

FUNCIONALISMO E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: TERRORISMO POLÍTICO E OS ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS NO BRASIL

FUNCTIONALISM AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY: POLITICAL TERRORISM AND ANTI- DEMOCRATIC ACTS IN BRAZIL

**SIMONE DE SÁ ROSA
FIGUEIRÊDO**

Faculdade Damas da Instrução Cristã,
Brasil

simonedesarf@yahoo.com.br

**LEONARDO HENRIQUE
GONÇALVES DE SIQUEIRA**

Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais, Brasil

leonardohsg@hotmail.com

Received: 24 Mar 2025

Accepted: 28 Abr 2025

Published: 07 Jul 2025

Corresponding author:

simonedesarf@yahoo.com.br



desenvolvimento de critérios básicos e orientadores da atividade legislativa e judicial.

Palavras-chave: Funcionalismo. Terrorismo. Proporcionalidade.

Abstract: This research analyzes the compatibility of including the expression "political reasons" in the legal definition of terrorism, as well as a hypothetical typification of the acts that took place in Brazil on January 8th. Considering the proposed legislative change and, in this sense, a methodological discussion on the limits of the legislator and the judge, the work presents a rational way to conclude on the possibility of including the questioned expression and on possible problems related to tipicity. The literature review takes as its theoretical reference the teleological-rational functionalism developed by Claus Roxin. The research points out that the inclusion of political reasons in the criminal type that defines terrorism does not violate or even constitute a risk to the right to demonstrate, considering that the questioned legislative inclusion takes place in the legal system of a democratic state. The conclusion on the possibility of legislative inclusion and for

coherent judicial reasoning is based on the principle of proportionality, which is in line with established criminal politics values, proving to be an effective instrument for the development of basic and guiding standards for legislative and judicial activity.

Keywords: Functionalism. Terrorism. Proportionality.

1. Introdução

A Lei 13.260/2016, conhecida como Lei Antiterrorismo, não prevê o chamado “terrorismo político” como uma ação típica. Após os atos ocorridos no Brasil no dia 08 de janeiro de 2023, a fim de viabilizar a tipificação daquelas condutas como terrorismo, passou-se a discutir – a partir do PL 83/2023 – a necessidade de inserir no art. 2º da lei, ao lado da xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, *razões de ordem política*.

Considerando a possibilidade de modificação legislativa¹, é preciso examinar se a proposta deve ou não prosperar, o que nos permite, da mesma forma, investigar a hipotética tipicidade. Nesse sentido, o presente artigo propõe uma discussão de caráter metodológico sobre os limites imanentes da atividade legislativa e judicial em matéria penal, procurando estabelecer e, portanto, fornecer ao legislador e ao julgador a possibilidade de construir e trilhar um caminho seguro, coerente e racional para decidir sobre a inclusão ou não no texto legal a expressão *razões de ordem política* e sobre possíveis questões de tipicidade.

A problemática é construída e se desvela a partir da reflexão sobre os critérios e limites imanentes à atividade legislativa, ao qualificar uma conduta como digna de sanção penal, principalmente para o caso em análise, onde a pena varia de 12 a 30 anos de reclusão, e à atividade judicial, que deve aplicar uma pena tão severa apenas às condutas que estão inseridas no espectro punitivo, cujos contornos estão definidos no tipo penal. O frugal cumprimento e respeito ao rito ordinário para a criação de uma lei em matéria penal é completamente insuficiente para legitimar uma nova incriminação. Da mesma maneira, a interpretação do alcance da matéria da proibição não pode ser uma atividade arbitrária do julgador.

A hipótese do presente artigo parte da ideia de que o princípio da proporcionalidade – sob o fio condutor dos valores de política criminal estabelecidos na nossa Constituição Federal (GRECO, 2002, p.82) – é um importante instrumento para o desenvolvimento de critérios básicos e orientadores da atividade legislativa e judicial, permitindo a construção e

¹ Há no Senado Federal um projeto do senador Alessandro Vieira – PL 83/2023 – que busca incluir na redação da Lei Antiterrorismo a expressão *por razões políticas*.

sistematização de uma cadeia argumentativa capaz de proporcionar um debate dogmático e cientificamente fundamentado.

O referencial teórico é o funcionalismo de cunho teleológico-racional desenvolvido por Claus Roxin.² O pensamento do autor acaba relacionando indissociavelmente o direito penal e a política criminal, invertendo a famosa frase de Liszt. O foco do trabalho está nas implicações metodológicas derivadas da proposta funcionalista do autor, o estabelecimento de valores – constitucionalmente estabelecidos – e a respectiva imersão do direito penal nos seus pressupostos. Isso significa, em última instância, que a dogmática penal precisa construir a sua teorização – elementos do crime, por exemplo – tomando como fundamento primeiro as valorações de política criminal estabelecidas na Constituição, permitindo que todo o edifício teórico desenvolvido seja passível de reconstrução, exame e discussão sob o ponto de vista técnico-jurídico e científico.

A metodologia funcionalista – diferentemente daquela adotada pelo causalismo e finalismo – não procura desenvolver respostas axiomáticas, na verdade, como afirmado por Schünemann (1984, p. 55), o funcionalismo foca na construção de um caminho metodologicamente coerente e passível de reconstrução³. O próprio autor (SCHÜNEMANN, 1984, p. 56), por exemplo, propõe uma reconstrução com base em dois planos valorativos autônomos, ou, segundo Wolter (1993, p. 296), em um “duplo exame de proporcionalidade”. É bem verdade que há uma enorme diversidade de propostas funcionalistas – cuja discussão sequer é objeto do artigo – porém, em todas há preocupações metodológicas semelhantes⁴, o que permite uma profícua discussão sobre o tema e a sua relação com a problemática do artigo.

O artigo está estruturado – além da introdução e da conclusão – em três tópicos, nos quais serão desenvolvidos, respectivamente, a definição de terrorismo e a legislação nacional, o funcionalismo de Roxin como um sistema coerente de interpretação e, por último, as considerações sobre a proporcionalidade e as suas relações com o sistema funcionalista no âmbito do Direito Penal.

² Em especial a obra: Roxin, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1973. Há uma tradução para o português feita por Luís Greco: Roxin, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

³ É importante salientar que, em matéria constitucional, temos no Brasil uma importante contribuição que caminha no mesmo sentido do artigo. Nesse sentido: (MARTINS, 2003, p. 15-45)

⁴ Nesse sentido, por exemplo, (FRISCH, 1988, p. 77). O autor afirma, ao discorrer sobre o comportamento típico como a criação de um risco penalmente desaprovado, que a utilização da pena deve passar pelo crivo da necessidade e adequação, ou seja, uma discussão sobre a proporcionalidade como-920 critério metodológico para a reconstrução do Direito Penal.

2. A definição de terrorismo e a legislação brasileira

A grande dificuldade em se definir o conceito de terrorismo explicita a inexistência de uma ontologia do terrorismo e do terrorista, eis que não há uma essência que os filie e classifique. “O crime e o terrorismo pelo alto ou por baixo, serão defendidos ou combatidos segundo as circunstâncias históricas, (...) não podendo ser apanhados por uma teoria da mesma maneira que não sustenta uma ontologia do crime.” (PASSETI, 2006, p. 101)

Na tarefa de definição, leva-se normalmente em consideração não só a conduta em si, os meios empregados, os autores, as vítimas e os alvos, mas também a motivação (política, ideológica, religiosa), as causas (desestabilização de regimes, derrubada de governantes) e as orientações políticas, como movimentos anticolonialistas, separatistas, grupos anárquicos, neofascistas.

Essa multiplicidade de elementos examinados demonstram a difícil missão de se estabelecer o conceito de terrorismo (GALITO, 2013, n.p.), com um extenso debate e, conseqüentemente, o estabelecimento de inúmeras características na sua definição⁵. Apesar da enorme divergência, é possível admitir que há um essencial componente (objetivo) político quando falamos sobre o referido fenômeno (MERARI, 1993, p. 213).

Assim, estabeleceu-se a necessidade de uma classificação tipológica do terrorismo, que reflete a identificação de elementos solidificados com o passar do tempo, imprescindíveis à correta regulamentação legislativa da conduta e interpretação judicial. É considerando essa tipologia norteadas pela construção histórica do conteúdo normativo do terrorismo, que Moraes (2022, p. 11) afirma “as espécies de terrorismo nada mais são que a junção de elementos específicos que ao longo da história se solidificaram e tornaram únicas, permitindo a identificação de um modo específico e peculiar de agir”.

A partir dessas exigências para classificação tipológica do terrorismo, Cretella Neto (2008, p. 66), por exemplo, subdivide o terrorismo, que pode ser nacional ou internacional, em seu aspecto subjetivo, da seguinte forma: a) comum (objetivo de ordem moral); b) social (busca a afirmação de uma ideologia ou doutrina social ou econômica em um espaço coletivo ou no território de um país, como no caso dos movimentos anarquistas) e; c) terrorismo político (dirigido contra o Estado, seus órgãos ou representantes, com a finalidade de conturbar a ordem pública, a organização política/constitucional).

⁵ Nesse sentido, conferir, por exemplo, Monteiro (1999, p. 110) e Vergueiro (2009, p. 20-22).

Foi com a Lei nº 13.260/2016 que o Brasil, alinhando-se ao desejo internacional de repressão ao terrorismo a partir dos mais rigorosos instrumentos institucionais também pelas nações, regulamentou penalmente o terrorismo de forma mais específica. Ademais, a Lei 8.072, desde 1990,⁶ já havia equiparado o terrorismo aos crimes hediondos, tonando obrigatória a aplicação do regime jurídico mais rigoroso previsto na legislação, inclusive para torná-lo insuscetível de graça, anistia e indulto.

É no art. 2º da Lei 13.260/2016 que está tipificado o terrorismo, como a

prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

Em seguida, o parágrafo primeiro especifica o que são considerados atos de terrorismo, sendo logo depois estabelecida a pena, de doze a trinta anos de reclusão, sem prejuízo das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

Importante destacar que no texto substitutivo do senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP), aprovado no Senado e enviado para votação na outra Casa, não apenas suprimiu o § 2º do artigo 2º, que exclui da apreciação da nova legislação a «conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou categoria profissional », como também acrescentava a expressão “extremismo político” para a determinação da figura do terrorista. A supressão desse § 2º do artigo 2º da ora aprovada Lei 13.260/2016 foi justificada com a simples alegação de que “o país precisa de uma lei precisa, uma regra clara, que garanta segurança jurídica, especialmente em períodos de grandes eventos como as Olimpíadas de 2016”.

Prevaleceu, pois, a redação aprovada pela Câmara dos Deputados, remanescendo o dispositivo (artigo 2º, § 2º) que busca não aplicar a Lei 13.260/2016 às condutas individuais ou coletivas de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

⁶ BRASIL. *Lei Nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990.

A partir da interpretação da Lei 13.260/2016, a doutrina costuma apontar como bens jurídicos tutelados por intermédio da legislação e de alçada constitucional: a segurança, a incolumidade e a paz públicas em termos genéricos (GUIMARÃES, 2007, p. 51), não obstante a proteção específica, nos casos concretos, de inúmeros bens como a vida⁷, o patrimônio, a paz pública e a incolumidade pública, entre outros, acrescentando a existência de preponderância para a paz pública.

3. Funcionalismo e metodologia: o valor e a finalidade como pedra angular do sistema penal

Ao discorrer sobre a construção de um sistema penal, Schünemann (1984, p. 55) acaba por tocar em um ponto essencial para se compreender o funcionalismo. Segundo o autor, diferentemente do sistema causal-naturalista e do finalismo – cujo elemento central do sistema, a partir do qual tudo se irradia, está na estrutura ôntica –, o neokantista e o funcionalista defendem o processo valorativo como elemento conformador do sistema. Contudo, como afirma Greco, (2002, p. 63-64) o neokantismo partia de um relativismo axiológico, abdicando, assim, de se “de reconhecer qualquer referência teleológica objetivamente válida.”⁸

É precisamente nesse ponto que ocorre uma cisão entre o neokantismo⁹ e o funcionalismo, uma vez que, para o funcionalismo, os valores primordiais já estão estabelecidos previamente – na Constituição Federal. Apesar do evidente avanço que representou o neokantismo para a dogmática penal, o funcionalismo deu o passo decisivo no sentido de estabelecer específicos e sistemáticos critérios jurídico-penais, com fundamento político-criminal, mormente quanto ao estudo das finalidades da pena (ROXIN; GRECO, 2020, p.297).

Isso significa que toda a estruturação do sistema penal deve ser teleologicamente orientada, sob o filtro valorativo imposto pela política criminal, quer dizer, pelos direitos e garantias fundamentais e os princípios fundamentais do Estado Social e Democrático de Direito.

⁷ Nesse sentido, conferir: DEBORAH DUPRAT. *Nota Técnica nº 15 de 2019 - PFDC/MPF*. Ministério Público Federal. Disponível em < <https://www.mpf.mp.br/pfdc/manifestacoes-pfdc/notas-tecnicas/nt-15-2019-pfdc-mpf> >. Acesso em 06 de fevereiro de 2023.

⁸ Já existia na época uma ampla e antiga discussão em solo alemão sobre a possibilidade de se estabelecer critérios objetivos e racionais para um “juízo valorativo”. A dificuldade, em termos gerais, estaria no componente subjetivo inerente a qualquer processo interpretativo – da mesma forma valorativo – e a sua consequente aleatoriedade. Nesse sentido, a definição de critérios – hierarquia, por exemplo – objetivos seria faticamente impossível, ficando a cargo do Juiz, caso a caso, estabelecê-los (LARENZ, 1991, p. 121).

⁹ Apesar das diferenças, é inegável a importância do pensamento neokantista para a construção operada por Roxin. Mezger (1949, p. 80), por exemplo, chama a atenção para a primazia da interpretação teleológica – e a sua conexão com a lei específica (tipo penal) e a finalidade do ordenamento em geral – em relação às demais formas de interpretação.

A antiga tensão entre o Direito Penal e a Política Criminal se dissolve com o funcionalismo e a sua nova visão sobre a estruturação da relação entre tais disciplinas. As necessidades de se combater a criminalidade não estão em contraposição às exigências liberais de garantia da liberdade como um valor e garantia fundamental, da mesma forma que o Estado de Direito não é oposto ao Estado Social (ROXIN, 1973, p.10). Nesse sentido, conforme Greco (2002, p. 64), os valores e finalidades impostas pela política criminal não podem, por exemplo, ser aquelas derivadas da lei e ordem ou mesmo abolicionista. Unicamente as finalidades e os valores derivados da política criminal de um Estado Social e Democrático de Direito – respeitando os direitos e as garantias individuais – podem fundamentar e estruturar o sistema penal. Tomando esse pressuposto como ponto de partida para a estruturação do sistema penal, o sistema funcionalista passa a examinar o conceito de crime de forma metodologicamente diversa, em todos os seus elementos constitutivos.¹⁰

A sistematização de Roxin, em outros termos, propõe um processo de ideologização – não no sentido marxista, por exemplo. O processo de ideologização – em sentido estritamente funcional, repita-se – não é novo, já foi pensado em propostas funcionalistas diversas, como, por exemplo, na obra de Luhmann (1991, p. 179). Em sentido funcional, a ideologização implementada por Roxin é, na verdade, um processo de valoração dos valores, com o escopo de tornar certas valorações jurídicas como invariáveis criando, assim, a estrutura necessária para a construção de uma resposta jurídica metodologicamente coerente e sempre passível de rediscussão, aprimoramento e modificações.

Pense-se, por exemplo, no primeiro elemento do conceito de crime. É amplamente aceito que a tipicidade encerra um juízo de valor sobre o fato. Todavia, a proposta funcionalista propõe que a ideologização do referido conceito, quer dizer, valorando o processo de valoração do fato levado a cabo pela tipicidade. Diferentemente da valoração – da ação – feita na tipicidade, o funcionalismo de cunho teleológico-racional propõe uma nova espécie de valoração, todavia, não mais sobre a ação, porém, sobre os próprios valores,

¹⁰ Apesar dos limites estreitos do artigo, é possível ver claramente as consequências da metodologia funcionalista mormente na discussão sobre a culpabilidade. O posicionamento tradicional – com vários adeptos no Brasil, por exemplo – defende que a culpabilidade teria a função de limitar e fundamentar a aplicação da pena, como defende Welzel (1969). Para ele, a medida da pena fundamentalmente deve levar em consideração o grau de culpabilidade do agente. Apesar do autor deixar claro que se deve examinar outros fatores, é inegável no pensamento finalista a importância central da culpabilidade na medida da pena privativa de liberdade. Por outro lado, tem-se o conceito de culpabilidade no funcionalismo de cunho teleológico-racional e a discussão sobre a manutenção ou não da culpabilidade como fundamento da pena. De forma coerente com os pressupostos de um Estado de Direito, Roxin defende que compensar (retribuir) a culpa do criminoso por meio da pena só seria adequada em um estado Absolutista - o monarca, cujo direito surgiria da autoridade de Deus, delegaria ao juiz o poder de decidir em seu nome, na verdade em nome de Deus – onde a compensação pela culpa é legitimada. (ROXIN, 1984, p. 644).

tendo em vista que a tipicidade precisa ser examinada (valorada) em relação à abstrata necessidade de pena (prevenção geral) e a partir do princípio da culpabilidade, sendo esses os critérios político-criminais reitores (ROXIN; GRECO, 2020, p. 315).

A ideologização operada pela sistematização funcionalista acaba sendo um forte instrumento de estabilização do sistema em virtude do processo de valoração estar ideologicamente (Estado Democrático e Social) comprometido e neutralizado – imagine-se as infundáveis possibilidades de se valorar os elementos do crime, em virtude da natureza aberta dos valores. Assim, seguindo o processo proposto, o conceito de tipicidade passa a ser examinado de forma reflexiva, quer dizer, o conceito se torna “consciente” dos seus próprios valores fundamentais, da sua função (LUHMANN, 1991, p. 179).

Isso significa que, dentro dos ditames valorativos e as finalidades adequadas à política criminal do Estado Democrático e Social de Direito, o sistema funcionalista de cunho teleológico-racional desvela a inexistência de respostas axiomáticas e a vocação para o debate e discussão de propostas dentro da política criminal colocada – tendo em vista que temos várias propostas que só se assemelham em um único ponto, ou seja, na sua adequação à política criminal do Estado Social e Democrático.

Nesse sentido, ao se analisar e delimitar, por exemplo, o espectro punitivo de um determinado tipo, é fundamental levar em consideração, em termos de política criminal, as balizas estabelecidas pelo princípio da legalidade – a questão da analogia, por exemplo (ROXIN, 1973, p. 15). O caminho traçado no próximo tópico pretende incluir – na questão da interpretação dos tipos penais – os critérios estabelecidos pelo princípio da proporcionalidade, por estar de acordo com os valores de política criminal estabelecidos na nossa carta magna.

4. Funcionalismo e proporcionalidade: os limites da atividade legislativa e a definição de critérios interpretativos reitores para o controle da racionalidade da decisão judicial

A definição sistemática e coerente de limites materiais na intervenção penal já é presente no funcionalismo desde 1970 na obra de Roxin (ALTPETER, 1990, p. 97).¹¹ É verdade que a discussão tomou um rumo próprio na dogmática penal e hoje é tratada a partir

¹¹ O autor mostra que, apesar de não se utilizar dos conceitos de merecimento e necessidade de pena, Roxin acaba por igualmente materializar o conceito de crime.

dos conceitos de merecimento e necessidade de pena. A dificuldade no tratamento das categorias referenciadas está na divergência doutrinária existente, não se limitando, por exemplo, às discussões sobre o significado de merecimento e necessidade de pena, mas, da mesma forma, há desacordo quanto à função e posição sistemática dos conceitos (PEÑA, 1995, p. 115).

Por outro lado, mesmo com a diversidade de posições teóricas, é possível perceber que o princípio da proporcionalidade – nos seus três componentes – parece desempenhar uma função importante dentro do já citado embate doutrinário (ANDRADE, 1995, p. 156). Assim, levando em consideração a maior convergência teórica, toma-se o princípio da proporcionalidade como um critério reitor tanto na atividade legislativa quanto na judicial (WEIGEND, 1999, p. 925), que mantém uma relação de coerência metodológica com o funcionalismo de cunho teleológico-racional, uma vez que, o princípio da proporcionalidade busca limitar a intervenção do Estado a partir da proteção da racionalidade na finalidade, a qual deve permear toda atividade estatal (WEIGEND, 1999, p. 926). Além disso, ainda em consonância com o funcionalismo, o princípio da proporcionalidade deve ser entendido como um critério metodológico que “obriga” o legislador e o aplicador do direito – por ser uma regra de interpretação e aplicação do direito – a direcionarem os seus esforços na construção de argumentos que fundamentem o caminho seguido de forma coerente e racional, permitindo, assim, que os próprios argumentos se tornem o centro da discussão, uma vez que são passíveis de reconstrução e constantes críticas.

Falando especificamente sobre o princípio da proporcionalidade, a sua análise passa por três níveis, ou seja, adequação do meio, necessidade do meio e a proporcionalidade em sentido estrito. A ordem de exame é sempre predefinida, todavia, só é exigível a análise do nível posterior, se o caso não tiver sido resolvido com o exame do nível anterior (SILVA, 2002, p. 34).

Pode-se dizer que um meio é adequado quando, com a sua implementação, tem-se o fomento de uma finalidade legitimamente perseguida (KLATT; MEINSTER, 2014, p. 195), indicando, dessa forma, a necessidade um juízo de prognóstico, ou seja, um exame sobre as “consequências fáticas da utilização do meio, da medida estatal” (MARTINS, 2003, p. 33). Assim, nesse primeiro nível, deve-se examinar a intensidade da intervenção estatal, a qual deve possuir uma relação com a promoção da finalidade estatal (KLATT; MEINSTER, 2014, p. 196).

Apenas após a confirmação da adequação do meio utilizado, é possível subir para o segundo nível de exame, quer dizer, a necessidade do meio utilizado. A ligação entre a necessidade do meio e o direito penal é assaz relevante, pois a necessidade do meio se desdobra em conceitos penais bastante difundidos, como a *ultima ratio* e o *in dubio pro reo*. Dessa forma, entende-se como meio necessário aquele menos gravoso e igualmente eficaz no fomento das finalidades desejadas (MENDES, 2001, p. 4).

Por fim, como o último nível de exame, temos a proporcionalidade em sentido estrito, cuja racionalidade dessa ponderação é colocada em dúvida, em virtude da subjetividade que o critério pode carregar consigo (MARTINS, 2003, p. 37). Segundo a definição tradicional, será proporcional em sentido estrito a medida que guarde uma relação entre a almejada finalidade e a gravidade da intervenção estatal, no sentido de se valorar juridicamente os interesses contrapostos – especialmente, quando se fala em Direito Penal, na liberdade do indivíduo de um lado e, por outro, os interesses sociais, ponderando concretamente o grau e a intensidade de lesão à liberdade do cidadão e o específico ganho social com a imposição da medida.

Dessa forma, é nesse último nível que ocorre um específico processo de ponderação, voltado notadamente ao caso em concreto e examinado em três aspectos: intensidade da intervenção; a importância da finalidade pretendida com a intervenção; e, por fim, uma observação mais ampla e relacional dos dois aspectos anteriores, ou seja, se há uma relação que se legitima entre a intensidade da intervenção e a importância da finalidade ((KLATT; MEINSTER, 2014, p. 196).

Assim, especificamente em relação ao Direito Penal, cuja intensidade da intervenção penal é a de maior grau (privação da liberdade), as exigências (fundamentação) para a sua aplicação são bem maiores – restringindo em muito o seu campo de atuação – e que se relaciona diretamente com a importância – normalmente valorada no grau mais alto – da finalidade perseguida (tutela de bem jurídico). Ocorre que, em muitos casos, no processo de ponderação em matéria penal, há uma equivalência entre a intensidade da intervenção e a importância da finalidade almejada, o que leva ao importante e decisivo exame do terceiro aspecto do processo de ponderação.

Esse último aspecto não possui um conteúdo específico, funcionando, na verdade, conforme leciona Günther (1983, p. 230), como um processo de regulação¹² dos valores de política criminal estabelecidos pelo nosso legislador, permitindo identificar se a intensidade

¹² O autor defende que o princípio da proporcionalidade funcionaria como um princípio jurídico regulativo.

da intervenção se legitima em virtude da magnitude da finalidade. Nesse espeque, o processo de regulação, mesmo não possuindo um conteúdo definido, está limitado pelas decisões valorativas de cunho político criminal e que derivam do Estado Social e Democrático de Direito. O ponto central não está na conclusão da relação¹³ – justificada ou não – entre os aspectos mencionados, e sim na construção de uma cadeia argumentativa sistematicamente coerente e teleologicamente orientada (GRECO, 2014, p.103-104).

5. À guisa de uma conclusão: funcionalismo princípio da proporcionalidade, e os limites materiais impostos na definição legal e na interpretação judicial do crime de terrorismo

O funcionalismo – nos moldes desenvolvidos por Roxin – se propõe como um sistema metodológico que busca interpretar o conjunto da legislação penal a partir dos valores – de cunho político-criminal – estabelecidos na Constituição e, conseqüentemente, adequados aos preceitos derivados do Estado Social e Democrático de Direito. Nesse sentido, o sistema funcionalista cria uma dogmática penal própria e única, pois desenvolve as suas construções a partir de pontos de partida inegáveis – onde o normativo se mostra controlável – e previamente estabelecidos, racionalizando e legitimando o processo de tomada de decisão (FERRAZ JR, 2015, p. 93).

O princípio da proporcionalidade é um importante instrumento na referida concretização. Em matéria penal, especificamente, os critérios – ou planos – pelos quais, por exemplo, uma decisão condenatória precisa atravessar, harmonizam-se com a dogmática penal funcionalista de natureza teleológica e racional. Ao estabelecer diretrizes ou caminhos – todos orientados e definidos pelos valores de política criminal previamente estabelecidos – que precisam ser seguidos, é possível estruturar e reconstruir metodologicamente os argumentos, mantendo-os constantemente sob prova, melhor dizendo, sob a possibilidade de serem refutados (ROXIN, 1984, p. 642-643).

O referido princípio pode ser utilizado sistematicamente na fase legislativa e, também, na judicial. Na fase legislativa, os critérios da adequação e necessidade exercem o papel principal, relegando a proporcionalidade em sentido estrito a um plano secundário e quase sem qualquer função (WEIGEND, 1999, p.935), diferentemente da sua importância e função central na fase judicial (WEIGEND, 1999, p.938). Assim, é possível questionar se o

¹³ Apesar do autor falar sobre o nexos do fim de proteção da norma, o argumento pode ser aplicado igualmente.

legislador brasileiro – no PL 83/2023 – pode ou não incluir no tipo penal a expressão *por razões políticas*. A questão ganha novos contornos quando se acrescenta a preocupação do próprio legislador em não criminalizar movimentos sociais¹⁴, justificando, assim, a redação do §2º da Lei nº. 13260/2016.¹⁵

Quando se examina o problema munido com as lentes do funcionalismo, a preocupação do legislador se mostra vã. A política criminal estabelecida na nossa Constituição é resultado de valores derivados do Estado Social e Democrático de Direito, o que permite concluir que o combate à criminalidade está determinado por esses mesmos valores. Nesse sentido, a nossa carta magna estabelece no artigo 5º, como um pilar da democracia, o direito à manifestação pacífica em locais abertos ao público, bem como a livre manifestação do pensamento.

Nesse sentido, a inclusão da expressão *por razões políticas* na legislação analisada é possível. O receio de que essa ampliação legislativa permita a criminalização de manifestações pacíficas, evidenciado a partir da redação do parágrafo 2º da Lei Antiterrorismo, é descabido,¹⁶ uma vez que a referida interpretação é adequada apenas em Estados totalitários, ou seja, é diametralmente oposta aos reconhecidos valores do Estado Democrático brasileiro.

Assim, mesmo com a inserção da expressão *por razões políticas*, a qual não há qualquer óbice, pois, como visto, as motivações políticas estão na origem da conceituação de terrorismo e ato terrorista, o legislador não estaria permitindo qualquer criminalização de manifestações pacíficas ou movimentos sociais.

No mesmo sentido, caminha a resposta com fundamento no princípio da proporcionalidade, que busca proteger a racionalidade na finalidade. A criminalização, então, do direito à livre manifestação, teria como finalidade lancinar as bases do Estado Social e Democrático de Direito. A busca por fins ilegítimos é desproporcional e não passa pelo crivo de um exame constitucional.

Na fase judicial, por seu turno, temos uma discussão mais complexa e que requer uma argumentação mais analítica e fundamentada, já que passa por uma questão de interpretação do alcance e limites do espectro punitivo. É verdade que o mote para o projeto

¹⁴ A referida preocupação permeou grande parte do debate do nosso legislador, como se depreende: República Federativa do Brasil. *Diário da Câmara dos Deputados*, ano LXX, nº. 133, quinta-feira, 13 de agosto, 2015, p. 120.

¹⁵ § 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

¹⁶ Em sentido diverso BORGES (2022), o qual acredita ser inconstitucional qualquer proposta de mudança legislativa para acrescentar a “motivação política”.

de lei que tramita no Senado Federal foram os atos ocorridos no dia 08 de janeiro de 2023, porém, é possível questionar – mesmo que a expressão *por razões políticas* já estivesse incluída no texto – a adequação típica das condutas mencionadas e o tipo penal que define o terrorismo.

Nesse aspecto, o princípio da proporcionalidade, sobretudo o critério da proporcionalidade em sentido estrito e a sua ponderação em três níveis, tem uma importância basililar. Especificamente sobre esse processo de ponderação, busca-se, no primeiro nível, examinar e valorar concretamente a intensidade da restrição ao direito fundamental – no caso, a liberdade. A pena estabelecida no tipo é de múltiplos (doze a trinta) anos de reclusão, o que permite concluir que a intensidade da restrição é a mais alta possível dentro da nossa legislação¹⁷.

Já no segundo nível, busca-se discutir a gravidade da finalidade perseguida – no caso em concreto – com a restrição ao direito fundamental estabelecida. Sem dúvida, a finalidade almejada é a proteção de bens jurídicos relevantes – no caso discutido, especialmente o patrimônio público – cujo grau de importância pode ser valorado como alto.

Como visto anteriormente, são nesses casos – onde há uma equivalência entre a intensidade da restrição e a importância da finalidade – que o terceiro e derradeiro nível de ponderação passa a ser considerado. É nesse momento que se passa a analisar a importância da finalidade no caso em concreto e sua relação com a intensidade da intervenção efetivamente prevista no tipo penal (KLATT; MEINSTER, 2014, p. 196). Essa relação legitimante que se busca, como já afirmado, não possui um conteúdo normativo específico, porém, permite aprofundar e regular a discussão dos dois níveis anteriores, com base em argumentos orientados de acordo com a metodologia aqui proposta.

Assim, a valoração precisa considerar se a pena estabelecida no tipo penal – como visto, pode inclusive ultrapassar, no caso em concreto, o máximo previsto na nossa legislação – está ou não fora de relação com a finalidade almejada. Nesse ponto, os atos do dia 08 foram exclusivamente contra o patrimônio público federal, sem risco à vida, à liberdade ou mesmo à integridade física de outrem. Sob a lente da interpretação sistemática, é possível constatar que penas com a mesma gravidade daquelas previstas para o terrorismo sempre envolvem os bens jurídicos citados, no mínimo – quando falamos nas penas mais graves do ordenamento – com a tutela penal da vida. Da mesma forma, quando há apenas o patrimônio como bem

¹⁷ Vale ressaltar que a pena para o crime de terrorismo – consoante o próprio tipo penal – será somada as sanções correspondentes à ameaça ou à violência, o que proporcionaria, em alguns casos, uma pena em concreto superior aos quarenta anos estabelecidos no artigo 75 do Código Penal brasileiro.

jurídico tutelado, o máximo previsto para a pena – nesses casos – sequer se aproxima do mínimo estabelecido para o crime de terrorismo, com repercussão – grave, em termos de política criminal e, da mesma maneira, em relação às finalidades preventivas da pena – na fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

Por outro lado, não é possível argumentar que os atos antidemocráticos tinham a capacidade de colocar em risco os bens jurídicos citados, uma vez que, o exame da proporcionalidade na fase judicial não pondera a partir de elementos abstratos, leva em consideração apenas os fatos e dados concretos.

Com base na argumentação proposta, é possível afirmar que a lesão ao direito fundamental estabelecida no crime de terrorismo – pena de reclusão de 12 a 30 anos – não guarda relação com a finalidade pretendida – a tutela do patrimônio público. Assim, os atos do dia 08 de janeiro, mesmo que a expressão referenciada já estivesse incluída, não se adequam ao espectro punitivo – bastante reduzido – criado pelo tipo penal de terrorismo.

Mais importante do que a resposta oferecida é a racionalidade no caminho que se pretendeu construir. Não há dúvidas que a argumentação proposta parte de uma ponderação de valores - o que pode levar às teias da irracionalidade – porém, em virtude do processo de ideologização em sentido funcional proposto por Roxin, é possível neutralizar os infundáveis caminhos criados, permitindo desenvolver uma argumentação orientada em termos de política criminal e construída a partir das finalidades da pena.

Referências

ALTPETER, Frank. *Strafwürdigkeit und Straftatsystem*. Frankfurt: Peter Lang, 1990.

BORGES, Ademar. **O crime de terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 30. Vol.188, Fev. 2022. Disponível em <
<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20220188.3&titleStage=F&titleAcct=i0ad82874000018421d7a30547365c87#sl=0&eid=74b03bfe04119a75beb152d8bd966e13&eat=%5Bereid%3D%2274b03bfe04119a75beb152d8bd966e13%22%5D&pg=RR-1.1&p=1&nvgS=false>>. Acesso em 06 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. **Lei Nº 13.260/2016, de 16 de março de 2016**. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2016.

BRASIL. **Lei Nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 83/2023., de 2023. Altera a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, que regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013, para prever a motivação política como elemento subjetivo do terrorismo. Disponível em:
https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9251783&ts=1688570522043&disposition=inline&_gl=1*ic0qpo*_ga*MTk4NjU2ODE0MC4xNjkyOTk5MTQw*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5Mjk5OTE0MC4xLjEuMTY5Mjk5OTE1Ny4wLjAuMA.. Acesso em 25 ago. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 43, de 2019.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Terrorismo: uma aproximação conceitual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 115, p. 195-219, jul.-ago. 2015.

COSTA ANDRADE, Manuel. **Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito.** In: Schünemann, Bernd; Figueiredo Dias, Jorge(org.). *Fundamentos de um sistema europeu del derecho penal.* Barcelona: José María Bosch Editor, 1995.

CRETELLA NETO, José. **Terrorismo internacional: inimigo sem rosto.** Campinas: Millennium, 2008.

DUPRAT, Deborah. **Nota Técnica nº 15 de 2019 - PFDC/MPF.** Ministério Público Federal. Disponível em < <https://www.mpf.mp.br/pfdc/manifestacoes-pfdc/notas-tecnicas/nt-15-2019-pfdc-mpf> >. Acesso em 06 de fevereiro de 2023.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FRISCH, Wolfgang. **Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs.** Heidelberg: C.F. Müller, 1988.

GALITO, Maria Sousa. **Terrorismo: conceptualização do fenómeno.** Revista Centro de Estudos sobre África e Desenvolvimento. Lisboa: CEsA, 2013. Disponível em <>. Acesso: 06 de fevereiro de 2023.

GRECO, Luís. **A teoria da imputação objetiva: uma introdução.** In: Roxin, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal.* Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Tratamento penal do terrorismo.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

GÜNTHER, Hans-Ludwig. **Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß: Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal u. zur Funktion d. Rechtfertigungsgründe im Strafrecht.** Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1983.

HASSEMER, Winfried. **El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales.** In: Hirsch, Andrew von; Seelmann, Kurt; Wohlers, Wolfgang(org.). *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo.* Barcelona: Atelier, 2012.

JAKOBS, Günther. **Schuld und Prävention**. Tübingen : J. C. B. Mohr, 1976.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus**, JuS, 2014, n. 54, Heft 3, p. 193 – 199.

LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. Berlin: Springer-Verlag, 1991.

LUHMANN, Niklas. **Soziologische Aufklärung 1**. Darmstadt: Westdeutscher Verlag, 1991.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena com la estructura del delito**. In: Schönemann, Bernd; Figueiredo Dias, Jorge(org.). *Fundamentos de um sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995.

MARTINS, Leonardo. **Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros**. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 15-45, 2003.

MENDES, Gilmar. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**, Revista Diálogo Jurídico, 2001, vol.01, n.5, p. 4.

MERARI, Ariel (1993). **“Terrorism as a Strategy of Insurgency”, Terrorism and Political Violence**, Vol. 5, N. 4, Winter, pp. 213-251. Disponível em:
<http://www.martinfrost.ws/htmlfiles/strategy_insurgency.html>. Acesso: 06 de fevereiro de 2023.

MEZGER, Edmund. **Strafrecht**. 3ª ed. Berlin und München: Duncker & Humblot, 1949.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Terrorismo: a excepcionalidade de uma dogmática contra inimigos**. **Direito Penal Contemporâneo: temáticas em homenagem ao Prof. Damásio de Jesus**. Coord. André Stefam. São Paulo: Saraiva, 2022.

PASSETTI, Edson. **Terrorismo, demônios e insurgências**. In: PASSETTI, Edson, OLIVEIRA, Salete (Orgs.). *Terrorismos*. EDUC, 2006, p. 95 – 121.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*, ano LXX, nº. 133, quinta-feira, 13 de agosto, 2015, p. 120.

ROXIN, Claus. **Kriminalpolitik und Strafrechtssystem**. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1973.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **Zur Problematik des Schuldstrafrechts**, ZStW, 1984, n. 96, Heft 3.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Strafrecht AT**. München: Verlag C.H.Beck, 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Einführung in das strafrechtliche Systemdenken**. In: Schünemann, Bernd(org.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1984.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, Revista dos Tribunais, 2002, vol. 91, n.798, p. 34.

VERGUEIRO, Luiz Fabrício Thaumaturgo. **Terrorismo e crime organizado**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

VOßKUHLE, Andreas. **Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**, JuS, 2007, p. 429 – 431.

WEIGEND, Thomas. **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt**. In: Weigend, Thomas; Küpper, Georg. *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*. Berlin – New York: Walter de Gruyter, 1999.

WELZEL, Hans. **Das Deutsche Strafrecht**. Berlin: Walter de Gruyter, 1969.

WOLTER, Jürgen. **Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem: Zur Strukturgleichheit von Vorsatz und Fahrlässigkeitsdelikt**. In: Wolter, Jürgen. *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht: Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz*. Heidelberg: R. v. Decker's Verlag, 1993.