pretendida⁴².

É, pois, no Estado democrático de Direito, em que ocorre a consagração simultânea dos princípios de conteúdo liberal – inerentes à composição do Estado liberal de Direito (*Rechtsstaats*), ditos *princípios penais constitucionais* –, e dos princípios de expressão social – impulsionados pelas exigências do Estado social (*Sozialstaats*), *princípios constitucionais penais*⁴³ –, traduzindo-se numa evolução oriunda da junção de ambos. Sob essa perspectiva, o Estado não é mais simplesmente neutro, nem tampouco, inimigo dos direitos fundamentais, mas presente na assistência desses direitos, agora tidos também como direitos “através do Estado”, e não apenas como direitos “contra o Estado”⁴⁴.

3. A ESTRUTURA LÓGICO-LINGÜÍSTICA DO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO DO ART. 5.º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A partir de agora, o ponto de vista pelo qual se analisará a norma jurídico-constitucional constante do art. 5.º, inciso XLIII, pode-se dizer, é formal, de modo que a análise tomará como base a sua estrutura, pois, assim como qualquer outra proposição, a norma também possui uma estrutura lógico-lingüística que pode ser preenchida por diversas significações⁴⁵.

Nesse passo, como já se pronunciou outrora, dos *princípios constitucionais penais* exsurtem as normas constitucionais de criminalização como *mandamentos constitucionais incriminadores*, verdadeiras imposições constitucionais de conteúdo que, ora *restringem os processos de descriminalização*, ora *determinam criminalizações e/ou o recrudescimento do tratamento penal*. No primeiro caso, a Constituição Federal, sedimentando determinados bens jurídicos, considerados, axiologicamente, de maior relevância, impede que o legislador retire deles, ao menos em relação às ofensas mais significativas, a proteção penal. São, noutro dizer, “imposições constitucionais criminalizadoras de conteúdo impeditivo”⁴⁶. Com relação às *normas constitucionais de*

⁴² PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014, p. 103.

⁴³ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 14-15.

⁴⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 274.

⁴⁵ BOBBIO. Norberto. *Op. cit.*, p. 69-70.

⁴⁶ Considerando a impossibilidade de proposta de emenda tendente a abolir os direitos individuais (art. 60, § 4.º, IV, CF), a dignidade da pessoa humana apontada como fundamento da República (art. 1.º III, CF), a promoção do bem de todos como seu objetivo fundamental (art. 3.º IV, CF), bem como a cláusula de inviolabilidade insculpida no *caput*, do art. 5.º, da Constituição, poder-se-ia apontar a *vida* e a *liberdade* como bens que, em todas as suas dimensões, podem ser havidos como de especialíssima relevância, suficiente para impedir a descriminalização de condutas que os afetem gravemente. Ante o exposto, não poderia o legislador descriminalizar, por exemplo, o

criminalização, tem-se aquelas que se resumem a indicar determinados bens jurídicos em relação aos quais, o legislador constituinte comunica ao legislador infraconstitucional sua obrigação de lhes dar proteção penal. Ao fazê-lo, é evidente que “invade a esfera de atuação normal do legislador penal, dispensando-o implicitamente na tarefa de formular tanto o juízo sobre a dignidade do bem jurídico a ser protegido, quanto o da necessidade de tutela penal”⁴⁷. Há ainda, normas constitucionais criminalizadoras que, além da indicação dos bens jurídicos, acrescentam expressas limitações, quer de natureza penal, quer de natureza processual penal, estritamente impostas ao legislador ordinário⁴⁸. Ambas revelam verdadeiras “imposições constitucionais criminalizadoras de conteúdo prescritivo”⁴⁹. São exemplos dessas obrigações constitucionais de criminalização os incisos XLII⁵⁰, XLIV⁵¹ e, em especial, o inciso XLIII, do art. 5.º da Constituição Federal⁵².

Note-se que, em relação ao *terrorismo*, o legislador constituinte, ainda em 1988 - tendo em vista a vigência do art. 20 da Lei n.º 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional)⁵³ que sancionava a prática de “atos de terrorismo”, entretanto, sem delimitar a conduta delitiva - atribuiu ao terrorismo o *status* de crime hediondo, resultando na aplicação de “um microssistema fechado e autônomo, de origem

homicídio (LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas*: a imposição dos princípios constitucionais penais. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006, p. 132).

⁴⁷ São exemplos desse tipo de norma constitucional criminalizadora o inciso XLI, do art. 5.º (“XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”), o art. 225, § 3.º (“as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”) e o art. 227, § 4.º (“a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”), todos da Constituição Federal (Neste sentido: SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 134-135; LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Op. cit.*, p. 134-135).

⁴⁸ Janaina Paschoal faz referência às normas constitucionais de criminalização como “determinações expressas de criminalização”, diferenciando-as das (meras) indicações de criminalização. Nas indicações expressas de criminalização, o constituinte faz uma análise de dignidade penal dos bens que reconhece como importantes para uma dada sociedade, deixando a avaliação da necessidade para o legislador ordinário. Já nas determinações expressas de criminalização, o constituinte já teria feito a avaliação da dignidade e da necessidade da tutela, não sobrando ao legislador qualquer liberdade para ponderar concretamente a necessidade desse tipo de proteção (PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 80).

⁴⁹ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Op. cit.*, p. 133.

⁵⁰ “XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

⁵¹ “XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

⁵² “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”.

⁵³ “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. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo”.

constitucional, situado ao lado do sistema penal geral e aberto, formulado pelo legislador ordinário⁵⁴. Além de determinar a criminalização (e hediondez) do terrorismo (bem como a definição legal de crimes hediondos), o constituinte recorreu aos sistemas penal e processual penal pré-existentes para deles importar regras restritivas que, necessariamente deveriam acompanhar o processo criminalizador, vedando expressamente a aplicação de causas excludentes de punibilidade como a graça e a anistia, proibindo a concessão de fiança e determinando a responsabilização, além de seus mandantes e executores, dos que se omitirem ante a possibilidade de evitar.

Do ponto de vista meramente formal (ou estrutural), a disposição lógico-linguística do inciso XLIII do art. 5.º da Constituição Federal - como norma jurídica que é - pertence à categoria geral das proposições prescritivas. Proposição, porque “a norma jurídica é um conjunto de palavras que têm um significado”. Tem *forma gramatical imperativa e função de comando*. Aliás, “um comando vem habitualmente expresso na forma imperativa”⁵⁵. Todavia, os dois critérios (*forma e função*) distinguem-se, de modo que a forma (imperativa) diz respeito ao *modo* pelo qual a proposição é expressa, e a função (comando), refere-se ao *fim* a que se propõe alcançar determinada pronúncia. Por isso dizer que os comandos são proposições cuja função é influir sobre o comportamento alheio para modificá-lo. A função *prescritiva* da linguagem dá origem a linguagem *normativa*, e consiste - no caso em tela - em dar comandos, em “fazer fazer”⁵⁶. Ao determinar a inafiançabilidade do terrorismo e sua insuscetibilidade a graça e a anistia, equiparando-os aos crimes hediondos, o legislador constituinte enunciou um *mandado constitucional de criminalização*, verdadeira proposição prescritiva, com forma imperativa e com função de comando, determinando que o legislador ordinário componha as tipologias representativas das lesões (terroristas) aos bens jurídicos elencados na norma constitucional.

Não resta dúvida que o legislador penal deva cumprir a ordem do constituinte. A questão, entretanto, paira sobre a dimensão da vinculação do legislador ordinário em relação a determinação constitucional. Nesse ponto, indaga-se: existe alguma autonomia do legislador ordinário diante de um mandamento constitucional expresso (de hediondez e a pressuposição) de criminalização? Ora, se sob uma perspectiva formal o constituinte proferiu um *comando* ao legislador ordinário, ele o fez com intuito de determinar a elaboração da lei penal. E onde o constituinte determina expressamente a necessidade de intervenção penal para a tutela de bens jurídicos determinados, interpela-se: tem o legislador ordinário que seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos? A

⁵⁴ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 135.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: Edipro, 2016, p. 72-75.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 77-80.

questão é controversa. Como se observou até aqui, do ponto de vista meramente formal, a estrutura lógico-linguística do dispositivo constitucional compõe uma proposição prescritiva. Entretanto, sob uma perspectiva material, tem-se que o preenchimento do *mandamento constitucional de criminalização* deve se dar em total consonância com a realidade e a experiência social, sempre sob o crivo do legislador ordinário quanto à necessidade de pena⁵⁷.

Observa-se, nesse aspecto, que as modernas constituições de linha programática – em especial a Constituição Federal de 1988 – conferem ampla liberdade ao legislador ordinário na determinação dos bens com dignidade penal, necessitados de tutela penal e com capacidade de proteção⁵⁸. E nessa dinâmica normativa, a positivação dos bens jurídico-penais é determinada através da apreciação axiológica do legislador ordinário, que analisa a dignidade de proteção do bem – complementada segundo o valor que lhe é conferido pela cultura -, e a necessidade de proteção que lhe é inerente - assentada em sua suscetibilidade de ser ofendido - considerando ainda, a capacidade de proteção constatável de acordo com a própria natureza do respectivo bem⁵⁹.

E justamente por considerar o aspecto ôntico-substancial de relevância jurídica inerente à natureza normativa do objeto de proteção, e por defender um conceito material de delito - gizado a partir dos ditames jurídico-constitucionais e conjecturado na atividade legislativa penal de individualização dos bens que devem ser protegidos -, propugna-se aqui que “a imposição ao legislador ordinário pela Constituição de um *dever* de criminalização de condutas contra determinados bens jurídicos, não retira daquele a sua liberdade seletiva quanto à necessidade de

⁵⁷ O princípio da necessidade se firma sobre o caráter autônomo da construção penal, daí a peculiaridade de seu objeto de tutela em relação a outros ramos do Direito (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 89). No mesmo sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 433-434. “O Direito Penal não é necessário para qualquer tipo de infração que não seja lesiva ou concretamente perigosa para o bem jurídico tutelado; exclusivamente a efetiva lesão ou concreto perigo é que justificam a proibição no Direito Penal da liberdade, excluindo-se qualquer outra” (GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 46). No atual estágio da civilização, segundo a ótica do Estado de Direito dos direitos fundamentais, o “Direito Penal é necessário exclusivamente para evitar a lesão ou o perigo concreto de lesão aos bens jurídico-penais e, mesmo assim, deve essa intervenção ser o menos radical possível” (AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Reunidas, 1999, p. 32).

⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 89-90.

⁵⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad, 1974, p. 290. De modo semelhante se afirma não haver obrigatoriedade constitucional explícita da incriminação para a salvaguarda de qualquer bem jurídico, salvo quando demonstrada sua necessidade (DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, v. 2, 1994, p. 152). A importância do bem jurídico, por maior que seja, em face do princípio da subsidiariedade, não pode implicar a criminalização da conduta que lese ou o ponha em perigo, porque a Constituição, na verdade, apenas deve encarregar-se de delimitar o âmbito da incidência penal, mas não pode impor criminalizações (MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o Direito Penal do ambiente?* Lisboa: Associação Acadêmica Faculdade de Direito, 2000, p. 174).

criminalização”⁶⁰. Incumbindo-se, ademais disso, ao legislador infraconstitucional, a “definição das condutas puníveis e as correspondentes sanções penais, de um modo *certo e taxativo*, em atenção aos princípios penais fundamentais”⁶¹.

No Estado democrático de Direito, o objetivo maior desses mandamentos constitucionais de criminalização é “delimitar, de forma mínima, balizas de conformação ao legislador penal ordinário, e não engessar, por completo, seus precípuos movimentos”⁶². É, ademais disso, a própria Constituição que determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5.º, II)⁶³. E, ao mencionar a “lei”, o constituinte está a referir-se a lei ordinária federal. É assim em toda a Constituição. Logo, a lei (ordinária federal), exclusivamente ela, fornece subsídios para o Direito Penal. O Direito Penal e a lei escrita se identificam⁶⁴. Por sua

⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 92. No mesmo sentido: “cabe ao legislador ordinário o juízo acerca da forma como será dispensado o tratamento penal, assim como a definição de quais devem ser os limites da intervenção penal” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. As limitações do tratamento penal do terrorismo pelo ordenamento jurídico brasileiro. (In) FERNANDES, Antônio Scarance; ZILLI, Marcos (coords.). *Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 377). Em sentido contrário, afirma-se: “O objeto do mandado de criminalização constitucional retrata uma obrigação de caráter positivo: legislador, crie a norma incriminadora. Ao mesmo tempo, delimita, de um lado, um limite garantista intransponível e, de outro, um conteúdo mínimo irrenunciável de coerção” (CARUNCHO, Alexey Choiet *al.* Art. 1.º. (In) BUSATO, Paulo Cesar (org.). *Lei Antiterror anotada: Lei 13.260 de 13 de março de 2016*. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 9. Vide ainda: FELDENS, Luciano. Comentário ao art. 5.º, XLIII. (In) CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1451.

⁶¹ “O motivo dessa constitucionalização é a relevância dada ao bem que se quer proteger e a necessidade de se utilizar do instrumento sancionatório criminal. O conceito material de bem jurídico reside, então, na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente *valorado e relativo*. Isto é, válido para um determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural” (PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 92-94). No mesmo sentido: POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Op. cit.*, p. 277.

⁶² TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens Jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 170.

⁶³ Repare-se que “o transcrito dispositivo constitucional mantém a conquista da Revolução Francesa de que só o cidadão faz as leis que os obrigam. E no regime representativo através dos deputados e senadores” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 41). A Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dispõe em seu art. 6.º que “a lei é a expressão da vontade geral (...)”. Nessa senda, o Tribunal Constitucional italiano já afirmou que a Constituição, de forma alguma vincula o legislador penal na escolha dos bens e na busca de determinados interesses, e posicionou-se como defensor da estrita reserva legal, adotada inclusive, pela própria Constituição (DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Op. cit.*, p. 353, citando decisão da Corte Constitucional de 5 de junho de 1978).

⁶⁴ As normas jurídicas postam-se em posição de subordinação e de coordenação, integrando a chamada hierarquia das normas jurídicas. As primeiras fundamentam e dão suporte de legalidade às segundas, que, no mesmo nível, cumprem revelar harmonia no sentido de que se integram, formando a unidade (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 242). O raciocínio é válido também para as Constituições, que fixam os princípios básicos de qualquer ordem jurídica. O princípio da reserva legal, desde o início, voltou-se para garantia do direito de liberdade, ganhando a sua expressão política no iluminismo, sobretudo em Beccaria e Feuerbach (vide: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães São Paulo: Martin Claret, 2000; FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemaiier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 55-56), que enunciou: *nullum crimen nulla poena sine lege*. E a Constituição Federal de 1988 manteve a velha tradição brasileira e repetiu competir privativamente à União Federal legislar sobre Direito Penal (art. 22, I). Tal competência é indelegável.

vez, o Código Penal, em seu art. 1.º dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Disso tudo, o que resulta, é uma só compreensão: o labor valorativo sobre a proibição penal ou não de determinada conduta é incumbência do legislador infraconstitucional.

Não há, portanto, que se falar em “inconstitucionalidade por omissão”⁶⁵, nem tampouco que a obrigatoriedade de criminalização determinada pelo constituinte “rompe com os princípios informadores do Direito Penal”⁶⁶. Não há *engessamento* do legislador infraconstitucional, nem contrariedade aos postulados do Direito Penal mínimo, de modo que, ante o mandamento de criminalização resta ainda uma larga e incontornável margem de liberdade à legislação ordinária, sobretudo em relação à necessidade ou não da criminalização, bem como à concreta forma de elaboração da proibição legal e de suas respectivas sanções, sem, entretanto, possibilitar ao parlamento uma ampliação dos limites constitucionalmente dados. E o cumprimento do “expediente comunicatório de deliberação de nível superior”, tal como apontado por Alberto Silva Franco, diz respeito somente à inclusão, no texto ordinário, das restrições em conformidade com o preestabelecido pelo constituinte, quando e se elaborado⁶⁷.

Cabe, portanto, ao legislador ordinário, dentro dos parâmetros constitucionais, precisar *se e quando* uma conduta será considerada terrorista e qual será a medida da responsabilização penal. Vale dizer: quando o perigo de lesão ou a lesão aos bens jurídicos tutelados devem ser tidos como penalmente relevantes. Nesse passo, “merece especial cuidado a determinação dos bens com dignidade penal, necessitados de tutela penal e com capacidade de proteção, sempre à luz dos princípios fundamentais do Direito Penal moderno”⁶⁸.

A lei, em sentido formal, é restrita à norma jurídica elaborada pela atividade conjunta do Legislativo e do Executivo. E em Direito Penal, a reserva de lei é absoluta, de modo que sem a lei em sentido formal não surge a relevância da ilicitude. E a reserva absoluta concentra o monopólio de elaboração da norma à lei formal, de modo que somente a lei pode referir-se a outra norma, integrando-a à definição do delito ou da contravenção penal. Dessa forma é a lei que repristina, mantendo-se intacto o princípio que confere somente à lei a origem da relevância penal (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 41-42).

⁶⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte geral*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 123.

⁶⁶ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 88. Aliás, a própria autora posiciona-se contrariamente ao entendimento esposado aqui, asseverando que nem mesmo nas hipóteses de determinações expressas de criminalização há vinculação do legislador ordinário quanto à edição da norma penal: “Se se pretende ser fiel ao objetivo de realizar o ideal de um Direito Penal mínimo, somente se pode vislumbrar na Constituição Federal um limite positivo ao poder punitivo estatal - leia-se: “poder de restringir a intervenção jurídico-penal aos interesses por ela reconhecidos como caros a sociedade” (*Op. cit.*, p. 59) -, afastando a tese de que a Carta Magna constituiria um seu fundamento e que, por isso, obrigaria, perante a primeira necessidade, a criminalização” (*Ibidem*, p. 76).

⁶⁷ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 136. No mesmo sentido: GABBELINI, Rogério Batista. *O delito de terrorismo no ordenamento penal: Lei n.º 13.260/2016*. Campinas: Millennium, 2016, p. 130.

⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte especial: volume 9, Direito Penal do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 85.

Note-se que, ao determinar a criminalização, a Constituição influencia o conteúdo da matéria a criminalizar, traçando os limites de legitimidade da criminalização, delimitando um quadro alargado dentro do qual o legislador poderá se mover como forma de evitar que se violem os critérios a que deve estar sujeita a responsabilização penal num Estado democrático de Direito. “Critérios esses que têm em vista salvaguardar o indivíduo de intromissões excessivas, injustificadas ou desnecessárias do Estado na esfera dos seus direitos fundamentais”⁶⁹. E justamente por serem princípios fundamentais, reguladores da intervenção penal, são impostos constitucionalmente.

Por isso dizer que o cumprimento dos mandados constitucionais de criminalização pelo legislador ordinário deverá atender integralmente, além do mencionado juízo valorativo⁷⁰, aos princípios penais constitucionais que limitam a ingerência penal (v.g. princípios da legalidade, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da ofensividade, da intervenção mínima etc.).

Isso porque, se o ordenamento jurídico é um sistema escalonado de normas que tem na Constituição seu fundamento de validade; e se a Constituição é precursora de um subsistema superior a todos os demais, situado no cimo da ordem legal onde estão contidas as diretrizes essenciais que orientam e vinculam a todas as normas, as disposições que integram o repertório constitucional não lhe podem ser incongruentes, de modo que se condicionam e se influenciam respectivamente⁷¹. Dito de outro modo, uma norma constitucional integra o sentido das outras, inaugurando uma rede interpenetrante que confere unidade e coerência a todo o sistema pela

⁶⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op. cit.*, p. 293.

⁷⁰ Vale lembrar que o mandato legislativo deve ser exercido pelos parlamentares com independência e harmonia, não só perante os demais Poderes, mas também, dentro das esferas do Poder Legislativo. Na tripartição de poderes, ainda em sua idealização, tanto em Locke (LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998), quanto em Montesquieu (vide: MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996), se concebeu posição de maior relevância para o Legislativo, engendrado desde então para ser exercido com independência. Independência esta que se desenvolve com a Teoria do Mandato Representativo, em que o representante eleito (mandatário) pelo povo (mandante) passou a deter liberdade de decisão. Afirmava-se: “o problema do governo não é uma questão de vontade de cada lado. Se o governo fosse uma questão de vontade, em qualquer lugar, a de vocês, sem dúvida, deveria ser superior. Mas o governo e a legislação são temas de razão e julgamento, não de inclinação; que tipo de razão é essa em que a determinação precede a discussão, em que um grupo de homens delibera e outro decide e em que aqueles que formam a conclusão talvez distem 300 milhas daqueles que ouvem os argumentos? Por isso, a decisão não pode anteceder a discussão dos eleitos. Por isso, parlamento, não pode ser um congresso de embaixadores de interesses hostis e diferentes. Deve ser a assembleia deliberativa de uma nação com um único interesse: o bem geral. Não podendo servir de guia, os interesses de grupos” (BURKE, Edmund. Discurso aos eleitores de Bristol. Trad. Gustavo Biscaia de Lacerda. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, n. 44, v. 20, p. 97-101, nov. 2012, p. 100-101). Por isso concluir que não se pode pretender vincular o legislador ordinário. Ele não é um mero executor de vontades, sem liberdade de decisão como se propugnava na Idade Média, ou mesmo, como pretendia Rousseau ao criticar os ingleses, advogando pela adoção da impraticável Teoria do Mandato Vinculante (vide o Livro Terceiro, Capítulo XV de ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato social*. Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001).

⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 229.

conexão recíproca de seus conteúdos⁷². Assim, um princípio constitucional penal que se materializa através de um mandamento de criminalização - como é o caso do art. 5.º, XLIII, CF - deverá efetivar-se no plano infraconstitucional em plena conformidade com os princípios penais constitucionais, que refletem os direitos e garantias fundamentais na seara penal (núcleo intangível do contrato social) e limitam o *jus puniendi* do Estado no Estado.

4. LIMITES PARA CRIMINALIZAÇÃO DO TERRORISMO

4.1. A HEDIONDEZ DO DELITO DE TERRORISMO

Presentes os vetores interpretativos constantes dos arts. 4º, VIII, e 5º, XLIII, da Constituição Federal, verifica-se que a submissão do legislador ordinário às limitações penais e processuais penais procedentes da determinação constitucional, não lhe retira a capacidade de realizar juízo de pertinência acerca da matéria a ser criminalizada, mas somente dos limites da criminalização. Vale dizer: ao decidir por elaborar as condutas típicas determinadas e estabelecer suas respectivas sanções, deverá fazê-lo dentro dos limites preestabelecidos pelo constituinte. Em relação ao art. 5º, XLIII, fica a incumbência de desenhar as condutas terroristas e cominar o preceito sancionatório proporcional à ofensividade social de cada uma delas, em conformidade com os parâmetros constitucionais.

Isso porque estão previstas no plano constitucional, restrições a direitos e garantias fundamentais (v.g. proibição de anistia, graça, fiança,) e, bem por isso, a prescrição do constituinte de que “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”⁷³, demanda preenchimento legal em conformidade com os limites estabelecidos. Nem mais, nem menos. Dessa maneira, não é permitido que o legislador ordinário, ao elaborar a norma penal, alargue o rol das limitações constantes no presente dispositivo constitucional, excluindo

⁷² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 184-185.

⁷³ “O legislador ordinário não pode se arvorar como intérprete autêntico da Constituição”, de modo que, uma interpretação autêntica feita pelo legislador ordinário deve excluir-se do âmbito constitucional (SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 136-137). Não pode o legislador ordinário pretender fixar o sentido de uma norma constitucional tal como o faz em relação às leis que edita. Em relação às normas constitucionais, ele é apenas um dos seus destinatários (por vezes, destinatário por excelência). A ideia de “uma lei que, hipoteticamente, interpretasse a Constituição, poderia ensejar a temerária formação de um ‘concentrado constitucional’ paralelo, conducente à substituição do princípio da constitucionalidade das leis pelo da legalidade da Constituição, legalidade que até poderia ser inconstitucional” (CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 258-259).

outros direitos ou benefícios não relacionados no mandamento constitucional de criminalização, mas que constam no sistema penal geral, do Código Penal em conformidade com a Lei Maior.

O art. 17 da Lei n.º 13.260/2018 (Lei Antiterrorismo) dispõe que, aos crimes nela previstos, aplicam-se as disposições da Lei n.º 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), que, elaborada com fulcro de atender ao presente comando do constituinte, ao corporificar as limitações constitucionalmente impostas, não se adequou aos termos do inciso XLIII do art. 5.º, pois o legislador foi além da autorização constitucional, excedendo-se. Na seara penal, incluiu a proibição do indulto e do regime prisional progressivo. No campo processual penal, suprimiu a liberdade provisória⁷⁴. Por isso a Lei n.º 11.464/2006, alterou a Lei de Crimes Hediondos no sentido de reacomodá-la aos termos da norma constitucional (vide art. 5.º, XLIII e XLV, CF), passando a permitir a progressão de regime⁷⁶ e a concessão de liberdade provisória. O indulto, entretanto, permaneceu vedado, mesmo sem fundamento constitucional⁷⁷. Constatase que o legislador

⁷⁴ Veja-se que na redação originária, a Lei n.º 8.072/1990, dispunha em seu 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 e liberdade provisória. § 1.º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

⁷⁵ No mesmo sentido, o art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 (Lei de Drogas), foi além, não só da Constituição Federal, mas também da Lei de Crimes Hediondos, restringindo mais direitos. “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico”.

⁷⁶ Nesse ponto, súmula vinculante n.º 26, do STF (BRASIL, Supremo Tribunal federal. *Súmula Vinculante n.º 26*. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2009]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em: 04 de abr. 2019). Também importa mencionar a súmula n.º 471, do STJ. Vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 471*. Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n.º 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_43_capSumulas471-475.pdf. Acesso em: 04 de abr. 2019.

⁷⁷ Vale ressaltar que nada impede que o legislador ordinário, em relação a direitos e benefícios, provenientes do sistema penal geral, possa exigir, em relação a réus de crimes que fazem parte do microsistema (dos crimes hediondos), condições mais rigorosas para a sua fruição. A Lei n.º 11.464/2007 é um exemplo a respeito, na medida em que “se requereram para a progressão de regime prisional nos crimes que pertencem ao microsistema percentuais mais gravosos e bem diferentes dos que são exigíveis para os criminosos comuns. Da mesma forma, não poderia ser inquinada de afronta à Constituição a determinação de requisitos mais severos para a concessão de *sursis* ou de conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, em se tratando de infratores da Lei de Crimes Hediondos ou de crimes a eles equiparados. O que não se pode, de forma alguma, admitir – e aí se lesionam os princípios constitucionais da isonomia e da própria individualização da pena na sua fase de aplicação judicial – é a exclusão pura e simples desses direitos subjetivos só e simplesmente porque o agente infringiu uma determinada tipologia criminal (SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 137). No mesmo sentido: CASTRO, Bruna Azevedo de. *Prestação Pecuniária e Perda de Bens e Valores: aspectos constitucionais e penais*. Londrina: Thoth, 2021, *passim*.

equiparou o terrorismo (bem como a tortura e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins) aos crimes hediondos, oferecendo-lhes, em nível constitucional, o mesmo tratamento. E por entender haver uma equivalência – sob uma perspectiva da ofensividade social - entre as figuras delitivas que compõem o rol do inciso XLIII, o constituinte adotou as mesmas restrições⁷⁸. “E tal era a relevância emprestada ao elenco de fatos delituosos que o legislador ordinário foi praticamente instado a formular as hipóteses de terrorismo, de tortura e de crimes hediondos, até então não estruturadas tipicamente”⁷⁹.

Não resta dúvida que o constituinte, ao deferir tratamento diferenciado aos crimes hediondos, reconheceu o maior desvalor social das condutas a serem determinadas pelo legislador ordinário, em simetria com as equiparadas, previamente indicadas. Nesse passo, o vocábulo *hediondo*⁸⁰ recai sobre o fato repugnante, torpe, medonho, horrendo, repulsivo⁸¹, representando “a conduta delituosa, cuja execução revela especial desprezo do agente com a condição humana da vítima. Insensibilidade diante do grave sofrimento físico ou do humilhante constrangimento moral a que é submetido o sujeito passivo”⁸². Trata-se de *elemento normativo* de caráter empírico-cultural, referido a valores e sentidos, pois diz respeito a dado da realidade, mas que, no entanto, tem seu conteúdo preenchido pela norma, através de um rol de crimes⁸³.

O legislador ordinário não conceituou o que seriam os “crimes hediondos”, mas apenas elencou em um rol legal, insculpido no art. 2.º da Lei n.º 8.072/1990, delitos tipificados no Código Penal e na legislação extravagante, adotando um *sistema legal*⁸⁴, uma vez que coube a lei estabelecer quais

⁷⁸ “O crime hediondo, assim, é delito de excepcional gravidade. Daí, receber o mesmo rigoroso tratamento normativo, ao lado da tortura (é crime hediondo), do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e do terrorismo” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 184).

⁷⁹ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 139.

⁸⁰ Etimologicamente, hediondo é adjetivo originário do espanhol horrendo, causador de repulsa. O vocábulo “hediondo” não era empregado no Direito Penal, de modo que, quando o Código Penal traduz a ideia de conduta de excepcional repulsa pelo tratamento desumano perpetrado pelo agente, vale-se da expressão “meio cruel”, de que a tortura é espécie. Se realçar o motivo, qualifica-o de “fútil ou torpe” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 184).

⁸¹ ASSIS TOLEDO, Francisco de. Crimes hediondos. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, abr-jun. 1992, v. 5, n. 2, p. 60.

⁸² CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 184.

⁸³ Para um estudo mais aprofundado sobre a definição dos elementos normativos do injusto, vide: PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral* (arts. 1º a 120). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 501 *et. seq.*

⁸⁴ Nilo Batista tece severas críticas a esse critério adotado pelo legislador, asseverando que ele poderia tomar alguns elementos legais do delito (vide: dolo, *animus lucri faciendi*, modos de execução) para construir um conceito de crime hediondo, limitando-o, por outro lado, na natureza e na quantidade da pena cominada, restringindo-se, por exemplo, a delitos punidos ao máximo com a reclusão de tantos anos. Em verdade, há uma contrariedade ao preceito constitucional que determinou a imposição de determinadas restrições aos ilícitos “definidos como crimes hediondos”, entretanto, “o legislador, ao invés de empreender a tarefa definidora, apresentou um cardápio; a Constituição pediu-lhe uma definição, ou seja, uma declaração da essência-significado dos crimes hediondos, e ele respondeu com uma seleção arbitrária, uma rotulação sem método ou critério”. (...)

crimes seriam hediondos⁸⁵. Assim sendo, em termos legais, não é hediondo o delito apenas por mostrar-se repugnante, asqueroso, sórdido ou abjeto, ou em razão de sua gravidade objetiva, ou em virtude de seu meio ou modo de execução, ou ainda, pela finalidade que impulsionou a conduta delitiva, mas o é aquele crime que, “por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador”⁸⁶. Daí falar-se em um *elemento normativo jurídico*⁸⁷.

4.2. RESTRIÇÕES PENAIS E PROCESSUAIS: INSUSCETIBILIDADE DE ANISTIA, GRAÇA E FIANÇA

Como já foi dito, o art. 5.º, XLIII, alavancou um microsistema fechado e autônomo, de origem constitucional, colocado ao lado do sistema penal geral e aberto, trazendo em seu bojo, além do comando de criminalização de fatos hediondos (sem defini-los), a importação de regras restritivas do processo criminalizador. Em consequência, restaram após a definição legal requerida, dois tratamentos: de um lado, os crimes comuns permaneceram disciplinados pelo Código Penal ou pelas leis penais especiais. Por outro, os crimes hediondos receberam maior severidade na resposta penal⁸⁸.

Nessa senda, proibiu-se, em níveis constitucional e infraconstitucional, a *anistia*, que “é espécie de *Clementia Principis*, concedida geralmente aos criminosos políticos”⁸⁹, o que não impede sua aplicação aos crimes comuns. Decorre, por sua vez, de ato do Congresso Nacional (lei penal de efeito retroativo) que retira as consequências penais, promovendo o esquecimento jurídico dos fatos delituosos (arts. 21, XVII e 48, VIII, CF). Quando concedida antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, extingue seus efeitos penais⁹⁰.

“O encargo de definir os crimes hediondos que a Constituição impôs ao legislador ordinário é algo muito diferente da voluntariosa escolha de alguns tipos penais, arbitrariamente selecionados ao sabor de idiosincrasias conjunturais” (BATISTA, Nilo. Outro argumento sobre crimes hediondos. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 347).

⁸⁵ CAPANO, Evandro Fabiani. *Legislação especial penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 327.

⁸⁶ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 167.

⁸⁷ “O crime hediondo dispensa definição por qualquer norma. É inerente à própria natureza das coisas”. A Carta Política, porém, “determinou a especificação dessas infrações penais. Tanto assim, explicitamente, estatui: ‘(...) e os definidos como crimes hediondos (...)’. A definição é necessária. Através de lei ordinária” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 186).

⁸⁸ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 168.

⁸⁹ Por ser uma liberalidade do Estado, eventuais condições serão impostas pelo poder concedente. Pode ser incondicionada ou condicionada e, somente nesta hipótese, pode ser recusada pelo destinatário. Se concedida antes do encerramento do processo, é denominada “própria”; se após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é “imprópria” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 186).

⁹⁰ “Concedida a anistia, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarará extinta a punibilidade (arts. 107, II, do CP e 187, da LEP). (...) “Em regra, a anistia é geral (ou plena), de concessão ampla e indistinta, admitindo-se, todavia, a anistia parcial (ou restrita), quando sua outorga encontra-se circunscrita a determinados agentes ou limitada a uma categoria de crimes especificados em lei. Radica a generalidade da anistia não apenas na possibilidade de

Restou vedada, também na Constituição e na Lei de Crimes Hediondos, a *graça*, que é outra manifestação tradicional da clemência soberana estatal, em que o chefe do Poder Executivo faz cessar a execução da pena, extinguindo-se, por consequência, a punibilidade. “O mesmo ocorre com o indulto. Todavia, enquanto este é concedido coletivamente, aquela favorece pessoa determinada”⁹¹. A proibição do *indulto*, por seu turno, encontra eco somente na norma legal (art. 2.º, I, Lei n.º 8.072/1990), de modo que o dispositivo constitucional fala apenas na insuscetibilidade da graça e da anistia para os crimes hediondos e equiparados, sem mencioná-lo explicitamente⁹².

abranjer uma pluralidade de fatos, mas precisamente por referir-se impessoalmente ao fato ou fatos anistiados, de modo que resultam impunes seus autores, sejam estes conhecidos ou não, no momento em que a lei foi sancionada” (PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral* (arts. 1º a 120). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 923).

⁹¹ Historicamente, as Constituições brasileiras, quando empregaram o vocábulo indulto, compreendiam também a graça. Nunca houve discordância quanto a isso. A CF-88, entretanto, quebrando a tradição, menciona os dois institutos. A graça, no referido art. 5.º, XLIII. O indulto, no art. 84, XII, ao descrever a competência privativa do Presidente da República. Em consequência, cumpre distinguir graça de indulto, distinção, como se viu, restrita à quantidade de pessoas beneficiadas. Singular, na graça. Plural, no indulto (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 187). “O indulto e a graça são atos privativos do Presidente da República (art. 84, XII, CF). Ambos, porém, não se confundem”. Enquanto a graça é solicitada, o indulto é espontâneo. “Assim, a concessão da graça poderá ser provocada por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa (art. 188, LEP). O indulto, a seu turno, independe de qualquer solicitação. Pode ser *pleno* – quando extingue completamente a punibilidade – ou *parcial* – quando diminui a pena. Inadmite recusa por parte do beneficiário, salvo em se tratando de comutação de pena ou de indulto condicionado”. (...) “Após a concessão da graça ou do indulto, cabe ao juiz declarar extinta a pena ou ajustar a execução aos termos do decreto presidencial, no caso de comutação (arts. 192 e 193, LEP). A graça e o indulto, ao contrário da anistia, pressupõem o trânsito em julgado da condenação e não extinguem os efeitos penais da mesma” (PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 923-924). Vide ainda: BATISTA, Nilo. Um pensamento sobre o indulto. *Revista de Direito Penal*. n. 19/20, jul-dez. 1975.

⁹² Sobre esse tema, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, negou provimento ao pedido de *Habeas Corpus* n.º 90.364-9, impetrado com intuito de, ante a inexistência de previsão constitucional, o paciente, autor de crime hediondo, fosse beneficiado com o indulto presidencial. Na ocasião, afirmou-se no relatório, o inciso XLIII do art. 5.º, da CF “proíbe a graça, gênero do qual o indulto é espécie” (BRASIL, Supremo Tribunal federal. *Habeas Corpus* 90.364-9 – Minas Gerais. Penal: Processual Penal, *Habeas Corpus*. Indulto e Comutação de pena. Extorsão mediante sequestro. Crime hediondo. Inteligência dos arts. 5.º XLII e 84, XII, ambos da Constituição Federal. Alegada ilegalidade inconstitucionalidade da Lei 8.072/90 e do Decreto 5.993/06. Inocorrência. Concessão de favores que se inserem no poder discricionário do Presidente da República. Não cabimento de HC contra lei em tese. Impetração não conhecida. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 31 de outubro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497480>. Acesso em: 05 abr. 2019, p. 428). “Se é certo que as palavras na lei não são inúteis, nem repetitivas, verdadeiro ainda, a simples interpretação literal é insuficiente para projetar o sentido da norma. Cumpre ponderar sempre o sentido teleológico. Tullio Delogu em seus escritos, resume, com felicidade, esse pormenor, dizendo que a letra da lei é ‘punto di partenza, mai punto d’arrivo’. Em se analisando, finalisticamente, o art. 5.º, XLIII, percebe-se, a proibição constitucional significa excluir da *Clementia Principis* os autores de crimes hediondos. Não faz sentido, pela Constituição, afastar o favor do Presidente da República, individualmente concedido, mas autorizar o benefício só porque, no mesmo decreto, foram contempladas outras pessoas. Sufragar-se-ia conclusão meramente formal, em dado simplesmente numérico. Realça-se, aqui, o significado altamente negativo do crime hediondo, incompatível com a tradicional clemência” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 190-191). Em sentido diametralmente oposto, tendo em vista as alterações promovidas na Lei n.º 8.072/1990 pela Lei n.º 11.464/2007, Alberto Silva Franco advoga ser “o indulto o último tópico a ser excluído da Lei de Crimes Hediondos para que o referido diploma legal se acomode corretamente com os termos da norma constitucional criminalizadora do inc. XLIII do art. 5.º da Constituição Federal” (SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 137).

O constituinte também vedou expressamente a *fiança*, instituto de Direito Processual Penal, “uma contracautela, uma garantia patrimonial, caução real, prestada pelo imputado e que se destina, inicialmente, ao pagamento das despesas processuais, multa e indenização, em caso de condenação, mas, também, como fator inibidor de fuga”⁹³.

Vale dizer que, além do mandamento constitucional de criminalização e da imposição de regras restritivas no processo criminalizador, a Constituição da República antecipou-se à definição legal de crimes hediondos e elencou, em nível constitucional, três delitos: a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Para o constituinte, são eles os mais graves, de insuperável danosidade social, situados no topo da pirâmide das criminalizações⁹⁴. Os demais, hediondos, ele deixou para o legislador ordinário escolher. Estes, já o são. A tortura foi definida pela Lei n.º 9.455/1997⁹⁵. O tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, quando da elaboração da Constituição Federal, encontrava-se tipificado pela Lei n.º 6.368/1976 (art. 12), revogada, posteriormente, pela Lei n.º 11.343/2006⁹⁶. O terrorismo, por sua vez, apesar da disposição constante na Lei de Segurança Nacional (Lei n.º 7.170/1983)⁹⁷, só foi definido pela Lei n.º

⁹³ O instituto da fiança foi profundamente modificado na Reforma Processual de 2011, tendo agora um campo de atuação muito maior, de modo que passa a ter duas dimensões: a) como medida cautelar diversa da prisão; b) aplicada no momento da concessão da liberdade provisória (art. 310, CPP), portanto, como condição imposta neste momento e vinculada à liberdade provisória. Liberdade provisória essa que foi acrescida entre as vedações da Lei de Crimes Hediondos (art. 2.º, II), e, posteriormente, revogado pela Lei n.º 11.464/2007, restando somente a proibição, em níveis constitucional e legal, da fiança (LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 894-895). Em verdade, “a fiança é espécie de liberdade provisória. A expressão liberdade provisória não é adequada, apesar de consagrada, inclusive na lei. Traz a ideia de liberdade que pode, a qualquer momento, vir a cessar. Mas, todo aquele submetido a processo criminal tem uma liberdade provisória, eis que pode vir a ser preso em virtude de preventiva, pronúncia ou condenação. Melhor seria falar em liberdade vinculada. O réu fica em liberdade, mas sujeito a vínculos com o processo” (FERNANDES, Antônio Scarance. A fiança criminal e a Constituição Federal. *Justitia*. São Paulo, 53 (155), jul-set. 1991, p. 31). Assim, a fiança funciona a um só tempo, não só como providência de contracautela, como ainda no papel de substitutiva das medidas de prevenção, que atingem as liberdades de ir e vir do acusado (FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 4, p. 115). No mesmo sentido: TORNAGHI, Hélio. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. 2, p. 845.

⁹⁴ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 139 e ss.

⁹⁵ Art. 1.º. “Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminoso; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos. § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal”.

⁹⁶ “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”.

⁹⁷ A redação do art. 20, da Lei de Segurança Nacional não pode ser tomada como definidora do delito de terrorismo. Falar que “praticar atos de terrorismo” é delimitar a conduta, “contrasta com o imperativo inafastável de clareza, precisão e certeza na descrição das condutas típicas, revelando-se aquém das mais elementares exigências garantistas” (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. Delito político e terrorismo: uma aproximação

13.260/2016, publicada quase vinte e oito anos depois da determinação constitucional, evidenciando o paradoxal comportamento de frouxidão acintosa e político-partidária dos legisladores.

4.3. RESPONSABILIDADE PENAL DIANTE DA OMISSÃO: BREVES CONSIDERAÇÕES À LUZ DO PRINCÍPIO DA IMPUTAÇÃO SUBJETIVA

Por fim, o inciso XLIII do art. 5º determina que, pelos delitos enunciados, responderão “os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Em relação aos mandantes e executores, pode-se dizer que a redação adotada se traduz em um reforço constitucional da posição acolhida pela dogmática penal finalista, a qual, preocupada com a responsabilização subjetiva, impulsionou a reforma de 1984 do Código Penal (art. 29, CP)⁹⁸. Sobre a referência feita aos “que, podendo evita-los, se omitirem”, veja-se mais detidamente: ao que parece, o constituinte definiu a omissão penalmente relevante como sendo aquela na qual o omitente podia evitar que o resultado típico se produzisse e nada fez⁹⁹.

Entretanto, para ser responsabilizado penalmente, não basta que o agente possa evitar o resultado. Sendo necessário, ademais disso, que ele deixe de agir conforme a previsão normativa. Só tem relevância penal, a omissão, quando o omitente *podia e devia* agir para evitar o resultado¹⁰⁰. Assim, além de poder evitar o resultado, é necessário que o omitente tenha o dever (jurídico) de fazê-lo, de modo que, “o que caracteriza essa espécie delitiva é exatamente a transgressão de um dever jurídico de evitar o resultado, a que se estava obrigado”¹⁰¹.

conceitual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 89, v. 771, p. 419-449, jan. 2000, p. 434). Em igual sentido: SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 184; CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 186; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. As limitações do tratamento penal do terrorismo pelo ordenamento jurídico brasileiro. (In) FERNANDES, Antônio Scarance; ZILLI, Marcos (coords.). *Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 375-376. Já para Antônio Scarance Fernandes, antes da elaboração da Lei n.º 13.260/2016, o terrorismo estava “previsto no art. 20, da Lei 7.170/1983, que define os crimes contra a segurança pública e a ordem política e social” (FERNANDES, Antônio Scarance. Considerações sobre a Lei 8.072/90, de 25 de julho de 1990 – Crimes hediondos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 660, p. 261).

⁹⁸ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 140-141; CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 194.

⁹⁹ ROSA, Gerson Faustino. *Terrorismo: elementos essenciais para a tipificação legal*. Londrina: Thoth, 2023, p. 198.

¹⁰⁰ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32-36; TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Direito Penal da negligência: uma contribuição à Teoria do Crime Culposos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, passim; KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquin Cuello e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 307.

¹⁰¹ “Em nível de tipicidade, faz-se mister a concorrência de uma situação típica; da não realização de uma ação evitadora do resultado; da capacidade concreta de ação (conhecimento da situação típica e do modo de evitar o

Andou bem o legislador constituinte, ao dizer: “os que, podendo evita-los, se omitirem”. Essa cláusula afasta a responsabilidade objetiva e a responsabilidade por fato de outrem. Reafirma a responsabilidade subjetiva. Entretanto, restou ao legislador ordinário a incumbência de estabelecer, caso a caso, quando haverá o dever de agir. Não basta o comando da Constituição. Cumpre haver o tipo legal de crime. Assim, não é suficiente deixar de evitar que outrem cometa qualquer dos delitos elencados no inciso XLIII do art. 5.º. Faz-se necessário também, o elemento normativo, consistente no dever de agir e que o agente pudesse interferir para evitar a conduta delituosa de outrem¹⁰². Vale dizer: assistir à tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, a atos de terrorismo ou a crimes hediondos, mantendo-se alheio, indiferente, por si só não é omissão, no sentido jurídico do termo. Acrescenta-se a censurabilidade ao assistente, porque se omitiu quando lhe era possível impedir a ocorrência do resultado. Eis a única interpretação coerente com os princípios penais de garantia¹⁰³.

No que tange à regulamentação legal do presente trecho do dispositivo constitucional, somente a Lei de Tortura (Lei n.º 9.455/1997) estandardizou o assunto, dispondo, no art. 1.º, § 2º, que aquele que se omite em face das condutas inculpidas no art. 1.º, I e II, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos. Já quanto à omissão perante os delitos descritos na Lei de Crimes Hediondos, na Lei de Drogas e na Lei Antiterrorismo, ante a ausência de tratamento específico, reger-se-ão integralmente pelas disposições gerais do Código Penal, precisamente, por seu art. 13, § 2º, onde estão disciplinadas as fontes genéricas do especial dever de garantia¹⁰⁴.

5. CONCLUSÃO

resultado/possibilidade real de fazê-lo); da posição de garantidor do bem jurídico; da equivalência (ou identidade) entre a omissão e a ação, conforme o conteúdo do injusto” (PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 449).

¹⁰² ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. Uma análise crítica da ignorância deliberada à luz do princípio da imputação subjetiva. *Quaestio Iuris*. vol. 11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018. pp. 1592-1612 DOI: 10.12957/rqi.2018.31154, p. 1601.

¹⁰³ “Assim, além do comando da Constituição, lei ordinária (v. “Princípio da Legalidade”) precisa definir a omissão como conduta delituosa. Só assim definir-se-á a obrigação de agir. Insista-se não é um simples não-fazer. É não cumprir o dever jurídico” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 196-197). Tome-se como exemplo, o disposto no art. 1.º, § 2º, da Lei n.º 9.455/1997, que pune aquele que se omite em face da prática de tortura, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, com pena de detenção de um a quatro anos.

¹⁰⁴ “Art. 13, § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

Do exposto, depreende-se que não se pode pretender criar um novo regime jurídico-penal para coibir a prática de atos de terrorismo. A eles, aplicam-se toda a teoria do delito e as demais disposições Constitucionais e do Código Penal.

A excepcionalidade deve restringir-se ao que dispôs o constituinte de 1988, quando equiparou o terrorismo aos crimes hediondos, negando aos seus autores o direito à indulgência do Estado (graça e anistia), e à fiança. Afora isso, estaria o legislador ordinário a criar um regime de exceção não autorizado pela Constituição Federal.

Estabelecer restrições a direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e à revelia da Norma Fundamental é criar um Direito não autorizado, um não Direito, *in casu*, um Direito Penal do inimigo. Tampouco se pode pretender utilizar uma quimérica “política criminal” antiterrorismo para implementar medidas restritivas que ultrapassem os limites constitucionais penais.

Na elaboração de uma definição jurídico-penal de terrorismo, apesar das inúmeras dificuldades que permeiam o desenvolvimento desta árdua tarefa de descrever em um tipo penal a conduta terrorista, especialmente pressionada pela premente preocupação com a superveniência de novos ataques, seu cerne deve quedar a discussão num plano de absoluta racionalidade científica, especialmente ante a premente necessidade de desenvolvimento de disposições penais balizadas por direitos e garantias fundamentais, suplantando qualquer demanda político-criminal de exceção decorrente do atentado "X", ou do evento "Y", ou dos altos índices de criminalidade terrorista, e prevalecendo os aspectos dogmáticos que orientam a Ciência do Direito Penal.

Mesmo havendo dezenas de convenções multilaterais para a repressão do terrorismo no Direito Internacional, inexistente uma definição global que uniformize o seu tratamento jurídico-penal. E tendo em vista o compromisso ético-jurídico assumido pelo Estado brasileiro - tanto em face de sua própria Constituição, como perante a comunidade internacional - de repudiar o terrorismo (art. 4.º, VIII, CF), restou ao Poder Legislativo a adequada elaboração de um tipo legal em conformidade com as diretrizes político-constitucionais e com os limites republicanos.

Nesse passo, em relação a indagação relativa à vinculação do legislador ordinário ao mandamento de criminalização do constituinte (art. 5.º XLIII, CF), conclui-se que, apesar da estrutura lógico-linguística do dispositivo constitucional compor, sob o aspecto formal, uma proposição prescritiva, sob uma perspectiva material, tem-se que o cumprimento do *mandamento constitucional de criminalização* deve se dar em total consonância com a realidade

e experiência social, sempre sob o crivo do legislador ordinário (v.g. princípio da legalidade), não se lhe retirando sua liberdade seletiva quanto à necessidade de criminalização. Incumbe-lhe, portanto, dentro dos parâmetros constitucionalmente estabelecidos, precisar *se e quando* uma conduta será considerada terrorista e qual será a medida da responsabilização penal.

Justamente no intento de atender à determinação constitucional, que o legislador ordinário tardiamente elaborou a Lei Antiterrorismo, residindo o edifício conceitual do delito de terrorismo em seu art. 2º, cujos termos foram detidamente examinados no presente trabalho. Depois de acurada análise da respectiva definição típica, é forçoso propugnar pela revogação da Lei n.º 13.260/2016 e, conseqüentemente, por uma nova definição jurídico-penal do terrorismo, agora no Código Penal brasileiro, inicialmente porque não é apropriado remeter tão relevante tutela à legislação penal extravagante. Além do que, não andou bem o legislador ao estabelecer um longo e diversificado catálogo de condutas delitivas no delito de terrorismo, conforme se observa no § 1º, I, IV e V do art. 2º.

Não só em razão da opção pelo critério misto (objetivo-subjetivo) na definição legal, como também em virtude do excesso de antecipação da intervenção punitiva, empregando-se termos vagos e imprecisos seguidos de fórmulas casuísticas, ampliando-se desmedidamente o alcance do tipo e desrespeitando a necessária descrição clara e taxativa das condutas¹⁰⁵. Tamanha afronta ao princípio da legalidade deu ensejo a um terreno fértil para a discricionariedade judicial no juízo de subsunção da ação típica, sobretudo com tipos abusivamente abertos, verdadeiros soldados de reserva que só contribuem para propagar a instabilidade e insegurança jurídica. Acresce-se a isso que a exigência legal de elementos normativos como motivos determinantes para o cometimento do delito (v.g. art. 2º, *caput*, parte inicial da Lei n.º 13.260/2016), além de múltiplos elementos subjetivos do injusto (v.g. art. 2º, *caput*, *in fine* da Lei n.º 13.260/2016), dificultam demasiadamente, quando não inviabilizam, o enquadramento típico pelo intérprete.

REFERÊNCIAS

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Reunidas, 1999.

¹⁰⁵ ROSA, Gerson Faustino. A violação da personalidade humana pelo expansionismo penal. *Revista Direito e Liberdade*, v. 15, n. 3, p. 41-70, set/dez. 2013, p. 54.

AMBOS, Kai; TIMMERMAN, Anina. Terrorismo y Derecho Internacional consuetudinario. (In) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; STEINER, Christian (orgs.). *Terrorismo y Derecho Penal*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. Crimes hediondos. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, v. 5, n. 2, abr/jun. 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BATISTA, Nilo. Outro argumento sobre crimes hediondos. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BATISTA, Nilo. Um pensamento sobre o indulto. *Revista de Direito Penal*. n. 19/20, jul-dez. 1975.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães São Paulo: Martin Claret, 2000

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: Edipro, 2016.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos fundamentais e justiça*. Juiz de Fora. n. 3, v. 1, abr-jun. 2008.

BRICOLA, Franco. *Politica criminale e scienza del Diritto Penale*. Bolgna: Il Mulino, 1997.

BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato: scritti di Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 1997, v. 1.

BURKE, Edmund. Discurso aos eleitores de Bristol. Trad. Gustavo Biscaia de Lacerda. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, n. 44, v. 20, p. 97-101, nov. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPANO, Evandro Fabiani. *Legislação especial penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARUNCHO, Alexey Choiet *al.* Art. 1.º. (In) BUSATO, Paulo Cesar (org.). *Lei Antiterror anotada: Lei 13.260 de 13 de março de 2016*. Indaiatuba: Foco, 2018.

CASTRO, Bruna Azevedo de. *Prestação Pecuniária e Perda de Bens e Valores: aspectos constitucionais e penais*. Londrina: Thoth, 2021.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, v. 2, 1994.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Corso di Diritto Penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

FACCIOLLI, Ângelo Fernando. *Introdução ao terrorismo: evolução histórica, doutrina, aspectos táticos, estratégicos e legais*. Curitiba: Juruá, 2017.

FELDENS, Luciano. Comentário ao art. 5.º, XLIII. (In) CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERNANDES, Antônio Scarance. A fiança criminal e a Constituição Federal. *Justitia*. São Paulo, 53 (155), jul-set. 1991.

FERNANDES, Antônio Scarance. Considerações sobre a Lei 8.072/90, de 25 de julho de 1990 – Crimes hediondos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 660.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemmaier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte geral*. Coimbra: Coimbra, 2004.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 4.

GABELLINI, Rogério Batista. *O delito de terrorismo no ordenamento penal: Lei n.º 13.260/2016*. Campinas: Millennium, 2016.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. As limitações do tratamento penal do terrorismo pelo ordenamento jurídico brasileiro. (In) FERNANDES, Antônio Scarance; ZILLI, Marcos (coords.). *Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 1989.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos Direitos Humanos. Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas: a imposição dos princípios constitucionais penais*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.



LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Inez. Breves Considerações sobre os Princípios Constitucionais das Relações Internacionais. *Consilium*. Brasília, n. 3, v. 1 jan-abr. 2009.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Posto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MELO, Vera Lúcia Monteiro da Mota. *O Terrorismo e o Impacto nos Direitos Humanos*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Sociais) - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2015. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/15194/1/Melo_2015.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o Direito Penal do ambiente?* Lisboa: Associação Acadêmica Faculdade de Direito, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Coimbra: Coimbra, 2012, v. 1.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad, 1974.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte especial: volume 9, Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral (arts. 1º a 120)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 89, v. 771, p. 419-449, jan. 2000.

ROSA, Gerson Faustino. Ação de grupos armados. (In) PRADO, Luiz Regis (Coord.); GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário (Orgs.). *Direito Penal Constitucional: a (des)construção do sistema penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROSA, Gerson Faustino. A violação da personalidade humana pelo expansionismo penal. *Revista Direito e Liberdade*, v. 15, n. 3, p. 41-70, set/dez. 2013.

ROSA, Gerson Faustino. *Terrorismo: elementos essenciais para a tipificação legal*. Londrina: Thoth, 2023.

ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de; HENRIQUES, Hamilton Belloto. *Direito Penal: ensaios acadêmicos*. Edijur: Leme, 2021.

ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. Uma análise crítica da ignorância deliberada à luz do princípio da imputação subjetiva. *Quaestio Iuris*. vol. 11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018. pp. 1592-1612 DOI: 10.12957/rqi.2018.31154.

ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato social*. Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996.



SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA FRANCO, Alberto. STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Direito Penal da negligência: uma contribuição à Teoria do Crime Culposos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TORNAGHI, Hélio. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. 2.

TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens Jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Sobre o autor:

Gerson Faustino Rosa

Estágio pós-doutoral em Direito Penal econômico na Faculdade de Direito de Curitiba. Doutor, mestre e especialista em Direito Penal. Professor de Direito Penal. Diretor de Justiça na Secretaria de Estado da Justiça do Paraná.

Escola Superior da Polícia Civil do Estado do Paraná - ESPC, Curitiba, PR

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9050-9035>

E-mail: gersonfaustinorosa@gmail.com

