

FERNANDO ABREU

DIREITO PENAL

PARTE ESPECIAL

*Voltada
para todas
as etapas do
concurso*

3ª edição
Revista, atualizada
e ampliada

2025



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo I

Dos crimes contra a soberania nacional

1. ATENTADO À SOBERANIA – ART. 359-I DO CP

Atentado à soberania

Art. 359-I. Negociar com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes, com o fim de provocar atos típicos de guerra contra o País ou invadi-lo:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Aumenta-se a pena de metade até o dobro, se declarada guerra em decorrência das condutas previstas no caput deste artigo.

§ 2º Se o agente participa de operação bélica com o fim de submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

1.1. Introdução

O crime de atentado à soberania tutela a **soberania nacional** sendo caracterizado como crime de **perigo comum e abstrato**.

A redação típica corresponde, em parte, ao revogado art. 8º da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), que previa a conduta de “entrar em entendimento ou negociação com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes, para provocar guerra ou atos de hostilidade contra o Brasil”. A coincidência parcial, contudo, não afasta a aplicação do princípio da continuidade normativo típica, vez que, em essência, a conduta prevista no art. 359-I, do CP, é a mesma do revogado art. 8º da Lei 7.170/83.

O conceito de soberania não pertence ao Direito Penal, não obstante esse ter, como uma esponja, apropriado-se do mesmo para conferir-lhe uma definição própria, fruto de sua característica autopoietica, isto é, operativamente fechado com código binário próprio (lícito e ilícito) e cognitivamente aberto para receber contribuições dos outros subsistemas em razão da dinâmica própria do Direito.

Logo, o Direito Penal não se vale tão somente da concepção de soberania como expressão de poder de Miguel Reale, de corporificação nos processos deliberativos e racionalidade das decisões de Habermas, ou de sua dimensão externa, voltada para a independência, entre outras, pois cria, na realidade, um próprio significado jurídico-penal para a soberania, que envolve a perda do poder e invasão territorial.

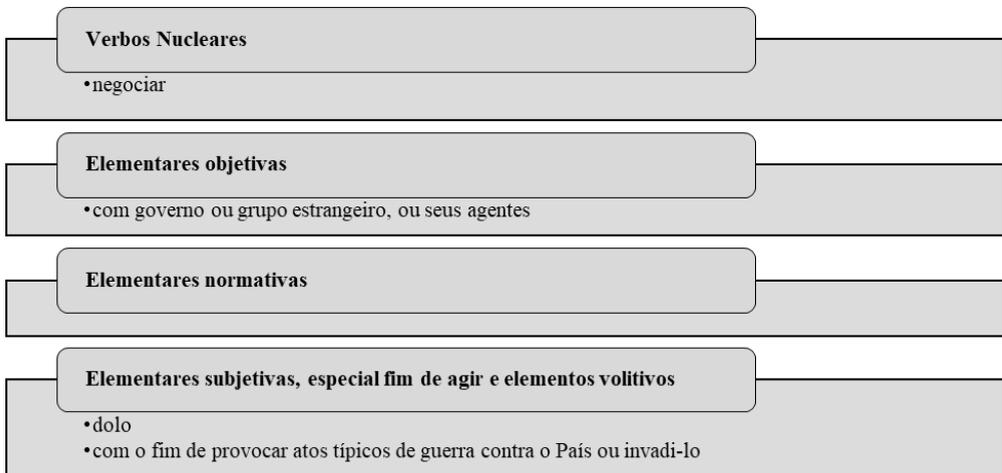
1.2. Sujeitos do crime

O crime de atentado à soberania é **comum**, pois pode ser praticado por qualquer pessoa.

O sujeito passivo é o Estado e, indiretamente, a coletividade.

1.3. Estrutura do tipo penal

A estrutura do crime de atentado à soberania, previsto no art. 359-I do CP, é formada pelo núcleo *negociar*; pelas elementares objetivas *com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes*; e pelo especial fim de agir *com o fim de provocar atos típicos de guerra contra o País ou invadi-lo*.



A estrutura, todavia, não se resume aos elementos revelados pela leitura literal, pois também traz a estrutura basilar finalista, composta na sua integralidade pela conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade.

Negociar significa pactuar, acertar, celebrar tratativas *com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes*. Não se trata, contudo, de qualquer espécie de negociação, mas aquela destinada a provocar atos típicos de guerra contra o país ou invadi-lo. Por *governo*, há que se compreender aquele formalmente constituído no poder soberano, ao passo que *grupo estrangeiro* significa aquele não formalmente instituído, não reconhecido internacionalmente como legítimo ou a par do Estado, como o Talibã no Afeganistão. *Agentes*, por outro lado, são os representantes, formais ou informais, do governo ou grupo estrangeiro.

No que toca à **conduta**, o crime pode ser praticado por **ação ou omissão**, vez que o agente que, detentor do dever jurídico de agir, ciente da negociação por terceiro, deixa de adotar providências, incorre no delito de forma omissiva. O delito admite somente a figura do **dolo direto** e não prevê a forma culposa. Prevê, contudo, o especial fim de agir relacionado à provocação de *atos típicos de guerra contra o país ou invasão*.

A convenção de Haia para abertura das hostilidade (III), de 18 de outubro de 1907, dispõe, em seus artigos 1º e 2º, que:

Artigo 1º – As partes contratantes reconhecem que as hostilidades entre si não devem começar sem aviso prévio e explícito, na forma de declarações arrazoadas de guerra ou ultimatots com declarações condicionais de guerra

Artigo 2º – A existência de um estado de Guerra deve ser notificada sem demora aos poderes [países ou organismos internacionais] neutros, e não devem ter efeito em relação a eles até o recebimento de tal notificação (...). Os poderes neutros, contudo, não podem se apoiar na ausência de notificação se estiver claramente estabelecido que eles estavam cientes de fato da existência do estado de guerra¹.

Por *atos típicos de guerra*, portanto, há que se entender aqueles movimentação de tropas em fronteiras, assassinato de agentes do governo estrangeiro, ciberataques em áreas estratégicas precedidos de ameaças, entre outros. *Com o fim de invadi-lo*, por sua vez, caracteriza a finalidade igualmente associada à prática de atos de guerra.

Ao contrário do art. 8º da revogada Lei de Segurança Nacional, que previa a conduta de “entrar em entendimento ou negociação com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes, para provocar guerra ou atos de hostilidade contra o Brasil”, o novo tipo penal fez menção expressa a “o País”, sem especificar se se trata do Brasil ou não, podendo ensejar interpretações diversas. Isso porque a redação legal, “*Negociar com*

1. Article 1. The Contracting Powers recognize that hostilities between themselves must not commence without previous and explicit warning, in the form either of a reasoned declaration of war or of an ultimatum with conditional declaration of war.

Article 2. The existence of a state of war must be notified to the neutral Powers without delay, and shall not take effect in regard to them until after the receipt of a notification, which may, however, be given by telegraph. Neutral Powers, nevertheless, cannot rely on the absence of notification if it is clearly established that they were in fact aware of the existence of a state of war.

governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes, com o fim de provocar atos típicos de guerra contra o País ou invadi-lo”, somada à expressa menção ao *território nacional* no §2º, pode induzir à compreensão de que o Direito pátrio estaria a punir, igualmente, as tratativas do agente que, no Brasil, negocia com grupo estrangeiro, com finalidade de invadir país estrangeiro.

Não obstante a possibilidade de interpretação nesse sentido, ante a ambiguidade redacional, entendemos que o dispositivo deve ser lido sob a luz do título do Capítulo I do Título XII do Código Penal, que o denomina como “Dos crimes contra a soberania nacional”, de forma que a previsão típica tutela a soberania nacional do Brasil.

O delito de atentado à soberania é **formal, de consumação antecipada, de resultado cortado**, sendo classificado como **crime obstáculo**, pois prevê a punição de atos preparatórios, não exigindo a produção de resultado **naturalístico**.

A solução do nexo de causalidade pela **teoria da imputação objetiva** não diverge da doutrina tradicional. O agente que negocia com governo estrangeiro, com o fim de provocar atos típicos de guerra, cria um **risco juridicamente desaprovado para a soberania estatal**. Por sua vez, **o risco criado com a violação da norma** materializa-se no resultado normativo – exposição a perigo –, sendo certo que esse se encontra dentro do **alcance do tipo**.

Por fim, a estrutura do tipo penal completa-se com a tipicidade, expressamente consignada no art. 359-I do Código Penal.

1.4. Majorante

Segundo o §1º do art. 359, I, do CP, “Aumenta-se a pena de metade até o dobro, se declarada guerra em decorrência das condutas previstas no caput deste artigo”.

A previsão legal contempla uma norma penal em branco heterogênea, pois presuppõe ato formal de declaração de guerra por parte da União (art. 21, II da CF), por ato do Presidente da República (Decreto), após autorização do Congresso Nacional (art. 49, II da CF). Excepcionalmente, a guerra pode ser declarada sem autorização do Congresso, na forma do art. 84, XIX da CF, no caso de agressão estrangeira ocorrida no intervalo das sessões legislativas, hipótese que exigirá o referendo por parte do Congresso Nacional.

Imaginemos, portanto, a hipótese na qual o Presidente da República se vale do disposto no art. 84, XIX da CF e, posteriormente, o Congresso Nacional não referende o ato presidencial de declaração de guerra? Nessa hipótese, há, para nós, a descaracterização da majorante, pois o ato de declaração de guerra é complexo e a ausência de uma das vontades macula o ato formal.

1.5. Qualificadora

O §2º dispõe: Se o agente participa de operação bélica com o fim de submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

A qualificadora, ao contrário da previsão do *caput*, pressupõe a realização de atos naturalísticos, operação bélica. Entretanto, a necessidade de expressão externa por meio da operação não descaracteriza a natureza formal da qualificadora, pois a participação pode ser realizada de forma naturalística, pegando em armas ou conduzindo veículos de ataque, por exemplo, ou de forma moral, isto é, arquitetando a operação bélica por meio do planejamento, sendo indiferente que tenha, efetivamente, participado da execução.

Por operação bélica pressupõe-se o emprego de armas ou instrumentos aptos a causar dano coletivo, de sorte a caracterizar-se a operação como suficientemente grave.

Exige-se, igualmente, o especial fim de agir voltado para submissão do território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país. Não se exige, para a caracterização da qualificadora, que o território nacional, ou parte dele, seja submetido ao domínio ou soberania de país estrangeiro, bastando que a participação na operação bélica vise tal finalidade, sendo indiferente a obtenção do resultado almejado.

1.6. Consumação e tentativa

O delito de atentado à soberania é formal e se consuma com a mera negociação com governo ou grupo estrangeiro ou seus agentes visando a provocação de atos típicos de guerra ou invasão contra o país.

A tentativa para nós, não é admitida, vez que se trata de delito de consumação antecipada que pune atos preparatórios.

1.7. Ação penal

Seguindo a regra do art. 100 do Código Penal, a ação penal é pública incondicionada.

1.8. Você não pode deixar de saber – peculiaridades de provas

- ✓ A participação em operação bélica destinada à secessão do país não caracteriza o delito, vez que esse pressupõe o risco à soberania nacional imposta por governo ou grupo estrangeiro. A hipótese ventilada caracteriza o delito previsto no art. 359-J do Código Penal.
- ✓ A competência para julgamento do delito é da Justiça Federal em razão da natureza do bem jurídico atacado.

1.9. Caso sob a luz da teoria da imputação objetiva

Vejamos um caso com solução pela teoria da imputação objetiva:

- a) **agente que negocia com governo estrangeiro, com o fim de provocar atos típicos de guerra:** a conduta cria um **risco juridicamente desaprovado para a soberania estatal**. Por sua vez, **o risco criado com a violação da norma** materializa-se no resultado normativo – exposição a perigo –, sendo certo que esse se encontra dentro do **alcance do tipo**

2. ATENTADO À INTEGRIDADE NACIONAL – ART. 359-J DO CP

Atentado à integridade nacional

Art. 359-J. Praticar violência ou grave ameaça com a finalidade de desmembrar parte do território nacional para constituir país independente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, além da pena correspondente à violência.

2.1. Introdução

O crime de atentado à integridade nacional tutela a **soberania nacional** sendo caracterizado como crime de **perigo comum e abstrato**.

A redação típica corresponde, em parte, ao revogado art. 11 da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), que previa a conduta de “Tentar desmembrar parte do território nacional para constituir país independente”. A coincidência parcial, contudo, não afasta a aplicação do princípio da continuidade normativo típica, vez que, em essência, a conduta prevista no art. 359-J, do CP, é a mesma do revogado art. 11 da Lei 7.170/83, isso porque a prática de “*violência ou grave ameaça com a finalidade de*” evidencia a própria tentativa de desmembramento.

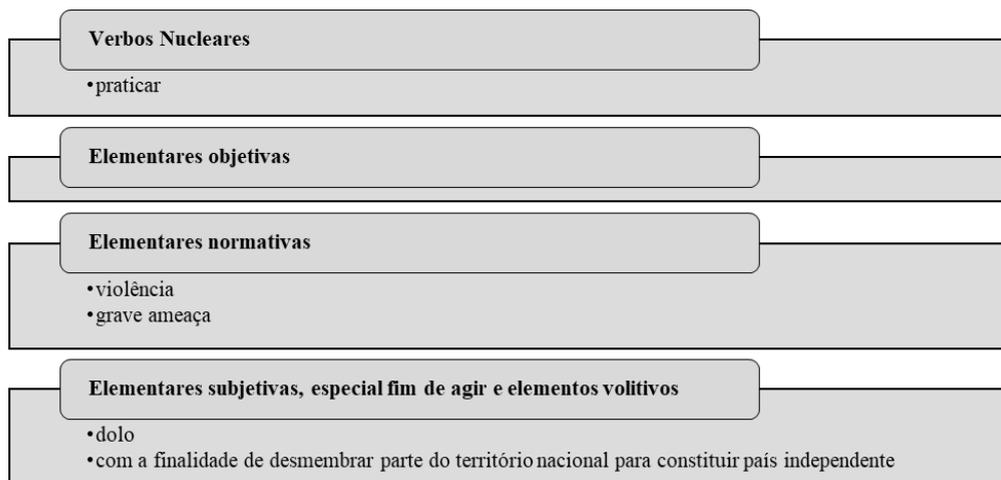
2.2. Sujeitos do crime

O crime de atentado à integridade nacional é **comum**, pois pode ser praticado por qualquer pessoa.

O sujeito passivo é o Estado e, indiretamente, a coletividade.

2.3. Estrutura do tipo penal

A estrutura do crime de atentado à integridade nacional, previsto no art. 359-J do CP, é formada pelo núcleo *praticar*; pelas elementares normativas *violência ou grave ameaça*; e pelo especial fim de agir *com a finalidade de desmembrar parte do território nacional para constituir país independente*.



A estrutura, todavia, não se resume aos elementos revelados pela leitura literal, pois também traz a estrutura basilar finalista, composta na sua integralidade pela conduta, resultado, nexa de causalidade e tipicidade.

Praticar significa realizar, empregar *violência ou grave ameaça*. Diferentemente de outras situações previstas no CP, o legislador não restringiu a violência à pessoa, de forma que se deve entender que a violência contra a coisa também enseja a caracterização do delito. Registre-se, que na hipótese, o legislador previu no preceito secundário expressamente a aplicação da regra do **concurso material** de infrações, a despeito de tratar-se de concurso formal imperfeito.

A grave ameaça ou violência devem ser praticadas com o escopo de desmembramento de parte do território nacional para constituição de país independente, isto é, visão a secessão do país, como ocorrido, especialmente no Brasil-Império, por meio dos movimentos da Inconfidência Mineira, Conjuração Baiana, Guerra dos Farrapos, entre outros.

No que toca à **conduta**, o crime pode ser praticado por **ação ou omissão**, vez que o agente que, detentor do dever jurídico de agir, pratica de violência ou grave ameaça destinada ao movimento separatista, deixa de adotar providências, incorre no delito de forma omissiva. O delito admite somente a figura do **dolo direto** e não prevê a forma culposa. Prevê, entretanto, o especial fim de agir relacionado ao desmembramento de parte do território nacional para constituir país independente.

O tipo penal pode ser caracterizado como norma penal em branco no tocante ao conceito de território nacional. Compreende-se o território nacional como o espaço em que há soberania estatal, seja situado nos limites geográficos do país ou não. É delimitado pelo espaço físico ou geográfico e espaço jurídico (espaço por extensão, por equiparação, por ficção ou território flutuante).

Em síntese, o território nacional, para fins de aplicação da lei penal, é composto por:

- a) limites delimitados pelas fronteiras nacionais;
- b) mar territorial brasileiro, que compreende 12 milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continente e insular (art. 1º da Lei 8.617/93);
- c) espaço aéreo inerente ao território geográfico e ao mar territorial (princípio da absoluta soberania do país subjacente, art. 2º da Lei 8.617/93 e art. 11 do Código Brasileiro de Aeronáutica);
- d) embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem (art. 5º, §1º do CP);
- e) as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar art. 5º, §1º do CP).

Ocorre que, por questões naturais, o conceito legal de território nacional não pode ser aplicado na íntegra ao tipo penal, haja vista que não há como se destacar o espaço aéreo correspondente (“c”) e a previsão quanto às embarcações e aeronaves (“d” e “e”) não guarda pertinência com a hipótese legal, tratando-se de **norma penal em branco de cunho limitado ou restrito**.

O crime de atentado à integridade nacional é **formal, de consumação antecipada, de resultado cortado**, vez que não se exige a produção do resultado **naturalístico – desmembramento do território nacional**.

A solução do nexo de causalidade pela **teoria da imputação objetiva** não diverge da doutrina tradicional. O agente que pratica violência, com a finalidade de desmembrar parte do território nacional para constituir país independente, cria um **risco juridicamente desaprovado para a soberania estatal e integridade nacional**. Por sua vez, **o risco criado com a violação da norma** materializa-se no resultado normativo – exposição a perigo –, sendo certo que esse se encontra dentro do **alcance do tipo**.

Por fim, a estrutura do tipo penal completa-se com a tipicidade, expressamente consignada no art. 359-J do Código Penal.

2.4. Consumação e tentativa

O delito de atentado à integridade nacional soberania é formal e se consuma com a mera prática da violência ou grave ameaça com a finalidade de desmembramento do território nacional para constituição de país independente. Não se pode confundir o resultado naturalístico da violência, eventuais lesões corporais, por

exemplo, com o resultado previsto no tipo penal, voltado para tutela do risco criado pelo comportamento, razão pela qual o delito é formal.

A tentativa é admitida em razão da possibilidade de fracionamento do *iter criminis*.

2.5. Ação penal

Seguindo a regra do art. 100 do Código Penal, a ação penal é pública incondicionada.

2.6. Você não pode deixar de saber – peculiaridades de provas

- ✓ Segundo o preceito secundário do artigo, além da pena prevista, caso o agente tenha se valido da violência como meio para a prática do crime, também deverá responder em concurso material obrigatório (sistema da cumulação) pelo tipo penal da violência, art. 129 do CP, à guisa de exemplo.
- ✓ A competência para julgamento do delito é da Justiça Federal em razão da natureza do bem jurídico atacado.

2.7. Caso sob a luz da teoria da imputação objetiva

Vejamos um caso com solução pela teoria da imputação objetiva:

- a) **agente que pratica violência, com a finalidade de desmembrar parte do território nacional para constituir país independente:** a conduta cria um **risco juridicamente desaprovado para a soberania estatal e integridade nacional**. Por sua vez, **o risco criado com a violação da norma** materializa-se no resultado normativo – exposição a perigo –, sendo certo que esse se encontra dentro do **alcance do tipo**.

3. ESPIONAGEM – ART. 359-K DO CP

Espionagem

Art. 359-K. Entregar a governo estrangeiro, a seus agentes, ou a organização criminosa estrangeira, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, documento ou informação classificados como secretos ou ultrassecretos nos termos da lei, cuja revelação possa colocar em perigo a preservação da ordem constitucional ou a soberania nacional:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem presta auxílio a espião, conhecendo essa circunstância, para subtrai-lo à ação da autoridade pública.

§ 2º Se o documento, dado ou informação é transmitido ou revelado com violação do dever de sigilo:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 15 (quinze) anos.

§ 3º Facilitar a prática de qualquer dos crimes previstos neste artigo mediante atribuição, fornecimento ou empréstimo de senha, ou de qualquer outra forma de acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 4º Não constitui crime a comunicação, a entrega ou a publicação de informações ou de documentos com o fim de expor a prática de crime ou a violação de direitos humanos.

3.1. Introdução

O crime de espionagem tutela a **segurança da ordem constitucional e soberania nacional** sendo caracterizado como crime de **perigo comum e abstrato**.

A redação típica corresponde, em parte, ao revogado art. 13 da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), que previa a conduta de “Comunicar, entregar ou permitir a comunicação ou a entrega, a governo ou grupo estrangeiro, ou a organização ou grupo de existência ilegal, de dados, documentos ou cópias de documentos, planos, códigos, cifras ou assuntos que, no interesse do Estado brasileiro, são classificados como sigilosos”.

A coincidência parcial, contudo, não afasta a aplicação do princípio da continuidade normativo típica, vez que, em essência, a conduta prevista no art. 359-K, do CP, apesar da maior amplitude, é a mesma do revogado art. 13 da Lei 7.170/83.

3.2. Sujeitos do crime

O crime de espionagem é **comum**, pois pode ser praticado por qualquer pessoa.

O sujeito passivo é o Estado e, indiretamente, a coletividade.

3.3. Estrutura do tipo penal

A estrutura do crime de espionagem, previsto no art. 359-K do CP, é formada pelo núcleo *entregar*; pelas elementares objetivas *governo estrangeiro* e *seus agentes*; e pelas elementares normativas *organização criminosa estrangeira, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, e documento ou informação classificados como secretos ou ultrassecretos nos termos da lei, cuja revelação possa colocar em perigo a preservação da ordem constitucional ou a soberania nacional*.

Verbos Nucleares
•entregar
Elementares objetivas
•governo estrangeiro e seus agentes
Elementares normativas
•organização criminosa estrangeira •em desacordo com determinação legal ou regulamentar •documento ou informação classificados como secretos ou ultrassecretos nos termos da lei, cuja revelação possa colocar em perigo a preservação da ordem constitucional ou a soberania nacional
Elementares subjetivas, especial fim de agir e elementos volitivos
•dolo

A estrutura, todavia, não se resume aos elementos revelados pela leitura literal, pois também traz a estrutura basilar finalista, composta na sua integralidade pela conduta, resultado, nexa de causalidade e tipicidade.

Entregar significa repassar, fornecer. *Governo estrangeiro* é aquele exercido em território autônomo e soberano. O tipo, portanto, visa coibir o repasse de informações secretas ou ultrassecretas a governos estrangeiros ou seus agentes, bem como a organizações criminosas estrangeiras.

Nesse particular, há que se indagar qual o conceito de organização criminosa será aplicável, se o previsto no §1º do art. 1º da Lei 12.850/13, ou o fornecido pela Convenção de Palermo² (art. 2, “a”), trazido para o Direito pátrio por meio do Decreto 5.015/04. Vejamos as definições:

Convenção de Palermo	Lei 12.850/13
"Grupo criminoso organizado" Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;	§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

O Estado brasileiro, ao conferir à organização criminosa conceito distinto, viola a obrigação assumida diante da comunidade internacional, gerando riscos para a

2. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

cooperação internacional quando for necessário verificar a dupla tipicidade. Nessa linha, a Convenção de Palermo exige apenas três membros para a configuração da organização criminosa, ao passo que a Lei 12.850/13 exige quatro pessoas. De igual forma, a Convenção de Palermo considera infração penal grave o crime cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos de prisão, ao passo que a Lei 12.850/13 concebe como graves apenas os crimes com pena máxima superior a quatro anos de reclusão.

Estabelecida a distinção, calha lembrar que o STF, no julgamento da AP 470 e HC 96.007/SP, afastou o conceito de organização criminosa contido na Convenção de Palermo, tendo, por um dos fundamentos, a inexistência de tipo penal específico. Ocorre que, atualmente, o conceito de organizações criminosas foi trazido para o sistema penal por meio de tipo, existindo dois conceitos vigentes de organizações criminosas, o conferido pela Convenção de Palermo e o preconizado pela Lei 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas).

Estabelecido o problema, cumpre-nos indagar novamente: qual conceito de organização criminosa deve ser levado em consideração no âmbito do art. 359-K do CP?

Entendemos, de forma sistêmica, que deve ser utilizado o conceito da Convenção de Palermo, vez que o sistema penal pátrio não define organizações criminosas estrangeiras e o tipo penal **não tipifica a conduta de organização criminosa estrangeira**³. De fato, o Brasil, ao assumir internacionalmente o compromisso de combate às organizações criminosas, ainda que tenha conferido conceito distinto às referidas no âmbito interno por meio da Lei de Organizações Criminosas, não pode se afastar da definição internacional assumida, de forma voluntária, por meio de Convenção, o conceito internacional, especialmente quando faz expressa menção em um tipo penal às organizações criminosas estrangeiras, não definidas pelo Direito interno.

O saudoso Luiz Flávio Gomes, analisando em parte a questão, antes da entrada em vigor da Lei de Organizações Criminosas, destacou:

a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade; 2º) a definição dada, caso seja superada a primeira censura acima exposta, vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição)... Sem a singularidade da transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal⁴;

3. Afasta-se, portanto, a lógica do fundamento do STF no julgamento do HC 96.007/SP:

4. GOMES, Luiz Flávio. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>, 06 de maio de 2009. Acesso em 04.09.21, as 11h12min.

Logo, temos que a interpretação fornecida não tipifica a conduta de organizações criminosas estrangeira, pois tão somente se vale do conceito legal apto a caracterizar de uma situação jurídica – organização criminosa estrangeira – não definida pela norma penal do art. 359-K do CP, motivo pelo qual a concebemos como norma penal em branco, cujo complemento deve ser extraído do Decreto 5.015/04, vez que voltado, precipuamente, ao combate contra o crime organizado transnacional, conforme art. 1º do referido Decreto⁵.

Superada a questão, o tipo penal traz a elementar normativa *em desacordo com determinação legal ou regulamentar*. A previsão, totalmente desnecessária para as organizações criminosas estrangeiras, atinge os governos e agentes estrangeiros. Isso porque a troca de informações não é vedada, mas deve seguir a regulamentação interna ou externa, no caso de tratados para cooperação internacional, a exemplo da própria Convenção de Palermo.

Assim, o tipo penal, norma penal em branco também nesse particular, remete às normas que classificam e disciplinam os documentos secretos e ultrassecretos (Lei 12.527/11 e Decreto 7.848/12), para verificação da antinormatividade da conduta.

O tipo penal ainda exige, ao nosso ver de forma desnecessária e paradoxal, que o documento ou informação⁶ entregue ao organismo estrangeiro, mesmo caracterizado como secreto ou ultrassecreto, tenha o condão de colocar em perigo a preservação da ordem constitucional ou a soberania nacional. Ocorre que, classificado como secreto ou ultrassecreto, seu conteúdo só poderá ser acessível em 15 e 25 anos, respectivamente, conforme art. 24, §1º, II e I da Lei 12.527/11.

Logo, temos uma cláusula de barreira legal, que impõe limites, mesmo ao magistrado, porquanto o art. 5º da referida lei assinala que para a classificação da informação em determinado grau de sigilo, deverá ser observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível, considerados a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado e o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que defina seu termo final. Assim, ao magistrado compete, tão somente, analisar o aspecto formal do ato – competência para classificação – não podendo, em regra, adentrar no mérito do ato administrativo.

Dessa forma, temos o seguinte paradoxo: se o magistrado não pode, em regra, adentrar no mérito do ato administrativo, sob pena de invasão de competência do Executivo, como avaliar, normativamente, se a revelação pode colocar em perigo a preservação da ordem constitucional ou a soberania nacional? A exigência legal,

5. Art. 1º A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

6. Conceitos fornecidos pelo art. 4º da Lei 12.527/11.

portanto, transforma o tipo penal praticamente em letra morta em razão da necessidade de fundamentação de eventual sentença como decorrência do princípio do livre convencimento motivado, pois transferirá ao magistrado a competência para dizer sobre a existência ou não de risco para soberania nacional, especialmente levando-se em consideração a quantidade de magistrados que atuam na área federal e a possibilidade empírica, a ser considerada, de ser eventual opositor ao governo instituído.

Em síntese, o tipo exige que não somente o magistrado, mas também o Ministério Público, quando do oferecimento da denúncia, realizem juízo valorativo sobre questão envolvendo gravidade de risco à segurança da sociedade e do Estado, em questão afeta à soberania nacional, tendo que se valer do conteúdo de documento secreto ou ultrassecreto para tanto, frustrando, de certo modo, a essência da caracterização do conteúdo como sigiloso, ainda que se confira o segredo de justiça.

Por outro lado, ainda há que se considerar que, negado o acesso ao conteúdo ao magistrado em razão dos prazos legais de quinze e vinte cinco anos, ou o risco terá se efetivado ou haverá ocorrência de prescrição. Por essas razões, entendemos que a parte final do dispositivo, relacionada ao efetivo risco de preservação da ordem constitucional ou da soberania nacional seria desnecessária para caracterização do delito, bastando a análise normativa da classificação como inserta no art. 23 da Lei 12.527/12.

No que toca à **conduta**, o crime pode ser praticado por **ação ou omissão**, vez que o agente que, detentor do dever jurídico de agir, deixa de impedir que terceiro venha a entregar documentos secretos ou ultrassecretos a organismos estrangeiros, incorre no delito de forma omissiva. O delito admite as figuras do **dolo direto e eventual**, vez que ao conhecer o teor da informação ou conteúdo do documento, pode anuir com eventual risco decorrente da entrega desses. O tipo penal não prevê a forma culposa ou exige especial fim de agir.

O crime de espionagem é **formal, de consumação antecipada, de resultado cortado**, vez que não se exige a produção do resultado **naturalístico – perigo a preservação da ordem constitucional ou a soberania nacional**.

A solução do nexo de causalidade pela **teoria da imputação objetiva** não diverge da doutrina tradicional. O agente que entrega a governo estrangeiro, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, documento ou informação classificados como secretos ou ultrassecretos nos termos da lei, cuja revelação possa colocar em perigo a preservação da ordem constitucional ou a soberania nacional, cria um **risco juridicamente desaprovado para a soberania estatal, ordem constitucional e integridade nacional**. Por sua vez, **o risco criado com a violação da norma** materializa-se no resultado normativo – exposição a perigo –, sendo certo que esse se encontra dentro do **alcance do tipo**.

Por fim, a estrutura do tipo penal completa-se com a tipicidade, expressamente consignada no art. 359-K do Código Penal.

3.4. Figura equiparada

Segundo o §1º: Incorre na mesma pena quem presta auxílio a espião, conhecendo essa circunstância, para subtraí-lo à ação da autoridade pública.

A figura não equipara a conduta do partícipe à do autor espião, pois, na realidade, típica, de forma especial e autônoma, o crime de favorecimento pessoal, previsto no art. 348 do CP.

3.5. Forma qualificada

O §2º, por sua vez, dispõe que: Se o documento, dado ou informação é transmitido ou revelado com violação do dever de sigilo: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 15 (quinze) anos.

A previsão, diferentemente do *caput*, traz uma informação nova atinente ao termo *dado*. Apesar de parecer conteúdo distinto, os dados são uma espécie de informação nos termos do art. 4º, I, da Lei 12.527/12, não refletindo circunstância nova, mas tão somente informação de espécie.

O dever de sigilo é imposto àqueles que reúnem competência para conhecimento da informação ou documento, razão pela qual a figura caracteriza modalidade de qualificadora específica, sendo, portanto, dotada do atributo de própria, diferentemente da previsão do *caput*, que versa sobre crime comum.

Pune-se, portanto, de forma mais severa, aquele que, tendo o dever jurídico de preservar o sigilo, não o faz em descumprindo à norma mandamental.

3.6. Figura autônoma

Consoante o § 3º: Facilitar a prática de qualquer dos crimes previstos neste artigo mediante atribuição, fornecimento ou empréstimo de senha, ou de qualquer outra forma de acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

A figura equiparada, que não exige o especial fim de agir, contempla a hipótese do agente que cria condições para que terceira pessoa obtenha a acesso ao conteúdo sigiloso das informações, dados ou documentos secretos ou ultrassecretos, seja permitindo o ingresso a sala restrita ou fornecendo senha de acesso ao sistema, por exemplo. Na hipótese, o agente não utiliza ou divulga o conteúdo sigiloso, mas possibilita o acesso a esse.

3.7. Causa *sui generis* excludente de tipicidade/culpabilidade

O §4º assinala que não constitui crime a comunicação, a entrega ou a publicação de informações ou de documentos com o fim de expor a prática de crime ou a violação de direitos humanos.

A previsão, para nós, caracteriza uma hipótese *sui generis* de exclusão do crime, porquanto pode se enquadrar como excludente de tipicidade e de culpabilidade.

Como é cediço, o agente público, detentor do dever de agir, deve, sob pena de infração disciplinar, comunicar a prática crime ou violação de direitos humanos. Logo, se reúne tal dever, trata-se de imperativo legal e, quando o faz, age normativamente, isto é, no sentido da norma. Assim, sua conduta, normativa, é imposta pelo Estado, que não pode, simultaneamente, considerar tal conduta como típica para tão somente depois excluir a ilicitude da conduta. Aplica-se, nesse sentido, a teoria da tipicidade conglobante de Eugênio Raúl Zaffaroni.

Por outro lado, tratando-se o agente de particular, não detentor do dever jurídico de agir, sua conduta encontra amparo, inicialmente, na normatividade do comportamento, pois, não obstante não ser detentor do dever jurídico de agir, atua no exercício regular de direito⁷, aplicando-se as mesmas considerações acima expostas quanto à normatividade do comportamento. Contudo, pode ocorrer de, por consideração valorativa indevida, o agente venha a expor conduta não criminosa ou não violadora de direitos humanos, circunstância que afasta a exclusão da tipicidade, mas permite a exclusão da culpabilidade erro de compreensão quanto ao conteúdo da informação ou documento.

Não se trata, para nós, como defenderá a maioria da doutrina, de causa excludente de ilicitude, pois ou a conduta do agente encontra amparo em norma legal autorizativa – exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal – e, portanto, fomentada, autorizada ou ordenada pelo Estado, ou terá origem em erro de compreensão de conteúdo, ensejando a aplicação da regra do erro de proibição.

Cumpra, por outro lado, indagar: a comunicação, a entrega ou a publicação de informações ou de documentos com o fim de expor a prática de crime ou a violação de direitos humanos realizada perante o governo brasileiro, caracteriza a incidência do §4º? Justifica-se a indagação porquanto os parágrafos devem ser lidos sob a luz do *caput*, e esse menciona, tão somente, governo estrangeiro, seus agentes, e organização criminosa estrangeira.

Não obstante, parece-nos, por razoabilidade, que a mesma conduta, quando praticada perante o governo brasileiro ou seus agente, não caracteriza o delito, pois se a ausência de tipicidade é reconhecida com a comunicação para governo estrangeiro, sob a lógica de que esse adotará providências no cenário internacional para provocar o governo brasileiro, com maior fundamento haverá a exclusão da tipicidade quando a conduta der ciência diretamente ao Estado nacional.

3.8. Consumação e tentativa

O delito de espionagem, na previsão do *caput*, consuma-se com a mera entrega a governo estrangeiro, a seus agentes, ou a organização criminosa estrangeira, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de documento ou informação

7. Concebemos como causa excludente de tipicidade.