



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

GABRIELA BRITO DA SILVA

**LEI Nº 13.260/16: Uma análise da tipificação do terrorismo frente ao
Direito Penal do Inimigo.**

Brasília

2016

GABRIELA BRITO DA SILVA

**LEI N° 13.260/16: Uma análise da tipificação do terrorismo
frente ao Direito Penal do Inimigo.**

Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília-DF.

Orientador: Prof. Georges Carlos
Fredderico Moreira Seigneur.

Brasília

2016

GABRIELA BRITO DA SILVA

**LEI N° 13.260/16: Uma análise da tipificação do terrorismo frente ao
Direito Penal do Inimigo.**

Monografia apresentada como requisito para
a conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília-DF.

Orientador: Prof. Georges Carlos
Fredderico Moreira Seigneur.

Brasília, de de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Professor orientador

Professor indicado

Professor designado

AGRADECIMENTOS

Agradeço á Deus, pela dádiva da vida e por ter sempre me sustentado. A minha família e principalmente ao meu padrasto Renato Nobre e as mulheres da minha vida, Cristiane Brito, Vanessa Brito e Vera Lúcia, sem elas eu não estaria aqui. Ao meu namorado Diego Fernandes, por ter me acompanhado e sempre me instigado a dar o meu melhor nesses cinco anos. As minhas amigas Manuela e Maria Paula, pelo companheirismo ao longe deste período acadêmico.

Ao Professor Georges Seigneur, por toda a paciência, compreensão e dedicação.

RESUMO

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria da criminologia, traçada por Gunther Jakobs, onde o Direito Penal seria dividido em dois tipos: um aplicável ao indivíduo comum e outro aplicável ao inimigo, ou seja, ao indivíduo que atua ou tem a possibilidade de agir contra o Estado. O presente trabalho tem como objetivo analisar os fundamentos, as características e críticas pertinentes a teoria, bem como analisar os reflexos da mesma na tipificação do crime de terrorismo. Ao analisar o terrorismo, foi exposto seu conceito histórico bem como leis anteriores à tipificação e a recente Lei nº13.260/2016 que tipifica o terrorismo como crime no Brasil. A monografia usa da visão crítica para analisar os problemas trazidos com a lei e que podem ferir preceitos e garantias constitucionais.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Terrorismo. Lei nº 13.260/16.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO	9
1.1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO SEGUNDO GUNTHER JAKOBS	9
1.2 ALGUNS ANTECEDENTES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	13
1.3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O DIREITO PENAL DO CIDADÃO	16
1.4 DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL?	18
1.5 DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL	20
1.6 CRÍTICAS A TESE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	23
2 DO TERRORISMO	31
2.1 CONCEITO HISTÓRICO DE TERRORISMO	31
2.2 PREVISÕES ANTERIORES À TIPIFICAÇÃO DO TERRORISMO	34
2.3 A LEI Nº 13.260 DE 16 DE MARÇO DE 2016 – “LEI ANTITERRORISMO”	38
3 INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE TERROTISMO	44
CONCLUSÃO	50
REFÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como tema o Direito Penal do Inimigo, matéria que me foi apresentada pelo professor Georges durante a disciplina de Processo Penal II, e, desde então me despertou curiosidade tendo em vista que tal tema teria como sugestão a existência de dois tipos de Direitos Penais.

Após analisar a teoria de Günter Jakobs, pude perceber que mesmo indiretamente ela possui influência em nosso ordenamento jurídico há longa data.

Dentre diversas normas em que podemos perceber a influência da teoria de Jakobs, a presente monografia terá como foco de análise o terrorismo, um tema de grande preocupação global na atualidade e que fora tipificado no Brasil há pouco tempo.

O terrorismo é um tema de grande repercussão mundial, e frente aos eventos realizados no Brasil, tornou-se indispensável à tipificação do mesmo. Nossa Constituição já previa a necessidade do legislador tipificar a conduta terrorista e nosso país estava em mora há mais de 25 anos quanto a essa determinação.

O terrorismo ganhou maior atenção após o atentado que aconteceu em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América. Desde então o terrorismo vem ganhado força e aliados em todo o mundo, assim, instalou-se a GWOT- Global War On Terror, onde diferentemente das Guerras já enfrentadas na história, não seriam mais países que iriam guerrear entre si, e sim nações contra organizações terroristas.

Esta monografia contará com 3 (três) capítulos e a conclusão. O primeiro capítulo tratará sobre a teoria proposta por Günther Jakobs, no primeiro subitem do capítulo, será apresentado o conceito de inimigo e aplicação do direito penal para esse determinado indivíduo.

No segundo subitem do capítulo, serão estudados alguns antecedentes do Direito Penal do Inimigo e como eles influenciaram para a criação deste. Já no terceiro subitem, será feita uma diferenciação e também comparação do Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão.

Alguns pensadores do direito defendem que o Direito Penal do Inimigo seria uma terceira velocidade do direito penal, e isso será explicado com maior detalhamento no quarto subitem do primeiro capítulo. No quinto subitem analisaremos alguns regimes aplicados no Brasil, nos quais podemos observar resquícios do Direito Penal do Inimigo. Por fim, no último tópico do primeiro capítulo serão apresentadas algumas críticas feitas a teoria ora estudada.

No segundo capítulo, estudaremos o terrorismo desde seu conceito histórico, passando pelas previsões no nosso ordenamento jurídico anteriores a tipificação até a presente Lei nº 13.260/2016 que tipifica o Terrorismo no Brasil.

Por fim, no último capítulo será feita uma análise dos artigos da Lei nº 13.260/2016 frente ao Direito Penal do Inimigo e também serão abordadas as inconstitucionalidades presentes nesta norma.

1. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito penal do inimigo é uma teoria que foi levantada por Günter Jakobs primeiramente em um seminário na Alemanha. Sua tese é influenciada por teóricos como Niklas Luhman, bem como a concepção do contrato social defendida por Rosseau.

Neste primeiro capítulo será feita uma diferenciação do Direito Penal para o Direito Penal do Inimigo, bem como analisaremos suas peculiaridades e também as críticas feitas a esta tese por outros autores.

1.1. O DIREITO PENAL DO INIMIGO SEGUNDO GÜNTER JAKOBS

Para melhor compreensão acerca da matéria que abrange o Direito Penal do Inimigo, fazem-se necessárias algumas considerações iniciais.

A partir de 1985, Günter Jakobs começou a diferenciar o Direito Penal, dividindo-o em dois modelos distintos: O Direito Penal do cidadão, onde os direitos dos indivíduos são preservados, e o Direito Penal do Inimigo onde os bens jurídicos são preservados e os indivíduos, ora infratores, são classificados como “não pessoas”¹.

Esses indivíduos denominados como inimigos (“não pessoas”) seriam aqueles que não seguem as normas jurídicas, incidindo em infrações graves e, assim, violando ou colocando em risco alguns dos direitos dos demais cidadãos ou do Estado.

Jakobs entende que, aquele que viola as normas do contrato social, está renunciando a sua qualidade de cidadão, na nossa realidade pode-se entender que aquele indivíduo que decide fazer parte de uma organização criminosa está abdicando do seu status de cidadão, devendo assim ser tratado como inimigo.²

¹ JAKOBS, Gunther. Criminalización em el estadio previo a la lesión de um bien jurídico. Trad. De Enrique Peñaranda Ramos. Estudios de derecho penal. Madrid: Civitas, 1997. P.293-323

² JAKOBS, Gunther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho penal del enemigo. Madrid: Civitas, 2003, p.19-54

Os indivíduos em seu estado natural são destinatários de deveres e direitos, segundo Günter Jakobs, “todo aquele que oferece fidelidade jurídica ao menos de forma relativamente confiável tem o direito de ser tratado como pessoa”³, em outra perspectiva, aquele que “não oferece uma garantia cognitiva mínima de comportamento fiel ao Direito”⁴ não poderia ser considerado como pessoa, mas sim como um indivíduo potencial a cometer um crime, e logo, inimigo da sociedade.

A fim de comprovar que é possível que o indivíduo perca a qualidade de cidadão, Jakobs se apoia na teoria de Rosseau, onde o Estado teria seu fundamento em um contrato social, de maneira que, aquele que atacasse o direito social, deixaria de ser membro do Estado.

Nesse sentido, Fichte entendia que aquele que abandona o seu contrato de cidadão, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os direitos como cidadão e passa a pertencer a um estado de ausência completa de direitos.

Entretanto, Jakobs concorda parcialmente com a concepção de Fichte e Rosseau, vez que estes autores admitem um Direito específico ao criminoso, onde existe a possibilidade da reparação do dano causado.

Compartilha, porém, do pensamento de Hobbes, em que no “contrato de submissão” aquele que cometer alta traição, será castigado como inimigo, uma vez que “a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... e aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos.”⁵

O Direito Penal do Inimigo pode ser caracterizado pela antecipação da punibilidade sobre alguns tipos penais, onde se entende que há risco permanente à sociedade.

³ JAKOBS, Gunther. Terroristas como Sujeitos de Direito? P. 59. In: Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008, Organização e Introdução de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira

⁴ JAKOBS, Gunther. Terroristas como Sujeitos de Direito? P. 59. In: Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008, Organização e Introdução de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira

⁵ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 27

Segundo Kant, “o estado de natureza é o estado de guerra, pois a paz só é possível por meio do estado civil”. Em que se pese a tese de Kant, é possível chegar a conclusão de que se houver conflito entre dois homens no estado de natureza, haverá violência entre eles, e isto resultará em por em risco a segurança dos demais homens. Porém, se ambos viverem no estado civil, irão ter suas garantias mutualmente, garantindo o bem estar dos demais.

Nesta linha de raciocínio, se um indivíduo se sentir ameaçado por outro, por não compartilharem do mesmo Estado legal comum, irá trata-lo como seu inimigo.

Em seus pensamentos, Kant afirmava que uma pessoa tem a autorização de obrigar outro indivíduo a fazer parte de uma constituição cidadã, desta forma podemos exemplificar de tal maneira: “posso obrigar que, ou entre comigo em um estado comunitário-legal ou abandone minha vizinhança”⁶.

Desta maneira, se um indivíduo permanece no estado de natureza, será considerado inimigo, tornando-se legitima toda hostilidade contra ele. Com isso, não é necessário que ele cometa delitos, para que seja um inimigo, uma vez que estiver fora do Estado civil, estará ameaçando a paz dos demais indivíduos.

Apesar da doutrina de Jakobs ter diversos pontos em comum com os autores já mencionados, é em Hobbes que se assemelha de forma mais íntima. Para Hobbes, o inimigo é aquele que decide não viver mais na sociedade civil e volta ao seu estado de natureza, quando os indivíduos estão em seu estado de natureza eles são iguais, assim, Hobbes acredita que o estado de natureza é simplesmente a liberdade de cada um.

Desta forma, o estado natural do homem é o de guerra, onde todos são inimigos, e todos possuem a liberdade de fazer qualquer coisa contra seus inimigos, uma vez que na guerra não há lei.

Assim, o Direito Penal do Inimigo defende que o inimigo, ao infringir o contrato social que pertence, deixa de ser membro do Estado e entra em guerra contra ele,

⁶ Kant, *Metaphysik der Sitten* (nota 5), p. 255 e ss (1. Theil, 1 Hauptsuck, p. 8) Apud: JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. p.27.

logo, deve morrer como tal; aquele que abandona o contrato de ser um cidadão perde todos os seus direitos; se houver traição contra o Estado, o indivíduo não será tratado como súdito, e sim como inimigo; aquele que ameaça de forma contínua o Estado e a sociedade, bem como aquele que não aceita o estado comunitário-legal, será tratado como inimigo.

Jakobs, em uma de suas obras, afirma que “o Direito penal deixará de ser uma reação da sociedade ao fato criminoso perpetrado por um de seus membros para tornar-se uma reação contra o inimigo”. Nas palavras do mesmo o inimigo seria:

“[...] o não alinhado é um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento (criminoso grave) ou em sua ocupação profissional (criminosa e grave) ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização (criminosa), vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta.”⁷

Refere-se aos indivíduos que comentem crimes econômicos, terroristas, membros de organizações criminosas, aqueles que cometem crimes sexuais e outras infrações graves, estes serão os indivíduos tratados como inimigos em potencial, terão os seus Direitos permanentemente afastados pois não oferecem garantias de que irão voltar a ser fiel a norma.

Para melhor entender a figura do inimigo, podemos exemplificar através dos integrantes da Al Qaeda que foram líderes dos ataques do 11 de setembro de 2001, uma manifestação clara de ato típico de inimigo.

Jakobs ainda descreve as principais características deste modelo de política criminal:

“ a) ampla antecipação da punibilidade, ou seja, mudança de perspectiva do fato típico praticado para o fato que será produzido, como no caso de terrorismo e organizações criminosas;
b) falta de redução da pena proporcional ao referido adiantamento (por exemplo, a pena para o mandante/mentor de uma organização terrorista seria igual aquela do autor de uma tentativa de homicídio, somente incidindo a diminuição referente à tentativa) e,

⁷MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito penal do Inimigo: terceira velocidade. Curitiba. Juruá. 2009. p.194.

c) mudança na legislação de Direito Penal para legislação de luta para combate à delinquência e, em concreto, à delinquência econômica.”⁸

De tal forma, o indivíduo que optar por não pertencer ao estado de cidadão, não terá os benefícios inerentes dos demais. O inimigo não é um sujeito processual, e por isso, também não lhe serão concedidos os direitos, como por exemplo, de fazer contato com advogado constituído. O Estado não irá reconhecer direito algum ao inimigo.

Não será aplicado o procedimento penal legal, e sim um procedimento de guerra. Aquele que não oferece segurança jurídica, não deverá esperar tratamento como as demais pessoas (cidadãos), bem como o Estado não deve trata-lo como cidadão. Acerca disto, Jakobs deixa registrado que:

“[...] aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário”.⁹

Como fruto disto, “– deveria chamar de outra forma aquilo que tem que ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito Penal do inimigo, guerra contida”.¹⁰

Assim, o inimigo não deve ser punido por meio de uma pena, mas sim com medidas de segurança, não levando em consideração sua culpabilidade, mas sim a sua periculosidade. As medidas não são concebidas com base nos fatos praticados no passado, mas sim com o objetivo de coibir os mesmos atos no futuro, o inimigo não é considerado como um sujeito de direito e sim como objeto de coação.

“[...] a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, que não se dirige contra a pessoa em Direito, mas contra o indivíduo perigoso. Isto talvez se perceba, com especial clareza, quando se passa do efeito de segurança da pena privativa de liberdade à custódia de segurança, enquanto medida de segurança: neste caso, a perspectiva não só contempla retrospectivamente o fato passado que deve ser submetido a juízo, mas também se dirige – e sobretudo – para frente, ao futuro, no qual

⁸MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito penal do Inimigo: terceira velocidade. Curitiba. Juruá. 2009 p.197

⁹JAKOBS, Gunther. Ciência. Barueri. Manole Jurídico. 2003. p.55

¹⁰JAKOBS, Gunther. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. 6 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2012. p.36.

uma «tendência a [cometer] fatos delitivos de considerável gravidade» poderia ter efeitos «perigosos» para a generalidade.”¹¹

1.2 ALGUNS ANTECEDENTES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Em 1932, Carl Schmitt denominou inimigo como estrangeiro ou adversário, vejamos o conceito:

“um conjunto de pessoas em combate eventualmente, isto é, segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico, Inimigo é somente inimigo público, pois tudo o que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, torna-se, por isso, público. Inimigo é *hostis*, não *inimicus* em sentido amplo; *polemios* e não *echtros*”¹²

O referido autor propunha que deveria haver um tratamento diferenciado aos “amigos” e aos “inimigos da sociedade”, de maneira que, estes últimos deveriam de ser excluídos.

Alfred Roseberg, teórico e defensor da ideologia nazista, defendia que o grupo acadêmico dos judeus não poderiam ter suas obras citadas na biografia, pois eles se tratavam de “parasitas culturais”. Isto ocorreu quando estavam sendo elaboradas as leis de Nuremberg 1935, onde os judeus seriam excluídos da cidadania alemã, dos direitos civis e quando se tornou punível a relação sexual de um judeu com outra pessoa da raça ariana, tipificando-se como “ultraje à raça”.

Segundo Francisco Muñoz Conde, o próximo passo para a construção de um direito exclusivo ao inimigo se deu na sua “eliminação física”, primeiramente através da internação em campos de concentração, regimes de trabalhos forçados, e após, nos campos de concentração de Auschwitz ou Birkenau.¹³

O mesmo autor, afirma que, desde o fim do século XIX, penalistas alemães como Franz Von Liszt e Edmund Mezger, já defendiam teorias semelhantes ao Direito Penal do Inimigo de Jakobs.

¹¹ Idem p.22 e 23

¹² SHIMITT, Carl. O conceito político/Teoria do Partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.30.

¹³ Conde, Francisco Muñoz. As origens Ideológicas do direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Penais – RBCCRIM, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 18, n 83, mar-abr/2010, p. 113.

Von Liszt separava os delinquentes em duas categorias: corrigíveis e incorrigíveis.¹⁴ O último seria considerado como “inimigo da ordem social”, nesta categoria seriam incluídos os reincidentes habituais, ‘prostitutos’, mendigos, alcoólatras e afins, pois, em sua opinião, estes representavam perigo para a ordem social por conta do seu estilo de vida, e deveriam de ser privados de sua liberdade até os últimos dias da sua vida, seja pela prisão perpétua ou até mesmo, pela pena de morte.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, Edmund Mezger elaborou um projeto de lei destinado aos “Estranhos à Comunidade”, onde propunha existir dois ou mais direitos penais: um para a generalidade, onde haveria princípios vigentes e outro para grupos de indivíduos determinados como os delinquentes por tendência.

Como pode ser observado e afirmado por Muñoz Conde, a divisão entre dois tipos de direitos penais é uma ideia anterior a Jakobs. Sobre o assunto Conde defende que:

“Algo que já tinha muito claro o professor Edmund Mezger quando buscava fundamentar um projeto de lei no qual esses grupos especiais de pessoas, que ele denominava ‘estranhos ou inimigos da comunidade’, simplesmente se impunha a reclusão por tempo indeterminado em campos de concentração, a esterilização, a castração ou diretamente a morte, entregando-se à polícia, sem nenhum tipo de garantias jurídicas, procedimento ou controle judicial”.¹⁵

Com o intuito de afastar o conceito de inimigo de Schmitt por seu provável receio de vinculação ao autor que pertenceu ao Partido Nacional Socialista alemão, Jakobs afirmou em uma conferência sobre “Direito Penal do Inimigo? Uma análise acerca das condições da legalidade”:

“O conceito de Schmitt não trata de criminoso, mas de hostis, de outros; no Estado somente se chega a um confronto político, no sentido de Schmitt, no caso de guerra civil. Em contrapartida, o inimigo do Direito Penal do Inimigo é um criminoso do tipo que se supõe permanente perigoso, um *inimicus*. Ele não é outro, mas deveria se comportar como igual e, por essa razão, é-lhe também imputada a culpa penal, diferentemente de hostis, de Schmitt.

¹⁴ Op. Cit., p.105

¹⁵ Op. Cit. P. 111/112.

Se, nas minhas exposições, eu tivesse me referido a Carl Schmitt, isso seria uma incorreção grassa.”¹⁶

O conceito ora apresentado não corresponde com o conceito de inimigo, da maneira como ele é constituído em Carl Schmitt, “Der Begriff des Politischen” (1927), que defende o inimigo como um adversário existencial. Em Carl Schmitt o conceito do político é baseado na teologia secularizada, que mais distingue os tementes a Deus dos ateus do que adversários políticos no entendimento corrente.

Apesar de ideias divergentes, é possível observar a influência do Estado absoluto na formação do conceito de inimigo de Jakobs.

Segundo Schmitt, o inimigo seria o *hostis*, o estrangeiro, ao qual não poderia se aplicada as normas já preestabelecidas para os indivíduos pertencentes a comunidade, o que se assemelha com o conceito de “não pessoa” de Jakobs, no que tange a negação absoluta do outro, sendo estrangeiro ou não, é considerado como inimigo.

Zaffaroni faz uma distinção do direito romano entre o *inimicus* e a *hostis*:

“O *inimicus* era o inimigo pessoal, enquanto o verdadeiro inimigo político é *hostis*, para o qual sempre levantou a possibilidade de guerra e era visto como absoluta negação do Outro se apresentar ou hostilidade extrema. O estrangeiro, o estranho, o *hostis*, era o único que não tinha direitos em todos os, que estava fora da comunidade.”¹⁷

1.3. DIREITO PENAL DO INIMIGO E O DIREITO PENAL DO CIDADÃO

Como já demonstrado anteriormente, o Direito Penal do Inimigo é destinado exclusivamente aos inimigos e não aos cidadãos.

Neste tocante, Jakobs afirma que:

“[...] quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas

¹⁶ JAKOBS, Gunther. Direito Penal do inimigo? Uma análise acerca das condições da legalidade. P.42/43. In: Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro. Lúmen Juris, 2008.

¹⁷ ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007. (Pensamento criminológico, 14). P. 88

diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.”¹⁸

Segundo o mesmo, os inimigos não podem ser considerados pessoas, pois “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real”.¹⁹

Em que se pese a diferenciação do Direito penal do inimigo e do cidadão, embora sejam dois tipos ideais e que raramente poderá ser observado na realidade, é preciso destacar que segundo a teoria, o Direito penal do cidadão jamais será aplicado ao inimigo que cometeu um delito grave (ato terrorista, crime sexual, etc.), de igual modo, o Direito Penal do Inimigo nunca seria aplicado ao cidadão comum.

Jakobs salienta que:

“[...] não se trata contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois polos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais.”²⁰

O Direito Penal do cidadão “atua com fidelidade ao ordenamento jurídico”, incidindo sobre os sujeitos de direito, de maneira divergente ao Direito Penal do inimigo, que trata de forma rigorosa aqueles denominados como “não pessoas”. Este, não permaneceu em um estado de democrático de direito, assim, não lhe é devido os direitos como cidadão.

Jakobs defende que o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham

¹⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito penal do Inimigo: terceira velocidade. Curitiba. Juruá. 2009. p.191.

¹⁹ DE MORAES, Alexandre Rocha Almeida. Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do Direito Penal. Curitiba. Juruá. 2009. p.180.

²⁰ DE MORAES, Alexandre Rocha Almeida. Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do Direito Penal. Curitiba. Juruá. 2009. p.232.

cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.²¹

Além, de forma crítica, Lascano entende que a diferenciação entre um “Direito Penal do Cidadão” e um direito penal exclusivo para os inimigos, já fora criada por Mezger, em meio ao regime totalitário nazista e, retomada por Jakobs ainda que se encontrasse vigente um Estado Democrático de Direito,²² como já apresentado no começo do capítulo.

A fim de diferenciar os dois modelos, Jakobs explicita:

“O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz.”²³

Portanto, através de tudo que fora delineado, é possível afirmar que de início um ordenamento jurídico deveria estender o direito a todos os indivíduos. A partir do momento que o indivíduo decide não se adequar ao meio que ele vive, ele abdicará do seu *status* de cidadão e terá seu tratamento de modo diferenciado.

1.4 DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL?

O Direito Penal atual moderno tem o objetivo e a necessidade de tornar-se mais eficaz diante as novas formas de criminalidade, novas formas de pena, mais amenas que a pena de prisão, pois em nossa sociedade há uma influência maior dos Direitos Humanos, garantias e princípios constitucionais.

²¹ DE MORAES, Alexandre Rocha Almeida. Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do Direito Penal. Curitiba. Juruá. 2006.p.200

²² Apud: DE MORAES, Alexandre Rocha Almeida. Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do Direito Penal. Curitiba. Juruá. 2009. p.184

²³ DE MORAES, Alexandre Rocha Almeida. Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do Direito Penal. Curitiba. Juruá. 2009. p.185

Porém, em que se pese a tese do Direito Penal do inimigo há outro viés do Direito Penal moderno que acredita que seria mais eficaz a exclusão total dos direitos e garantias processuais daqueles considerados como inimigos, o que caracteriza uma nova velocidade do Direito penal, segundo alguns penalistas.

Segundo Silva Sanchez, o Direito Penal do inimigo caracteriza uma terceira velocidade do Direito Penal. Onde, "Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais"²⁴.

O mesmo autor defende que o Direito de terceira velocidade deve ser aplicado somente em casos que houver extrema necessidade e que se possa prever alguma eficácia na aplicação dessas medidas. Mas, acredita também que o mesmo é inevitável diante à certos delitos como terrorismo, criminalidade organizada e delinquência sexual violenta e reiterada.²⁵ Além de classificá-lo como "mal menor" diante do cenário atual de criminalidade, sendo possível prever o crescimento dessa realidade e até mesmo de sua estabilização.²⁶

Sanchez trata em sua obra sobre o fenômeno social do regresso da neutralização seletiva. Esta teoria afirma que é possível perceber em um número restrito de delinquentes que estes são responsáveis por uma grande quantidade de delitos e que são propensos a tornarem-se reincidentes. Assim, neutralizando os delinquentes, colocando-os na prisão pelo maior tempo possível, a quantidade de delitos iria reduzir, o que seria um ótimo benefício a baixo custo.²⁷

Esta teoria vai de encontro a ideologia do Direito Penal do Inimigo, uma vez que o inimigo é uma "não pessoa", o qual o Estado busca combater e neutralizar. Ao inimigo não são conferidos direitos e garantias processuais, diferentemente dos cidadãos. Assim, não é possível classificar o inimigo como um sujeito processual²⁸,

²⁴ SANCHEZ, Jesus Maria Silva. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 202 p.25.

²⁵ Idem, p. 158-0

²⁶ Idem, p.151

²⁷ Idem p. 131

²⁸ JAKOBS, Günter, e MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. Organização e tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.39

uma vez que “com seus instintos e medos põem em perigo a tramitação ordenada do processo”²⁹.

Desta forma, não serão previstos ao inimigo, durante o processo, diversos direitos permitidos ao cidadão, como exemplo disto, pode-se citar o direito de se comunicar com o seu advogado, de solicitar a prática de provas, acessar o inquérito policial entre outras. Ainda, contra o inimigo serão aceitas provas obtidas de maneira ilícita, como investigações secretas, escutas telefônicas e ainda o avanço da prisão preventiva, o que no processo ordenado seria exceção. Portanto, o processo contra o inimigo não pode ser equiparado ao processo comum, e sim com um procedimento de guerra.³⁰

Manuel Cândia Meliá destaca as características do Direito penal do inimigo, são essas:

“Em primeiro lugar constata-se um avanço da punibilidade, ou seja, o ponto de referencia do ordenamento é um fato futuro, ao contrário de como ocorre no Direito Penal do cidadão que é a que pune um fato já ocorrido. Em segundo lugar, as penas previstas são muito desproporcionais, nem mesmo o adiantamento da punibilidade é considerado para sua redução. Em terceiro lugar, muitas garantias processuais são relativizadas ou até mesmo suprimidas”³¹

1.5 DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL

O Direito Penal do inimigo não visa à garantia da validade da norma, mas sim, a extinção de uma ameaça, do perigo.

Francisco Muñoz Conde destaca:

“[...] exemplos deste direito penal excepcional tem existido sempre desde as origens da Codificação Penal no século XIX, quando desde o primeiro momento se teve que recorrer a leis penais excepcionais, contrárias ao espírito liberal e constitucional que inspiraram os primeiros Códigos Penais. [...] este tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos, começa a dar-se também nos Estados democráticos de Direito, que acolhem em suas constituições e textos jurídicos fundamentais princípios básicos de Direito Penal material do Estado de Direito, como o de legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e, sobretudo os de caráter processual

²⁹ Idem, p. 40

³⁰ Idem, p. 39-41

³¹ Idem, p. 67

penal, como o de presunção de inocência, devido processo e outras garantias do imputado em um processo penal³²

Luis Flávio Gomes e Raúl Cervini, antes mesmo da consolidação como teoria de um Direito Penal de terceira velocidade, já afirmavam que duas estavam sendo premissas de uma política completamente repressiva no Brasil:

“(a) incremento de penas (penalização);
(b) restrição ou supressão de garantias do acusado. A lei dos crimes hediondos e, agora, a lei de “combate” ao crime organizado, dentre outras, são expressões desse modelo exclusivamente “dissuasório”, isto é, modelo que confia na “força ameaçadora da lei” (na linha da coação psicológica de Feuerbach).”³³

A doutrina majoritária vê como exemplos do Direito Penal do Inimigo no Brasil o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD); a Lei nº 9.614/98 que trata sobre o abate de aeronaves suspeitas; Lei de crimes hediondos, anteriormente a alteração da Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007 e ainda diante à tipificação do terrorismo.

O RDD (Regime Disciplinar Diferenciado), que tem fulcro no art. 52 da Lei nº 10.792/03:

“Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

II - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003) § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003).”³⁴

³² DE MORAES, Alexandre Rocha Almeida. Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do Direito Penal. Curitiba. Juruá. 2009. p.234

³³ GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raul. Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

³⁴ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm] Acesso em setembro de 2016.

Essa política de um regime mais severo, que vem sendo implementada no Brasil, principalmente pela ascensão do crime organizado, que possuem suas próprias regras e constantemente entram em combate com as forças estatais (polícia e poder judicial), com a finalidade de tomar o poder do Estado.

Porém, o que é questionado, é de que maneira o Direito Penal do Inimigo poderia ser empregado no ordenamento jurídico brasileiro. Quanto a aplicação deste Direito sob os crimes organizados, Meliá diz:

“[...] nos países nos quais existe como realidade significativa, causa prejuízos à sociedade em seu conjunto, incluindo também a infiltração de suas organizações no tecido político, de modo que ameaça não só as finanças públicas ou outros bens pessoais do cidadão, mas ao próprio sistema político-institucional.”³⁵

Assim, o Regime Disciplinar Diferenciado –RDD- posto no Brasil em 2003, diz respeito a uma medida que reforça ao uso do Direito Penal do Inimigo, sendo um dos maiores exemplos da aplicação deste no nosso país.

Faz-se necessária uma reforma no Direito Penal, pois é notável “que Direito Penal Clássico com seus princípios e regras, não estão sendo eficientes no combate aos novos agressores da sociedade”.³⁶ Assim sendo, as normas estão sendo elaboradas com a finalidade de combater essa criminalidade e atender as demandas da sociedade moderna a qualquer custo, sem se preocupar com os direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal.

Porém há de ser dito que o Direito Penal do Inimigo não seria o ordenamento mais adequado a ser implementado no Brasil, uma vez que:

“Se o Direito Penal (verdadeiro) só pode ser vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado, urge concluir que Direito Penal do Cidadão é um pleonismo, enquanto Direito penal do inimigo, é uma contradição. O Direito Penal do inimigo é um não Direito, que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais”.³⁷

³⁵ Apud: VENANCIO, Ronaldo Cezar Possato. Direito Penal do inimigo no Brasil. Disponível em Jurisway. Acesso em: 09 junho. 2016

³⁶ MORETI, José Alexandre. O direito penal do inimigo e sua aplicação diante da atual situação da segurança pública. Disponível em: Intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/2155. Acesso em: 13 jun. 2016.

³⁷ DE MORAES, Alexandre Rocha Almeida. Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do Direito Penal. Curitiba. Juruá. 2009. p.250

Desta maneira, não seria aplicado o processo democrático onde existe o devido processo legal e sim, aplicado um procedimento de guerra. Porém, não há como encaixar este tratamento de guerra dentro de um Estado Democrático de Direito; por esta via, o Direito Penal do Inimigo se forma através da terceira velocidade, onde se é aplicada a imposição da pena de prisão, sem qualquer garantia penal e/ou processual, ferindo diretamente os princípios constitucionais penais do ordenamento jurídico nacional, como exemplo o princípio da proporcionalidade onde se defende que a pena deverá ser proporcional ao bem lesado; o princípio da humanidade, que se relaciona diretamente com a dignidade humana, que de forma alguma será mantido se houver a exclusão dos direitos do indivíduo.

Na Constituição Federal no artigo 5º caput e inciso III, defende-se que:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes: III- Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.³⁸

Logo, nosso ordenamento jurídico não permite qualquer tipo de distinção dos indivíduos, o que é contrário ao pensamento alemão de Günther Jakobs, se tornando inviável a utilização do Direito Penal do inimigo no Brasil.

Concluindo assim, que independentemente do delito causado ou do risco que o indivíduo pode trazer a sociedade, é necessário que se respeite em primeiro plano os princípios e garantias presentes na Constituição Federal, para que assim, possa se punir da maneira correta.

1.6 CRÍTICAS À TESE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Embora bem amparada filosoficamente, a tese do Direito Penal do Inimigo é alvo de diversas críticas por parte da doutrina, principalmente pelo fato de que é

³⁸ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm] acesso em julho de 2016

previsto a aplicabilidade deste, sob um indivíduo que viva em um Estado Democrático de Direito. Iremos analisar algumas das críticas feitas à esta teoria.

Câncio Meliá faz algumas críticas ao Direito Penal do Inimigo. Primeiramente, critica o nome utilizado por Gunter Jakobs. O autor afirma que “Direito penal do cidadão é pleonasma, e Direito penal do inimigo uma contradição em seus termos”.

39

O referido autor acredita que o conceito de Direito Penal do Inimigo trazido por Jakobs, se trata da reação que o ordenamento jurídico tem sobre indivíduos perigosos, e que essa reação seria desproporcional e adversa à realidade. Nas palavras do autor:

“Em efeito, a identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, por muito que possa parecer, a primeira vista, uma qualificação como outro, não é, na realidade, uma identificação como fonte de perigo, não supõe declara-lo um fenômeno natural a neutralizar, mas, ao contrário, é um reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização. Que outra coisa não é Lúcifer senão um anjo caído? Neste sentido, a carga genética do punitivismo (a ideia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com o Direito penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito penal do inimigo”.⁴⁰

Nota-se um significado simbólico no Direito Penal do Inimigo, vez que não é apenas determinado em face à tipificação penal, mas também a outros aspectos adversos que permitam a classificação do indivíduo como inimigo.

“De modo correspondente, no plano técnico, o mandato de determinação derivado do princípio da legalidade e suas “complexidades” já não são um ponto de referência essencial para a tipificação penal”⁴¹

O referido autor não aceita como inevitável a teoria do Direito Penal do Inimigo, uma vez que ela seria inconstitucional, além de não ser eficaz na prevenção

³⁹ JAKOBS, Günter, e MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. Organização e tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.54

⁴⁰ Idem, p. 71-2

⁴¹ Idem p. 72

de crimes e na garantia da segurança social.⁴² E face ao questionamento feito, de o Direito Penal do Inimigo fazer parte conceitualmente do Direito Penal, disse:

“A resposta ora oferecida é: não. “Por isso, propor-se-ão duas diferenças estruturais (intimamente relacionadas entre si) entre ‘Direito penal’ do inimigo e Direito penal:

- a) o Direito penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas denomina determinados grupos de infratores;
- b) em consequência, do Direito penal do inimigo não é um Direito penal do fato, mas do autor”.⁴³

Segundo a teoria de Jakobs, onde deveriam existir dois tipos de Direitos Penais, um voltado para os cidadãos e outro para o inimigo está vedada ao fracasso, conforme defende Prittwitz, uma vez que, para ele, o Direito Penal de maneira geral está infectado com o Direito Penal do Inimigo, de maneira que se torna impensável uma reforma que se torne possível a divisão, e que possibilitasse um Direito Penal realmente justo para um Estado de Direito.⁴⁴ O autor lamenta a possibilidade do Direito Penal do Inimigo ser utilizado como instrumento de legitimidade a ações de regimes autoritários, a ponto de fazer com que o Direito como um todo perca sua influência conforme se torne objeto de ameaça aos direitos e liberdade dos cidadãos.⁴⁵

Para Luiz Flávio Gomes, na teoria de Jakobs, não se reprova somente a culpabilidade do agente, mas também a sua periculosidade.

O Direito penal do Inimigo busca a punição do indivíduo que cometeu o delito considerando a sua periculosidade, não se discute a proporcionalidade da pena, que no caso do inimigo, serão demasiadamente desproporcionais. Este Direito Penal, tem o objetivo de identificar e eliminar o inimigo, o que é totalmente contrario de um Direito Penal de um Estado de Direito, que visa punir o fato.

Além do já delineado, no procedimento contrario ao inimigo não será respeitado o devido processo legal, não haverá um processo democrático, haverá

⁴² Idem, p 73

⁴³ Idem, p. 75

⁴⁴ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 47, Papel. Mar/abr. 2004. p.43

⁴⁵ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 47, Papel. Mar/abr. 2004. p.44

um procedimento de guerra, que é contrário ao estabelecido no Estado de Direito, principalmente por suprimir garantias processuais e penais.

Não obstante, levando em consideração o Princípio da Igualdade e da Humanidade, onde todos os homens são iguais e possuem os mesmos direitos. Esses princípios são as bases do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que só é possível garantir um convívio harmônico se todos forem, por ele, tratados de igual maneira. Desta maneira, o inimigo, proposto por Jakobs ameaça diretamente o Estado Democrático de Direito.

Luis Garcia Martín, concordando com a linha de pensamento de Muñoz Conde, afirma que

“o Direito Penal democrático e do Estado de Direito deve tratar todo homem como pessoa responsável, e não pode ser lícito nenhum ordenamento que estabeleça regras e procedimentos de negação objetiva da dignidade do ser humano, sob hipótese alguma.”⁴⁶

Ainda, a ideia dos direitos vinculados aos indivíduos não depende da criação de um ente soberano ou da sociedade. Assim, nem o cidadão nem mesmo o governo pode tirar essa condição de pessoa de direito, tratando-os como algo perigoso, como sugere o Direito Penal do Inimigo.

Segundo Luis Gracia Martín, sempre que o homem possuir capacidade de discernir e fazer escolhas, for eticamente livre, e, ao mesmo tempo por sua capacidade de socializar-se, haverá a dignidade humana. Desta maneira, a dignidade humana deve ser concedida a todos de igual maneira, até mesmo àqueles que neguem a sociabilidade e decidam conduzir suas vidas na marginalidade ou fora da sociedade.

Assim, ainda que um indivíduo decida se excluir definitivamente da ordem social e desrespeitando suas normas, ainda assim, esse indivíduo deverá ser reconhecido como pessoa de direito e tratado conforme o princípio da dignidade humana sugere. Nesta mesma linha de raciocínio, o autor afirma:

⁴⁶ GRACIA MARTIN, Luis. **O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. Traduzido por Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 176

“essa idéia de dignidade humana vinculante para o Direito constitui, a meu ver, o argumento decisivo contra o Direito Penal do inimigo”. Em um Estado democrático e respeitoso da dignidade do ser humano ninguém nunca pode ser definido como não-pessoa.”⁴⁷

Ainda há de se ressaltar, que a ideia de inimigo, parte tão somente de uma elaboração humana, onde são considerados fenômenos perigosos, que colocam em risco a existência da sociedade, atribuindo aos “inimigos” um grande potencial lesivo. Porém, não se leva em consideração que o fato gerador deste risco, seria uma mera construção social. Neste sentido, afirma Cancio Meliá:

“Os fenômenos, frente aos quais reage o <<Direito penal do inimigo>>, não tem essa especial <<periculosidade terminal>> (para a sociedade), como se apregoa deles. Ao menos entre os <<candidatos>> a <<inimigos>> das sociedades ocidentais, não parece que possa apreciar-se que haja algum – nem a criminalidade <<criminalidade organizada>> nem as <<máfia de drogas>>, e tampouco e ETA – que realmente possa pôr em xeque – nos termos <<militares>> que se afirmam – os parâmetros fundamentais das sociedades correspondentes em um futuro previsível. Isto é especialmente claro quando se comprar a dimensão meramente numérica das lesões de bens jurídicos pessoais experimentados por tais condutas delitivas com outro tipo de infrações criminais que se cometem de modo massivo e que entram, em troca, plenamente dentro da <<normalidade>>.”⁴⁸

Nesta mesma linha de raciocínio, o Estado poderia usar desta ideologia para elevar seu poder punitivo sobre todos os indivíduos, sendo eles inimigos ou não. Uma vez admitido tratamento diferenciado aos inimigos, seria muito difícil conseguir distinguir um tratamento mais rígido aos outros.

Abordando o assunto de outra forma, diante de uma situação de emergência contra alguma ameaça inimiga e do receio instaurado na sociedade, o Estado irá tornar mais rígido o seu ordenamento jurídico. A sociedade, sempre sob influência da mídia, começa a desenvolver um forte sentimento de insegurança, medo e vingança, se posicionando a favor de penas mais gravosas e tratamentos conforme o “olho por olho, dente por dente”. Porém, algo que neste momento não é levado em consideração, é que essa majoração irá recair sobre todos.

⁴⁷ CONDE apud JAKOBS, Günter, e MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. Organização e tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 76/77. Cancio Meliá (pag 160/161): citação de outrem

⁴⁸ JAKOBS, Günter, e MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. Organização e tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 76/77

Para Zaffaroni, existem hipóteses gerais ou básicas. Para ele, poder punitivo discrimina aquelas pessoas que são mal vistas pela sociedade, e os enquadra em uma realidade onde não é permitida sua condição como pessoa, uma vez que se tornaram inimigos da sociedade. São vistos como a escória, e por isso, o direito penal que deveria de ser aplicado dentro dos limites, passa a não mais existir para eles.⁴⁹

É necessário enfatizar que este tratamento é legítimo, tanto para as leis, quanto para a doutrina, que permitem este tratamento diferenciado aos indivíduos e é o que acontece na sociedade contemporânea. Para tentar minimizar este fenômeno, o Estado delimita alguns limites para gerar certo equilíbrio.

Dois caminhos são delimitados: um estático, que permite que seja aplicado apenas para alguns atos praticados pela sociedade; e outro, dinâmico que é o que o autor acha mais propício a ser aplicado e será delineado á seguir.

Zaffaroni defende a tese de que, o indivíduo rotulado pela sociedade como perigoso, o inimigo, é compatível apenas com um Estado absoluto, e que, as concessões penalistas têm sido, obstáculos absolutistas, criados pela doutrina penal, na realização dos Estados constitucionais de direito.⁵⁰

Com o passar dos séculos é possível observar diversos exemplos de situações em que facilmente identificamos o inimigo e eles não seriam resolvidos através de medidas extremistas, como se a violência devesse de ser paga de maneira integral com violência (genocídio), ou com a total não violência (sem qualquer punição). Essas duas maneiras de se resolver a problemática, não resultariam em uma solução eficaz.

Neste tema, Zaffaroni descreve em seu texto que:

"A história ensina que os conflitos não terminaram em genocídio se solucionaram pela negociação, que pertence ao campo da política. Porém, a globalização, ao debilitar o poder de decisão dos Estados nacionais, empobreceu a política até reduzi-la à sua expressão mínima. As decisões

⁴⁹ ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007. (Pensamento criminológico, 14). P. 33

⁵⁰ ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007. (Pensamento criminológico, 14). P. 35

estruturais atuais assumem, na prática, a forma pré-moderna definida por Carl Schmitt, ou seja, limitam-se ao mero exercício do poder de designar o inimigo para destruí-lo ou reduzi-lo à impotência total. Qualquer pessoa que lê um jornal enquanto toma o seu café da manhã - se não se limitar a leitura às notícias de esportes - vai se inteirando dos passos que o poder mundial toma rumo aos genocídios, ou seja, rumo ao aniquilamento total daqueles a quem considera seus inimigos."⁵¹

Diante desse cenário levantam-se dois lados opostos, um político que defende a aplicação do direito penal usual, e o da massa, que consegue discriminar o inimigo dos demais indivíduos e que acaba fomentando a ideia de genocídio, retribuindo aos inimigos, a mesma violência que eles mesmos usam, sem qualquer consideração aos direitos humanos, como se eles não fossem dignos de um tratamento que deveria de ser dado a uma pessoa. Os inimigos não são vistos como indivíduo. São vistos apenas como o mal, a escória da sociedade, o que é uma ideia completamente oposta ao princípio do Estado de direito.

Sobre este aspecto, Zaffaroni ainda afirma que:

"Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é tirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso."⁵²

Com o passar dos anos, o cotidiano do cidadão foi modificando, o Estado começou a programar políticas, atualmente é muito mais comum cometermos um crime por um mero descuido, do que a anos atrás, exemplo disso são os crimes contra o fisco. É claro que muitas pessoas realmente realizam esses tipos de crime com dolo, mas, não seria impossível que alguém, por mero descuido, cometesse. A atenção deve estar voltada não ao crime cometido, pois não é possível reverter uma ação já cometida, mas sim em garantir que no futuro, o fato não se repita.

No que tange a essência do inimigo, Raul Zaffaroni se posiciona da seguinte maneira:

⁵¹ ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007. (Pensamento criminológico, 14). P. 38

⁵² ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007. (Pensamento criminológico, 14). P. 40

"[...] o inimigo não é qualquer sujeito infrator, mas sim o outro, o estrangeiro, e basta, em sua essência, que seja existencialmente, em um sentido particularmente intensivo, de alguma forma outro ou estrangeiro, de modo que, no caso extremo, seja possível ocorrer com ele conflitos que não podem ser decididos nem através de um sistema de normas pré-estabelecidas nem mediante a intervenção de um tertius descomprometido e, por isso, imparcial."⁵³

A ideia de inimigo começou a se desenvolver desde o Império Romano, mas sempre teve dificuldades para que fosse inserida no meio do direito penal. O fato é que hoje, muito comumente são aplicadas medidas protetivas aos indivíduos que de alguma forma, infringem o ordenamento jurídico penal, mas essa medida, por restringirem apenas alguns direitos da pessoa, não impede de que o indivíduo use de outros meios para conseguir infringir novamente a lei.

O poder punitivo teve sua origem desde as colonizações europeias, foi ele quem ajudou na organização, disseminação e fortalecimento do Estado. E, desde a sua origem os inimigos já eram conhecidos, talvez com outras nomenclaturas específicas das épocas, mas eles existiam, como as bruxas, estrangeiros, marginais etc. e eram neutralizados.

Levando em consideração as diferentes épocas e a atualidade, por mais que houvesse modelos diversos de exercer o poder punitivo, e de se diferenciar os amigos dos inimigos, sempre existiu o exercício e a diferenciação. Existem diversos graus de seletividade punitiva, que quanto mais uma sociedade se torna liberal, maior será a divisão interior, da massa, dos iguais e dos inimigos.

⁵³ ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007. (Pensamento criminológico, 14). P. 46

2. DO TERRORISMO

O presente capítulo irá tratar sobre o terrorismo, já que na modernidade é o principal inimigo da sociedade. Será analisado o seu conceitos, seu histórico, tratados internacionais que abordam o tema e a Lei 13.260 que passou a tipificar o terrorismo no nosso ordenamento jurídico.

2.1. CONCEITO HISTÓRICO DO TERRORISMO

O Terrorismo existe desde o começo do conflito armado⁵⁴, em seu conceito mais amplo, é o uso do medo como meio para atingir um resultado desejado, seja ideologicamente, politicamente ou estrategicamente.

Com o fim da Guerra Fria, o mundo pensou que estaria se estabelecendo uma nova era de estabilidade global. Porém, o atentado de 11 de setembro trouxe uma nova era: a GWOT – Global War On Terror⁵⁵, uma guerra mundial contra o terror. Não se tratava mais de uma guerra onde países enfrentavam outros países, e sim, nações enfrentavam organizações terroristas.

O terrorismo atual difere do terrorismo observado na história. Hoje o terrorismo é mais facilmente disseminado por conta da globalização. Um ataque pode ser comandado do outro lado do mundo tendo em vista a instantaneidade das comunicações e a agilidade no transporte de pessoas pelo mundo. As redes sociais também operam em favor na disseminação do terrorismo e do fanatismo por ele pregado, angariando cada vez mais pessoas para esse “inimigo invisível”. A divulgação através da mídia de vídeos/imagens violentas aumenta a sensação de insegurança e, segundo os agentes terroristas, ajuda na disseminação do ideal terrorista.

⁵⁴ EL, Jackson. Western Civilization: A Brief History. Cengage Learning, 01/01/2013, pg. 35.

⁵⁵ Disponível em: [<http://2001-2009.state.gov/s/ct/rls/wh/6947.htm>] Acesso em de agosto de 2016

É evidente que atualmente o termo terrorismo passou a ser associado naturalmente as forças islâmicas.

No começo do século XXI, as operações militares dos Estados Unidos da América junto a forças aliadas no Afeganistão, Iraque, Paquistão e outros países começaram a combater o crescimento de facções como o Talibã e a al-Qaeda gerando várias guerras no oriente tendo o seu ápice no fatídico ataque de 11 de setembro de 2001.

Anos após, a partir de 2010, o mundo passou a testemunhar uma série de mudanças sociopolíticas em alguns países do Oriente Médio e do Magreb. Em alguns países, como por exemplo, na Tunísia e no Egito, regimes autoritários estabelecidos há décadas começaram a ser atacados pela oposição e logo derrubados. Já em outros, como Síria e Líbia, a oposição resultou em diversos conflitos radicais e violentos. Era o começo da denominada “Primavera Árabe”.

O mundo voltou suas atenções às potências ocidentais com o receio de que a fragilidade da região, dada ao momento político, facilitasse a ascensão de grupos extremistas⁵⁶.

Com a criação do Estado Islâmico (ISIS)⁵⁷, o temor de uma possível ameaça, foi se tornando real. A organização terrorista em ascensão, hoje ocupa grande parte territorial do Iraque e da Síria, suas principais reivindicações são autonomia política e religiosa sobre o mundo islâmico. O ISIS adquiriu repulsa mundial através da transmissão de execuções⁵⁸ de inimigos políticos, reféns, inocentes, bem como a perseguição violenta de minorias da região.

⁵⁶ Disponível em: [<http://www.dailynewsegypt.com/2014/02/14/terror-attacks-spike-arab-spring-countries-2013/>] - acesso em agosto de 2016

⁵⁷ Disponível em: [<http://www.defesanet.com.br/crise/noticia/19577/EI-%E2%80%93-Estado-Islamico--Surgimento-e-Evolucao/>] acesso em agosto de 2016

⁵⁸ Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150601_estado_islamico_tortura_adolescente_vida_o_rb] acesso em agosto de 2016

Hoje, a melhor forma de combater o terrorismo é mediante a cooperação internacional. A partir de 2001, a maneira de lidar com o terrorismo ganhou maior institucionalidade e repressão, principalmente com tratados internacionais⁵⁹.

No Brasil, nunca houve uma preocupação sobre esse tema, apesar de a nossa Constituição Federal de 1988 repudiar o terrorismo, há previsão legal para a tipificação do crime na carta magna, porém, o Brasil demorou mais de 20 anos para cumprir tal previsão. Provavelmente, tal mora dá-se ao fato que o Brasil sempre se posicionou de forma pacífica em suas relações internacionais, fazendo que o terrorismo não fosse tratado como uma ameaça para nós. Essa linha de raciocínio pode ser analisada por dois aspectos: um objetivo e um subjetivo.

Através do aspecto objetivo, podemos observar o Brasil no seu papel da política internacional - se analisarmos os últimos 50 anos, chegaremos à conclusão que nosso país não está envolvido diretamente com guerras, nossas forças armadas trabalham apenas em missões de paz⁶⁰, logo não seríamos um alvo em potencial de atentados terroristas. Nosso posicionamento é totalmente contra a agressão armada e buscamos sempre uma solução pacífica para os conflitos. Tão somente o fato de não estarmos envolvidos em qualquer conflito armado, só corrobora a nossa posição pacífica. Assim, dentro dessa linha de raciocínio, podemos descartar o país como possível alvo de ataques terroristas.

No viés subjetivo, levaremos em consideração a parte interna da questão, tanto pelas autoridades responsáveis pela segurança quanto pela população via o terrorismo como algo muito distante da nossa realidade. Porém, em julho desse ano a ameaça começou a tomar forma real, quando pouco antes do início das olimpíadas a polícia federal, durante a Operação Hashtag, prendeu um grupo de simpatizantes terroristas suspeitos de planejar um ataque⁶¹ no Rio de Janeiro.

⁵⁹ Disponível em: [<https://www.unric.org/html/portuguese/peace/terrorismo/20010927terror.pdf>] acesso em agosto de 2016

⁶⁰ Disponível em: [<http://www.eb.mil.br/missoes-de-paz>] acesso em agosto de 2016

⁶¹ Disponível em: [<http://veja.abril.com.br/brasil/pf-prende-grupo-que-preparava-atos-de-terrorismo-no-brasil-diz-fonte-do-ministerio-da-justica/>] Acesso em agosto de 2016

Nos últimos anos é perceptível a mudança de relevância do nosso país. Em menos de uma década, fomos palcos de importantes eventos de repercussão mundial. Fomos sede em 2012 do Rio+20. Em 2013, sediamos a Copa das Confederações e também fomos anfitriões da Jornada Mundial da Juventude. Em 2014, a Copa do Mundo. Por fim, em 2016, ano que redijo esta monografia fomos palco das Olimpíadas e Paraolimpíadas no Rio.

Se antes não havia certa preocupação, mediante a posição que o Brasil se encontra e com o crescimento de simpatizantes do EI, a tipificação do crime de terrorismo nunca se fez tão necessária.

2.2 PREVISÕES ANTERIORES À TIPIFICAÇÃO DO TERRORISMO

Apesar de hoje já existir uma lei que tipifica o terrorismo, por muito tempo vivemos às escuras, neste capítulo serão abordados os tratados que o Brasil é signatário e como chegamos à atual lei que tipifica o terrorismo.

A Carta Magna faz duas referências sobre o tema. Em um primeiro momento, no artigo 4º, VIII:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;⁶²

Como já exposto no trabalho, o Brasil é um país que se posiciona pacificamente em suas relações internacionais, acerca do terrorismo e do repúdio ao mesmo expresso na constituição, o STF já se posicionou:

“O repúdio ao terrorismo: um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil, quer em face de sua própria Constituição, quer perante a comunidade internacional. Os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente CF, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tornando-o inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado e reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art. 5º, XLIII). A CF, presentes tais vetores interpretativos (CF, art. 4º, VIII, e art. 5º, XLIII), não autoriza que se outorgue, às práticas delituosas de caráter terrorista, o mesmo tratamento benigno dispensado ao autor de crimes

⁶² Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm] acesso em julho de 2016

políticos ou de opinião, impedindo, desse modo, que se venha a estabelecer, em torno do terrorista, um inadmissível círculo de proteção que o faça imune ao poder extraducional do Estado brasileiro, notadamente se se tiver em consideração a relevantíssima circunstância de que a Assembleia Nacional Constituinte formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista, a estes não reconhecendo a dignidade de que muitas vezes se acha impregnada a prática da criminalidade política.
[Ext 855, rel. min. Celso de Mello, j. 26-8-2004, P, DJ de 1º-7-2005.]⁶³

Em um segundo momento, a Carta Magna faz referência ao terrorismo novamente em seu artigo 5ºXLIII:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (Regulamento)”⁶⁴

Ainda que o constituinte tenha estabelecido a gravidade da conduta terrorista equiparando-o aos crimes hediondos e a tortura, podemos observar que o constituinte preferiu deixar a tarefa de tipificar o terrorismo ao legislador. Por remissão a Lei Maior, somos levados à Lei nº 8.072/90 (redação definida pela Lei nº 11.464/07), o qual art. 2º de fato inclui o terrorismo no rol de crimes hediondos, tornando o regime do cumprimento de pena mais grave, por exemplo.

No âmbito infraconstitucional, daremos ênfase a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83)⁶⁵, que especifica crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social. O art. 20 desse diploma legal faz uma breve referência aos “atos de terrorismo”, entre outras ações consideradas subversivas e motivadas por oposição política.

⁶³ Disponível em: [<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>] Acesso em agosto de 2016

⁶⁴ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm] Acesso em agosto de 2016.

⁶⁵ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm] Acesso em agosto de 2016

O Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80)⁶⁶, - mesmo não sendo uma lei penal- afirma em seu art. 77 § 3º que:

“Art. 77. Não se concederá a extradição quando: (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

§ 3º O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.”⁶⁷

De tal forma, antes da tipificação da Lei nº 13.260, ficaria a critério do STF a faculdade de “deixar de considerar crimes políticos”, e ainda, atos terroristas.

Na mesma linha de raciocínio sobre o terrorismo no direito internacional contemporâneo, tem-se evitado a concessão de asilo para terroristas, sendo possível sua expulsão, extradição ou deportação do território pátrio⁶⁸. Tal afirmação está positivada no art. 3º, III, da Lei nº 9.474/97⁶⁹:

“Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:
III - tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas;”⁷⁰

Como mencionado previamente, não existe ainda um tratado específico de combate ao terrorismo, mas, uma série de convenções e pactos versam sobre questões específicas como, por exemplo: uso de artefatos nucleares, sequestro de aeronaves e principalmente meio de cooperações relativos a persecução penal de entidades que financiam o terror.

O Brasil participa de dezenas de pactos antiterror, dentre eles:

“1963 Convention on Offences and Certain Other Acts Committed On Board Aircraft (Aircraft Convention) ou Convenção relativa às infrações e a certos outros atos cometidos a bordo de aeronaves,

⁶⁶ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm] Acesso em 12 de agosto de 2016

⁶⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm Acesso em 12 de agosto de 2016

⁶⁸ CUNHA, Ciro Leal Martins da. Terrorismo internacional e política externa brasileira após o 11 de setembro – Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009..Pg. 50.

⁶⁹ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm] Acesso em: agosto de 2016.

⁷⁰ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm] Acesso em: agosto de 2016

assinada em Tóquio em 1963 e promulgada pelo Decreto 66.520/1970.⁷¹

1970 Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (Unlawful Seizure Convention) ou Convenção para a Repressão ao Aposseamento Ilícito de Aeronaves, assinada em Montreal em 16 de dezembro 1970 e promulgada pelo Decreto 70.201/1972.⁷²

1971 Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation (Civil Aviation Convention) ou Convenção para a Repressão aos Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, feita em Montreal, em 23 de setembro de 1971 e promulgada pelo Decreto 72.383/1973.⁷³

1973 Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons (Diplomatic Agents Convention) ou Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, inclusive Agentes Diplomáticos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York, em 14 de dezembro de 1973 e promulgada pelo Decreto 3.167/1999.⁷⁴

1979 International Convention against the Taking of Hostages (Hostages Convention) ou Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 17 de dezembro de 1979, em Nova York e promulgada pelo Decreto 3.517/2000.⁷⁵

1980 Convention on the Physical Protection of Nuclear Material (Nuclear Materials Convention) ou Convenção sobre a Proteção Física do Material Nuclear, adotada em Viena em 3 de março de 1980 e promulgada pelo Decreto 95/1991.⁷⁶

1988 Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation, supplementary to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation (Extends and supplements the Montreal Convention on Air Safety) (Airport Protocol) ou Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência nos Aeroportos que Prestem Serviço à Aviação Civil Internacional, complementar à Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, concluído em Montreal, em 24 de fevereiro de 1988 e promulgado pelo Decreto 2.611/1998.⁷⁷

1988 Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (Maritime Convention or SUA Convention) ou Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a

⁷¹

Disponível

em:

[http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=66520&tipo_norma=DEC&data=19700430&link=s] Acesso em: agosto de 2016

⁷² Disponível em: [<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-70201-24-fevereiro-1972-418691-publicacaooriginal-1-pe.html>] Acesso em: agosto de 2016.

⁷³ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D72383.htm] Acesso em: agosto de 2016.

⁷⁴ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3167.htm] Acesso em: agosto de 2016.

⁷⁵ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3517.htm] Acesso em: agosto de 2016.

⁷⁶ Disponível em: [<https://www.iaea.org/publications/documents/conventions/convention-physical-protection-nuclear-material>] Acesso em: agosto de 2016.

⁷⁷ Disponível em: [http://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/Commonwealth_Chapter_5.pdf] Acesso em agosto de 2016.

Segurança da Navegação Marítima, feita em Roma, em 10 de março de 1988 e promulgada pelo Decreto 6.136/2007.⁷⁸

2005 Protocol to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation, concluído em Londres em 2005 e ainda não ratificado.⁷⁹

9. 1988 Protocol for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf (Fixed Platform Protocol) ou Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança de Plataformas Fixas localizadas na Plataforma Continental, feito em Roma em 10 de março de 1988, e promulgado pelo Decreto 6.136/2007.⁸⁰

2005 Protocol to the Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf, concluído em Londres em 2005 e ainda não ratificado.⁸¹

1991 Convention on the Marking of Plastic Explosives for the Purpose of Detection (Plastic Explosives Convention) ou Convenção sobre a Marcação de Explosivos Plásticos para Fins de Detecção, concluída em Montreal em 1991 e promulgada pelo Decreto 4.021/2001.⁸²

1997 International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings (Terrorist Bombing Convention) ou Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 15 de dezembro de 1997, em Nova York e promulgada pelo Decreto 4.394/2002.⁸³

1999 International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (Terrorist Financing Convention), ou Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, concluída em Nova York em 1999 e promulgada pelo Decreto 5.640/2005.⁸⁴

1971 Interamerican Convention to Prevent and Punish the Acts of Terrorism Taking the Form of Crimes Against Persons and Related Extortion that are of International Significance, ou Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional, Washington, 1971 (Decreto 3.018/1999)⁸⁵

2005 International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism (Nuclear Terrorism Convention), ou Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear, concluída em Nova York em 2005 e aprovada pelo Decreto Legislativo 267/2009 e ainda não ratificada.⁸⁶

⁷⁸ Disponível em: [<http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv8.pdf>] Acesso em agosto de 2016.

⁷⁹ Disponível em: [<http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/SUA-Treaties.aspx>] Acesso em 2016.

⁸⁰ Disponível em: [<http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv9.pdf>] Acesso em 2016.

⁸¹ Disponível em: [<https://www.unodc.org/tldb/pdf/Protocol%20Fixed%20Platforms%20EN.pdf>] Acesso em 2016.

⁸² Disponível em: [<http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv10.pdf>] Acesso em 2016.

⁸³ Disponível em: [<http://www.un.org/law/cod/terroris.htm>] Acesso em 2016.

⁸⁴ Disponível em: [<http://www.un.org/law/cod/finterr.htm>] Acesso em 2016.

⁸⁵ Disponível em:

[https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Int_Instruments_Prevention_and_Suppression_Int_Terrorism/Publication_-_English_-_08-25503_text.pdf] Acesso em: agosto de 2016.

⁸⁶ Disponível em: [<http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv13.pdf>] Acesso em: agosto de 2016.

2010 Convention on the Suppression of Unlawful Acts Relating to International Civil Aviation (New civil aviation convention), assinada em Pequim em 2010 e ainda não ratificada.⁸⁷
Arms Trade Treaty (ATT), Tratado sobre o Comércio de Armas, concluído em Nova York em 2013.⁸⁸
Convenção Interamericana contra o Terrorismo (Convenção de Barbados), concluída em Barbados em 2002 e promulgada pelo Decreto 5.639/2005.⁸⁹

Tendo exposto as previsões anteriores à tipificação do crime de terrorismo, iremos ao próximo tópico, fazer uma análise da Lei nº 13.260, desde a sua tipificação até sua promulgação.

2.3 LEI Nº 13.260, DE 16 DE MARÇO DE 2016 “LEI ANTITERRORISMO”.

O projeto de Lei nº 2.016, do ano de 2015, tendo autoria do Poder Executivo, que foi apresentado em caráter de urgência à Câmara dos Deputados com o objetivo de alterar a Lei nº 12.850 (que define organização criminosa e delibera sobre a investigação criminal) e a Lei nº 10.446 (que trata sobre infrações penais que tenham repercussão interestadual ou internacional as quais exigem repressão uniforme), a fim de dispor sobre organizações terroristas.

Após algumas modificações, em 25 de fevereiro de 2016, a Lei nº 13.260 seguiu para sanção presidencial, que foi dada em 15 de março de 2016 e a Lei foi publicada em 16 de março de 2016.

A presente lei possui diversos pontos controvertidos como, por exemplo, a sua forma de tramitação: de um lado a urgência e de outro a conjuntura política e social.

Vivemos em um momento de tensão histórica, onde a intolerância cresce a cada dia, devida as disputas ideológicas e também pela ocorrência de atos violentos no mundo. O Brasil fora advertido diversas vezes pela comunidade internacional a endurecer sua legislação antiterror e até teve o seu nome inserido em uma “lista suja” no final de 2015 no decurso de uma sessão plenária do GAFI - Grupo de Ação

⁸⁷ Disponível em: [https://www.unodc.org/tldb/en/2010_convention_civil_aviation.html] Acesso em: agosto de 2016.

⁸⁸ Disponível em: [<https://www.un.org/disarmament/convarms/att/>] Acesso em: agosto de 2016.

Financeira Internacional, que é uma organização intergovernamental ligada ao G-8. Em 2012, o GAFI editou as 40 recomendações⁹⁰, uma delas específica quanto a criminalização do terrorismo:

“Recomendação nº 5:

Crime de financiamento do terrorismo. **Os países deveriam criminalizar o financiamento do terrorismo** com base na Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, e criminalizar não apenas o financiamento de atos terroristas, mas também o financiamento de organizações terroristas e terroristas individuais, mesmo na ausência de relação com um ato ou atos terroristas específicos. Os países deveriam garantir que tais crimes sejam considerados crimes antecedentes da lavagem de dinheiro.”⁹¹

A tramitação em caráter urgente da Lei impediu que o tema fosse discutido de maneira detalhada e que houvesse contribuição social ampla. A problemática desse apuro legislativo se dá devida a complexidade do tema terrorismo e, da dificuldade em conceitua-lo juridicamente e combater-lo. Há também de se reconhecer a ameaça de que, ao combater o terrorismo podemos restringir alguns dos direitos fundamentais como de manifestação ou reunião.

A complexidade de tipificar o terrorismo é uma problemática internacionalmente reconhecida, tendo em risco que a criminalização se resuma apenas no aumento das penas e na relativização das garantias processo penal:

“Uma das primeiras dificuldades que surge na hora de definir ‘terrorismo’ decorre da característica eminentemente subjetiva do terror. Tendo como propósito ‘destruir a moral de uma nação ou de uma classe, socavar sua solidariedade’ (Walzer, 2001, p. 269), o terrorismo é uma forma de violência cuja realização se objetiva no âmbito psicológico do indivíduo. Seu efeito é uma disposição psicológica e, portanto, íntima: o terror. Essa natureza subjetiva, para Wilkinson (1977, p. 43), constitui precisamente um dos problemas fundamentais que se apresenta na hora de tentar defini-lo. O medo é um fenômeno subjetivo e não há como determinar objetivamente um umbral crítico único para o terror, que dependerá de fatores tão variáveis como os pessoais, os funcionais e os culturais. Mas o problema no caminho de uma definição convincente de terrorismo é que essa incerteza é precisamente o objetivo estratégico dessa peculiar forma de violência, como adverte Reinares (1998, p. 16).”⁹²

⁹⁰ Disponível em:

[<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf>]. Acesso em: agosto de 2016

⁹¹ Disponível em:

[<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf>] Acesso em: agosto de 2016

⁹² SAINT-PIERRE, Héctor Luis. 11 de setembro: do terror à injustificada arbitrariedade e o terrorismo de Estado. Revista de Sociologia e Política. v. 23, n. 53, p. 14, mar. 2015. In: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v23n53/0104-4478-rsocp-23-53-0009.pdf>

O terrorismo, em sua grande parte de conceitos existentes, é definido como tática utilizada para alcançar um objetivo por meio do medo. Esses objetivos podem ser de cunho político, social ou religioso. Por não haver um conceito uno, é evidente que as ações violentas tendem a se confundir, tornando-se um conceito amplo. Cabe salientar que nem todo ato violento é um ato terrorista.

A redação final da Lei nº 13.260 define o terrorismo da seguinte maneira:

“Art. 2º O terrorismo consiste na 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.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II - incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado; (VETADO)

III - interferir, sabotar ou danificar sistemas de informática ou bancos de dados; (VETADO)

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V – atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

§ 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.”⁹³

Através do dispositivo transcrito, observamos que a caracterização do crime de terrorismo e a exclusão de ilicitude presume o preenchimento de requisitos que se torna mais difícil enquadramento de algumas situações a norma.

Quanto ao enquadramento no crime de terrorismo, faz-se necessária a prática dos atos expressamente listados na Lei; a motivação deverá ser em razão de xenofobia, discriminação ou preconceito da raça, cor etnia e religião; a finalidade da

⁹³ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm] Acesso em: agosto de 2016.

ação deve ser exclusivamente de provocar o terror social ou generalizado; e, o deverá ter o resultado concreto de expor perigo a pessoa, patrimônio, paz pública ou incolumidade pública.

Já nas excludentes de ilicitude estão relacionadas a manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou categoria profissional; motivação relativa a propósitos sociais ou reivindicatórios; deverá de haver o objetivo de contestar, criticar, protestar ou apoiar; e finalidade exclusiva de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais.

Ainda, diversos dos requisitos destacados estão descritos de maneira ampla, trazendo a discricionariedade dos aplicadores do direito, gerando conseqüentemente a insegurança jurídica sobre a matéria. As diversas lacunas da Lei farão com que delegados, promotores e magistrados possam determinar subjetivamente o que se trata de “movimento social” ou não; quais atos tem por fim “propósitos sociais ou reivindicatórios” e outros.

O notável penalista Damásio E. de Jesus descreve a tipificação penal e importância da definição objetiva:

“A lei penal, ao descrever o delito, deve restringir-se a uma definição meramente objetiva, precisa e pormenorizada, no sentido de ficarem bem delineados o direito de punir abstrato e o jus libertatis a ele concernente. Se a tipicidade constitui uma garantia liberal, relevante é o papel da descrição das condutas puníveis para que os cidadãos saibam quais ações que podem praticar sem sujeição a preceitos sancionadores. O homicídio é o melhor exemplo de descrição típica simples e correta: ‘Matar alguém’. Nela não se encontra qualquer elemento atinente à antijuridicidade. O tipo só descreve os elementos objetivos, materiais, da conduta.”⁹⁴

A Lei estudada ainda prevê em seu art. 5º, punição severa a atos tão somente preparatórios, assim, altera os limites do Direito Penal, desrespeitando os princípios da lesividade e da intervenção mínima⁹⁵. No ordenamento jurídico brasileiro, não há outras previsões para crimes preparatórios para crimes de lesão corporal grave ou homicídio, por exemplo.

⁹⁴ JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal. Parte Geral. 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 275.

⁹⁵ MARONES, Sandro Loureiro. Atos preparatórios e executórios na tentativa: teorias, limites e diferenças. In: http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/ATOS_PREP_EXEC.pdf

Por fim, é importante ressaltar que normas internacionais determinam que a normatização do terrorismo deve ser feita de maneira responsável, e que devem ser protegidos os direitos e liberdades fundamentais:

“a) **Convenção Interamericana contra o Terrorismo (Decreto nº 5.639/2005)**⁹⁶:

“Artigo 15

Direitos humanos

1. **As medidas adotadas pelos Estados Partes em decorrência desta Convenção serão levadas a cabo com pleno respeito ao Estado de Direito, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.**

2. **Nada do disposto nesta Convenção será interpretado no sentido de desconsiderar outros direitos e obrigações dos Estados e das pessoas**, nos termos do direito internacional, em particular a Carta das Nações Unidas, a Carta da Organização dos Estados Americanos, o direito internacional humanitário, o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional dos refugiados.”

b) **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (Decreto nº 592/1992)**⁷:

“Artigo 19

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.”

“Artigo 25

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;”⁹⁶

Assim, fica evidente que muito além da tipificação do terrorismo, é necessária a preservação dos direitos fundamentais, assegurados na Constituição Federal.

⁹⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5639.htm Acesso em 13 de agosto de 2016

3. INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE TERRORISMO

Este capítulo terá por fim analisar a Lei 13.260 de 2016 frente ao Direito Penal do Inimigo através de comentários a alguns artigos da lei, bem como observar se há violação aos preceitos fundamentais estabelecidos pela Carta Magna de 1988.

O Brasil na última década foi palco de grandes eventos mundiais como Copa das confederações, Copa do Mundo, Olimpíadas e outros eventos. Movido pelo momento político atual no nosso país, as manifestações populares e também a sequência de ataques terroristas ocorridos em todo o mundo, coube ao legislador tipificar sobre esse tema.

A Constituição de 1988 já previa a responsabilidade do legislador em tecer essa tipificação. O surgimento da Lei nº 13.260/1016 em meio à eminência de um grande evento no Brasil, as olimpíadas, deixa evidente a urgência que o legislador teve para tipificar o terrorismo. Em contrapartida, vivemos um período de manifestações políticas, o legislador teve de ser cauteloso para que atos quando praticados 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.”⁹⁷

Ainda, ao final do dispositivo legal o legislador aduz que “sem prejuízo da tipificação penal contida em lei” deixando positivado que manifestações pacíficas não podem e nem devem ser tipificadas penalmente como terrorismo.

O mencionado dispositivo irá ajudar na tarefa de delimitar o bem jurídico a ser tutelado. Segundo Roxin, bem jurídico seria:

⁹⁷ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm] Acesso em: setembro de 2016.

“circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o livre desenvolvimento do indivíduo, a realização de seus direitos fundamentais e para o funcionamento do próprio sistema.”⁹⁸

É inegável a importância de uma tipificação para o crime de terrorismo na atualidade, porém, a Lei recentemente aprovada traz a tona diversas violações aos princípios e garantias fundamentais, importando modelos do Direito Penal do Inimigo, o que é constitucionalmente incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo 2º da Lei nº 13.260 positiva que:

“Art. 2º. O terrorismo consiste na 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”⁹⁹.

No presente artigo, podemos observar de forma clara que estamos diante de um tipo explicativo e não de um tipo penal. A Lei não diz o que seria um “terror social ou generalizado” o que é um grande problema.

Os termos utilizados na legislação em questão, muito se assemelham a teoria defendida por Günther Jakobs principalmente em razão do artigo 5º que pune aquele que “realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de realizar tal delito”¹⁰⁰, trazendo à tona uma política criminal de urgência com uma preocupação prioritária às atividades do Estado e não a dignidade da pessoa humana.

No mesmo artigo, em seu parágrafo 2º é definido que:

§ 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

⁹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Tomo I. 2ª.ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 59.

⁹⁹ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm] Acesso em: setembro de 2016.

¹⁰⁰ JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 6 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2012. p.36.

ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.¹⁰¹

Tal parágrafo possui natureza jurídica de atipicidade formal, uma vez que a própria norma exclui a sua incidência. É uma causa de exclusão da tipicidade.

O legislador usou em diversos momentos da lei o termo “terror social” que possui um significado muito vasto e impreciso o que é contra a teoria constitucional do delito, bem como deixou indeterminado o bem jurídico que se pretendia proteger, especialmente por ter criado um crime de perigo para que pudesse ser abstrato.

Ao analisar a lei, percebemos que a colocação do legislador muito se assemelha com a teoria funcional sistêmica proposta por Jakobs¹⁰², especialmente quando analisamos o artigo 5º (caput) da referida lei:

“Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.”¹⁰³

Tal artigo deixa evidente a natureza emergencial da norma, com cerne na proteção ao sistema, dando maior atenção à proteção das atividades funcionais do Estado do que à dignidade humana. Neste sentido, intensifica a aplicação do Direito Penal do inimigo punindo condutas que não apontam ao um bem jurídico de fato mas sim a mera possibilidade de um fato delituoso acontecer, tornando o direito penal como “instrumento de estabilização social”¹⁰⁴, criando assim um subsistema

¹⁰¹ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm] Acesso em: setembro de 2016.

¹⁰² JAKOBS, Gunther. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. 6 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2012. p.36.

¹⁰³ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm] Acesso em: setembro de 2016.

¹⁰⁴ HABBIB, Gabriel . LEIS ESPECIAIS PARA CONCURSOS - V.12 - LEIS PENAS ESPECIAIS - VOLUME ÚNICO. [S.I.]:JUSPODIVM, 2016. 864 p.

penal para que possa ser alcançada a confiança institucional por parte da população.

O objetivo não é preservar os bens jurídicos e sim garantir que a norma seja uma ferramenta de prevenção e integração social, trazendo a sensação de segurança aos indivíduos.

O artigo 5º pode ser considerado inconstitucional, vez que puni os atos preparatórios, tratando de uma descrição imprecisa e vaga, violando os princípios do direito penal. É o caso da antecipação de tutela penal, outra característica do direito penal do inimigo. O legislador teve o intuito de neutralizar o agente a fim de impedi-lo de praticar outros crimes. Destarte, é impossível a responsabilização de atos preparatórios¹⁰⁵.

“Art. 6º Receber, prover, oferecer, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos nesta Lei”¹⁰⁶

Tal dispositivo também seria inconstitucional, visto que possui a pretensão de punir antes mesmo de o agente cogitar executar o crime. Esta medida fere o princípio da presunção de inocência, uma vez que o sujeito só se tornará culpado a partir do momento executar a ação. A determinação legal apresentada no artigo 6º pode acarretar em condenações equivocadas, onde inocentes poderão ser punidos por algo que se quer fizeram.

Em sua obra, Jakobs explicita a necessidade de esgotar as possibilidades para a execução do crime:

“Talvez seja uma negligência legislativa no caso da punição da preparação do crime em geral – na prática, as margens penais disponíveis não estão esgotadas -, no caso da punição da formação de uma organização criminosa ou mesmo terrorista, tem um método: não obstante, neste caso, os fatos planejados tenham podido ficar mais ou menos vagos, ou seja, embora a perturbação da segurança pública somente possa ser distinguida de forma relativamente difusa, fazem-se necessárias cominações penais

¹⁰⁵ HABBIB, Gabriel . LEIS ESPECIAIS PARA CONCURSOS - V.12 - LEIS PENAS ESPECIAIS - VOLUME ÚNICO. [S.I.]:JUSPODIVM, 2016. 864 p.

¹⁰⁶ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm] Acesso em: setembro de 2016.

mais severas, para evitar ações mais agressivas, pois somente o Direito Penal”¹⁰⁷

O que confirma, mais uma vez, a influência do Direito penal do Inimigo na elaboração da Lei Antiterrorismo.

O artigo 10 da Lei nº 13.260, traz um erro gravíssimo em sua elaboração:

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.

O artigo 15 do Código Penal traz a possibilidade da desistência voluntária e do arrependimento eficaz mas para isso, é necessário que a execução já tenha sido iniciada bem como os atos executórios. O artigo subscrito acima traz a expressão “mesmo antes de iniciada”, de tal forma, não há como aplicar o artigo 15 do Código Penal, sem ao menos ter ocorrido os atos executórios.

Por fim, devemos analisar o artigo 12 da Lei nº 13.260/2016:

“Art. 12. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes de crime previsto nesta Lei, poderá decretar, no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existente em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei.”¹⁰⁸

Tal artigo claramente autoriza que o juiz atue de ofício, podendo decretar medidas cautelares na fase de investigação criminal, violando assim o sistema acusatório defendido na Constituição Federal. Tal medida já foi tema de julgamento e reprovada pela Suprema Corte no julgamento da ADI 1570:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. **INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01.

¹⁰⁷ JAKOBS, Gunther. Direito penal do inimigo, noções e críticas. Ed. 6ª. Editora Livraria do Advogado. 2015. P.77

¹⁰⁸ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm] Acesso em: setembro de 2016.

Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4o). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.

(STF - ADI: 1570 DF, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 12/02/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-00192-03 PP-00838)¹⁰⁹

O mesmo artigo em seu §4º dispõe que:

“Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal *antecedente* ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.”¹¹⁰

Neste parágrafo, o legislador não quer tão somente prever o futuro, como também criar um processo penal onipresente, uma vez que caso o indivíduo cometa uma das infrações tipificadas na Lei Antiterrorista, e, durante a persecução penal haja indícios de algum crime anterior como, por exemplo, lavagem de dinheiro o juiz poderá de ofício decretar medidas assecuratórias como arresto, sequestro e outras por um crime antecedente que talvez nem tenha sido iniciado. Tal possibilidade afronta de forma grave o princípio do juiz natural.

Por fim, diante de tudo que fora analisado, podemos concluir que a Lei nº 13.260/2016 claramente traz consigo resquícios do Direito Penal do Inimigo, suprimindo garantias processuais asseguradas a todos os indivíduos pela Constituição Federal de 1988, os inimigos e aqueles que fossem considerados na iminência de se tornarem inimigos, não teriam tais direitos. Tais motivos também nos mostram que a lei em sua maioria é inconstitucional, fazendo necessária uma reforma drástica.

¹⁰⁹ Disponível em: [<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769462/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1570-df>] Acesso em setembro de 2016]

¹¹⁰ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm] Acesso em: setembro de 2016.

CONCLUSÃO

Primeiramente, o presente trabalho tratou sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo proposta por Günther Jakobs de forma crítica, principalmente ao analisar tal teoria frente a Lei nº 13.260/2016 – “Lei Antiterrorismo”.

A teoria proposta por Jakobs comina na divisão do Direito Penal comum e o Direito Penal do Inimigo.

O capítulo inicial abordou a teoria do Direito Penal do Inimigo de maneira crítica. O mesmo teve como base de sua teoria o contrato social de Hobbes, Russeal e Kant. Justifica o seu embasamento que o inimigo foi criado diante do contexto do contrato social. Assim, conceitua o inimigo e disciplina como o mesmo deve ser tratado. Traz um Direito Penal para o Inimigo divergente do Direito Penal comum, empregado para os demais cidadãos.

De tal forma, o autor traz para o estudo a necessidade da separação do Direito Penal em dois tipos diversos. O primeiro seria para o cidadão que teria direito a um devido processo legal e todas as suas garantias asseguradas, o segundo seria para o inimigo ou para o indivíduo considerado propício a se tornar inimigo que não teria qualquer garantia de processo e que deveria ser afastado imediatamente do convívio social.

Para Günter Jakobs, o inimigo está propício a infringir as normas do Estado, não dá garantias de que deverão ser respeitadas. A teoria apresenta soluções para a prevenção de riscos, não punindo apenas o crime mas também a possibilidade de ocorrer o crime.

Cancio Melia, Zaffaroni e alguns outros autores fazem algumas críticas à teoria. Primeiramente, se preocupando com a figura do inimigo, questionando o modo qual Jakobs utilizava para defini-lo bem como seu contexto histórico.

A partir das críticas fica claro perceber que o conceito de inimigo varia historicamente, dificultando a criação de um conceito sólido para o inimigo, vez que para conceitua-lo é necessário levar em consideração diversas variantes.

Frente ao que fora analisado, podemos concluir que a sociedade sempre terá um inimigo, o que torna o Estado de certa forma arbitrário.

Neste sentido, observamos que a tese e até mesmo as soluções apresentadas por Jakobs colocam em risco garantias fundamentais dos indivíduos, o que já deveria afastar qualquer resquício da tese de Jakobs ao nosso ordenamento jurídico.

A forma de prevenção também é bastante criticada, pois não há como prever que um indivíduo acarretará riscos a sociedade. De tal forma, são aplicadas medidas de segurança por mera intuição. É privada a liberdade de um sujeito por fatos que podem ou não acontecer.

Assim, percebe-se que a diferenciação de cidadão e inimigo encontra-se em uma linha tênue, ocorrendo o risco de definir como inimigo aquele que é cidadão. Uma vez que não havendo um critério objetivo, torna o conceito subjetivo.

A teoria ora estudada está em choque com princípios básicos do Estado de Direito, essencialmente por infringir garantias do contrato social. Assim, confluí-se que ao aceitar o Direito Penal do Inimigo, estaríamos também permitindo um Estado arbitrário.

No segundo capítulo da monografia, foi abordado o conceito de terrorismo levando em consideração aspectos históricos. Dando maior enfoque no terrorismo contemporâneo, que teve como ápice o 11 de setembro de 2001, fazendo com que o terrorismo ganhasse repercussão e preocupação mundial. A partir desse momento, nações começariam a combater organizações terroristas.

No mesmo capítulo foram analisadas legislações anteriores a tipificação do terrorismo e também foi feita uma análise a recente Lei nº 13.260/2016.

No terceiro capítulo foi feita uma análise da Lei Antiterrorismo frente ao Direito Penal do inimigo, e foi concluído que nesta lei é possível encontrar diversas influências da teoria de Jakobs. A lei claramente busca não somente punir o criminoso como também tende a punir aquele que talvez possa vir cometer o ato criminoso.

Por fim, não há como negar que o grande inimigo da sociedade, é o terrorista. De tal forma, faz-se realmente necessária a tipificação de tal crime no nosso ordenamento, porém, a lei deve ser melhor elaborada para que não infrinja princípios e garantias constitucionais para que também não venha a ser punido algum indivíduo por engano. A Lei estudada nesse trabalho foi elaborada e aprovada emergencialmente e por isso traz tantas lacunas em si.

Assim, concluo que deve ser levada em consideração não só a emergência da tipificação, mas também a figura do terrorista como um todo para que não seja levada em consideração apenas a periculosidade do terrorista a ponto de receber punições desumanas, sem direitos como contraditório e ampla defesa que ferem o Estado de Direito e também as bases constitucionais do nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONDE Apud JAKOBS, Günter, e MELIÁ, Cancio. Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas. Organização e tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CONDE, Francisco Muñoz. As origens Ideológicas do direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Penais – RBCCRIM, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 18, n 83, mar-abr/2010.

CUNHA, Ciro Leal Martins da. Terrorismo internacional e política externa brasileira após o 11 de setembro – Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009.

EL, Jackson. Western Civilization: A Brief History. Cengage Learning, 01/01/2013.

GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raul. Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRACIA MARTIN, Luis. O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. Traduzido por Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HABBIB, Gabriel . LEIS ESPECIAIS PARA CONCURSOS - V.12 - LEIS PENAIS ESPECIAIS - VOLUME ÚNICO. [S.I.]:JUSPODIVM, 2016.

JAKOBS, Gunther. Direito penal do inimigo, noções e críticas. Ed. 6ª. Editora Livraria do Advogado. 2015.

JAKOBS, Günter, e MELIÁ, Cancio. Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas. Organização e tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JAKOBS, Gunther. Ciência. Barueri. Manole Jurídico. 2003.

JAKOBS, Gunther. Direito Penal do inimigo? Uma análise acerca das condições da legalidade. P.42/43. In: Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro. Lúmen Juris, 2008.

JAKOBS, Gunther. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. 6 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2012

JAKOBS, Gunther. Criminalización em el estúdio previo a la lesión de um bien jurídico. Trad. De Enrique Peñaranda Ramos. Estudios de derecho penal. Madrid: Civitas.

JAKOBS, Gunther. Terroristas como Sujeitos de Direito? P. 59. In: Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008, Organização e Introdução de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal. Parte Geral. 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito penal do Inimigo: terceira velocidade. Curitiba. Juruá. 2009.

MORETI, José Alexandre. O direito penal do inimigo e sua aplicação diante da atual situação da segurança pública. Disponível em: [Intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/2155](http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/2155). Acesso em: 13 jun. 2016.

MARONES, Sandro Loureiro. Atos preparatórios e executórios na tentativa: teorias, limites e diferenças. In: http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/ATOS_PREP_EXEC.pdf

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 47, Papel. Mar/abr. 2004

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Tomo I . 2ª.ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2003

SAINT-PIERRE, Héctor Luis. 11 de setembro: do terror à injustificada arbitrariedade e o terrorismo de Estado. Revista de Sociologia e Política. v. 23, n. 53, p. 14, mar. 2015. In: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v23n53/0104-4478-rsocp-23-53-0009.pdf>

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SHIMITT, Carl. O conceito político/Teoria do Partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

VENANCIO, Ronaldo Cezar Possato. Direito Penal do inimigo no Brasil. Disponível em Jurisway. Acesso em: 09 junho. 2016

ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007. (Pensamento criminológico, 14).

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm] Acesso em: setembro de 2016.

<<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFL.pdf>> Acesso em: agosto de 2016.

<<https://www.un.org/disarmament/convarms/att/>> Acesso em: agosto de 2016.

<https://www.unodc.org/tldb/en/2010_convention_civil_aviation.html> Acesso em: agosto de 2016.

https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Int_Instruments_Prevention_and_Suppression_Int_Terrorism/Publication_-_English_-_08-25503_text.pdf
Acesso em: agosto de 2016.

<<http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv13.pdf>> Acesso em: agosto de 2016.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3517.htm> Acesso em: agosto de 2016.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3167.htm> Acesso em: agosto de 2016.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm> Acesso em: agosto de 2016

<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=66520&tipo_norma=DEC&data=19700430&link=s> Acesso em: agosto de 2016

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-70201-24-fevereiro-1972-418691-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: agosto de 2016.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D72383.htm> Acesso em: agosto de 2016.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm> Acesso em setembro de 2016.

<http://www.dailynewseggypt.com/2014/02/14/terror-attacks-spike-arab-spring-countries-2013/> Acesso em 20 de agosto de 2016.

<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150601_estado_islamico_tortura_adolescente_video_rb> Acesso em 22 de agosto de 2016.

<<https://www.unric.org/html/portuguese/peace/terrorismo/20010927terror.pdf>> Acesso em 14 de agosto de 2016.

<<http://www.eb.mil.br/missoes-de-paz>> Acesso em 22 de agosto de 2016.

<http://veja.abril.com.br/brasil/pf-prende-grupo-que-preparava-atos-de-terrorismo-no-brasil-diz-fonte-do-ministerio-da-justica/> > Acesso em 11 de agosto de 2016.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 20 de julho de 2016.

<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>> Acesso em 13 de agosto de 2016.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm> Acesso em 12 de agosto de 2016.