

Lei antiterrorismo inova com a tentativa antecipada do crime

Ao editar a lei de antiterrorismo (Lei 13.260/16), o legislador atendeu, com certo atraso[1], ao mandado de criminalização estampado no artigo 5º, XLIII da Constituição Federal, que estabelece o terrorismo como crime equiparado a hediondo. Seguiu também uma tendência mundial de adotar medidas para prevenir, punir e eliminar o terrorismo, obrigação assumida pelo Brasil ao aderir a instrumentos internacionais, a exemplo da Convenção Interamericana contra o terrorismo.[2]

A novel legislação trouxe significativas mudanças ao arcabouço normativo pátrio, que geraram, não sem razão, grande dose de inquietude na comunidade jurídica. Muito se falou sobre a antecipação da tutela penal[3], fruto da tipificação de diversos crimes-obstáculo. Além disso, não passaram em branco a presunção absoluta de interesse da União a impor a competência da Justiça Federal e a atribuição investigatória originária da Polícia Federal (artigo 11),[4] além da atuação do juiz de ofício na fase investigatória (artigo 12).[5]

A audaciosa iniciativa do legislador, ao coibir o crime ainda em sua fase embrionária e promover a liquefação de bens jurídicos, pode ser vista sob distintos prismas. De um lado, alguns entenderão como um temerário flerte com o Direito Penal do Inimigo. Lado diverso, outros irão encarar como uma atuação mais rigorosa da lei penal em face dessa específica categoria de criminalidade[6], porquanto crimes tão graves demandam o atendimento à proporcionalidade constitucional (proibindo-se eventuais excessos, mas igualmente vedando-se a insuficiência tuitiva — garantismo positivo).[7]

A par dos vários debates possíveis, examinaremos nesse curto espaço uma grande novidade que ainda não contou com a detida análise doutrinária. Trata-se da punibilidade antecipada da tentativa, da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, antes mesmo do início da execução. É o que se passará a chamar de *tentativa, desistência voluntária e arrependimento eficaz antecipados*.

Não é estranho ao ordenamento pátrio a possibilidade excepcional de punição de atos preparatórios, quando o legislador, pelas suas regras de experiência social, opta por erigir a preparação à condição de delito autônomo. [8] Esse chamado crime-obstáculo faz consumir uma infração penal mais branda, visando a evitar que infrações mais graves venham a ocorrer.

A Lei 13.260/16 trouxe mais exemplos dessa técnica jurídica. O artigo 2º, §1º, I permite a punição de quem possui explosivos e materiais perigosos capazes de promover destruição em massa, conduta tipicamente preparatória da execução do atentado propriamente dito. O artigo 3º antecipa a incriminação para atingir quem constituir organização terrorista, destinada a causar o terror social ou generalizado (artigo 1º, §2º, II da Lei 12.850/13). O artigo 6º, por sua vez, pune aquele que mantém valores destinados ao planejamento e preparação do terrorismo. Já o artigo 5º, §1º criminaliza o recrutamento e treinamento de terroristas. Todos esses são exemplos de crime de perigo.

Entretanto, a grande novidade da lei de antiterrorismo foi tornar possível a punição da tentativa do crime de terrorismo mesmo antes do começo da prática do verbo nuclear.

A tentativa, como genericamente conhecemos, ocorre quando o autor do fato inicia a execução do crime que quer consumir, mas não consegue alcançar seu objetivo final por motivos alheios à sua vontade.

Apesar de já estar em fase avançada no *iter criminis*, o indivíduo é punido com base na pena do crime consumado reduzida de um a dois terços (artigo 14, II do CP). Percebe-se que a punibilidade da tentativa simples sempre se vinculou ao começo da execução (realização do núcleo do tipo).

Tal paradigma agora foi rompido pela Lei 13.260/16. O artigo 5º, *caput*, sentencia que “realizar atos preparatórios de terrorismo” sujeita o agente à pena do delito consumado diminuída de um 1/4 a 1/2, possibilitando a tentativa de terrorismo desde a prática de atos preparatórios que orbitem (de maneira próxima) o verbo nuclear. Cuida-se de verdadeira *tentativa antecipada*, com outro parâmetro de diminuição de pena.

A doutrina sempre conferiu muita importância à definição da transição entre os atos de preparação e os de execução, justamente pois isso representava a possibilidade de o Estado passar a punir as condutas ilícitas, ao menos a título de tentativa, simples ou abandonada. Várias teorias surgiram para tentar dar um pouco mais de certeza ao exato momento em que o crime passaria a ser executado, dentre elas a objetivo-formal, a objetivo-material e a objetivo-individual.

Para a teoria objetivo-formal, predileta dos autores clássicos, só há que se falar em começo da execução de um crime se o verbo nuclear do crime começar a ser realizado. Dessa sorte, outros verbos, independentemente de serem condutas tidas como antecedentes lógicos desse verbo principal (elencado no tipo penal), não configurarão sequer a tentativa do crime.

Segundo autores mais modernos, adeptos da teoria objetivo-material e da teoria objetivo-individual, são considerados para viabilizar a punição do autor do fato, ao menos pela tentativa, não só o começo da prática do núcleo do tipo, mas também os verbos que lhe são considerados imediatamente anteriores, conforme a visão de um homem-médio (teoria objetivo-material) ou o plano do próprio autor do fato (teoria objetivo-individual). Ficam afastados das garras do Direito Penal somente os atos preparatórios distantes, a não ser que tenham sido tipificados como delito autônomo (crimes-obstáculo).

De posse dessas informações, fica fácil notar que o artigo 5º, *caput*, da lei de antiterrorismo abandonou aquele apego demasiado ao verbo nuclear para fins de incidência da lei penal. [9] Em outras palavras, a teoria objetivo-formal foi afastada da Lei 13.260/16 em razão da autorização expressa de punição dos preparatórios que gravitam em torno do núcleo do tipo, a título de *tentativa antecipada*.

A interpretação legal deve ser no sentido de *atingir apenas as condutas imediatamente antecedentes* à prática dos verbos nucleares do terrorismo, sob pena de constituir um buraco negro incriminador capaz de atrair praticamente todo e qualquer comportamento humano antecedente à prática do verbo nuclear.

Com efeito, a Lei 13.260/16 criou um sistema binário de incriminação da preparação: os atos preparatórios distantes só podem ser punidos se definidos como crimes-obstáculo (*verbi gratia*, artigo 2º, §1º, II, artigo 3º, artigo 5º, §1º e artigo 6º), enquanto os atos preparatórios imediatamente anteriores ao núcleo do tipo penal de terrorismo são criminalizados a título de tentativa (artigo 5º, *caput*).

Visto isso, convém formular observações acerca da tentativa abandonada (arrepentimento eficaz e desistência voluntária), aqui residindo também grande inovação da lei de antiterrorismo.

Segundo a lição de Franz von Liszt, existe uma *ponte de ouro* do Direito Penal, que faculta ao agente



reingressar à seara da licitude e escapar do *conatus*. Abrange tanto a situação em que o agente abandona o seu dolo antes de esgotar os atos executórios (desistência voluntária) quanto aquela em que esgota os atos executórios, mas consegue impedir o resultado (arrependimento eficaz). Nesses casos, o agente não responde pela tentativa do crime almejado (operando-se a exclusão da tipicidade quanto a ele), mas somente pelos atos até então praticados. É dizer, responde por eventual crime de menor gravidade já consumado (falando-se nesse caso em tentativa qualificada) ou fica impune caso seus atos pretéritos praticados não configurem delito autônomo.

O detalhe fundamental é que se exige o início da execução, como prescreve o artigo 15 do Código Penal, segundo o qual “o agente que, voluntariamente, *desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza*, só responde pelos atos já praticados”. Essa mesma baliza inicial é a que costumeiramente habilitava o poder punitivo estatal, como se depreende da tentativa simples (artigo 14, II do CP) e da participação (artigo 31 do CP).

Pois bem. De modo totalmente inovador, o artigo 10 da Lei 13.260/16 passou a facultar a incidência da desistência voluntária e do arrependimento eficaz antes dos atos de execução, ainda durante a preparação:

Art. 10. *Mesmo antes de iniciada a execução* do crime de terrorismo, na hipótese do art. 5o desta Lei, aplicam-se as disposições do art. 15 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Trata-se de autêntica *tentativa abandonada antecipada (desistência voluntária ou arrependimento eficaz antecipados)*. Aqui, na verdade, ocorre um efeito punitivo inverso do que aquele verificado na tentativa. Ora, quando da antecipação do marco inicial da tentativa, garantiu-se uma maior amplitude punitiva pelo *conatus* praticado (desde os atos preparatórios próximos ao verbo nuclear); já no caso da antecipação do marco inicial do arrependimento eficaz e da desistência voluntária, ficou habilitada a *ponte de ouro* a partir dos atos preparatórios, aumentando a incidência do benefício de política criminal e com isso reduzindo o espectro punitivo.

Destarte, vejamos os cenários de *tentativa, desistência voluntária e arrependimento eficaz antecipados* conforme as categorias de atos preparatórios praticados pelo agente.

Caso o agente pratique *atos preparatórios imediatamente anteriores* ao verbo nuclear do terrorismo, e não ocorrer a consumação por circunstâncias alheias à sua vontade, incide a *tentativa antecipada* (artigo 5º, *caput* – pena do crime consumado reduzida de 1/4 a 1/2). Já se o indivíduo abandonar voluntariamente a empreitada criminosa, ocorre a *desistência voluntária ou arrependimento eficaz antecipados* (artigo 10 – responde pelos atos praticados).



Imagine o exemplo: o agente monta arma de fogo de uso restrito com capacidade de cinco munições (sem potencial de causar destruição em massa)[\[10\]](#) para se tornar acionável por controle remoto, a fim de matar alguém em meio à multidão e causar terror social por discriminação religiosa. Se é impedido de acionar a arma responde pelo crime do artigo 2º, §1º, V da Lei 13.260/16 com pena diminuída (combinado com artigo 5º, *caput*). De outro lado, se desiste de acionar o dispositivo responde pelo delito do artigo 16 da Lei 10.826/03 (*desistência voluntária antecipada*), e se aciona a arma mas empurra o alvo, evitando seu atingimento, responde pelos artigos 15 e 16 da Lei 10.826/03[\[11\]](#) (*arrepentimento eficaz antecipado*).

Por fim, caso o agente pratique *atos preparatórios distantes*, e os fatos não forem típicos, o sujeito fica livre da responsabilidade penal. Pense no exemplo: o sujeito aluga um apartamento pensando em, futuramente, criar um centro de treinamento de terroristas.

Já se esses *atos preparatórios remotos* forem incriminados por tipo penal específico, responderá pelo crime-obstáculo correspondente. Visualize o exemplo: o indivíduo mantém em sua casa arma de fogo de uso permitido com o fim de, futuramente, apoderar-se de uma aeronave para provocar terror generalizado em razão de preconceito de cor. Responde pelo crime do artigo 12 do Estatuto do Desarmamento.

Defeituosa ou não, uma coisa é certa: a Lei 13.260/16 distingue-se em meio à imensidão legislativa brasileira e merece especial atenção dos juristas.

[\[1\]](#) Superando a discussão sobre a tipificação ou não do terrorismo no art. 20 da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), que criminaliza a vaga expressão “atos de terrorismo”, e trazendo um conceito legal de terrorismo mais completo do que aquele encontrado no art. 1º, §4º da Lei 10.744/03.

[\[2\]](#) Decreto 5.639/05.

[\[3\]](#) ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. t. I. Madrid: Civitas, 2006. p. 410.

[\[4\]](#) O dispositivo merece leitura conjunta com os arts. 109 e 144, §1º da Constituição Federal.

[\[5\]](#) Comando legal que não pode ignorar a vigência de um sistema processual penal acusatório.

[\[6\]](#) Como explica a doutrina, o terrorismo envolve a prática do terror e se volta contra número de vítimas indeterminado, mediante violência generalizada que acarreta enorme sentimento de insegurança na população e dificulta sua capacidade de reação (DOTTI, René Ariel. Terrorismo e devido processo legal.



RCEJ, ano VI, Brasília, set. 2002. p. 27-30).

[7] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, abr. 2002.

[8] Como ocorre, por exemplo, nos crimes de associação criminosa (art. 288 do CP) e de tráfico de maquinário (art. 34 da Lei 11.343/06).

[9] Vale lembrar que a jurisprudência já vem empregando esse raciocínio, como por exemplo quando considera o uso de barra de ferro para ingresso em residência de terceiro, com "animus furandi", como início de execução (STJ, REsp 113.603, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 28/09/1998).

[10] Quaisquer dos objetos materiais elencados no artigo 2º, §1º, I, da lei de antiterrorismo, devem ser capazes de produzir destruição em massa. Se não assim, a posse de uma pedra (a qual é apta a causar dano) poderia ser enxergada como suficiente para fazer incidir o tipo penal em comento, que criminaliza a posse ou porte de *outros meios capazes de causar danos* ou promover *destruição em massa*.

[11] Não se falando no princípio da consunção pelo fato de as condutas terem sido destacadas em contextos fáticos distintos.