

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

RENATA ALMEIDA DA COSTA

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende; Caio Augusto Souza Lara; Renata Almeida Da Costa - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-436-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Tutela Penal. 4.

Exclusão Social. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, durante o XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Brasília-DF, de 19 a 21 de julho de 2017, sob o tema geral: “Desigualdades e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas”, em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, Universidade Católica de Brasília – UCB, Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo da compatibilidade da prática de aplicação da lei penal com o modelo de proteção constitucional do indivíduo ante a ação punitiva do Estado.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 14 (quatorze) artigos, ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo “TRÁFICO PRIVILEGIADO SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXOS NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA FEMININA”, os pesquisadores Felix Araujo Neto e Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti abordam o incremento da população de mulheres encarceradas e sua relação com o microtráfico de drogas. Alertam para a gravidade das sanções desproporcionais, sobretudo dada a participação de menor importância na atividade ilícita.

Com relação ao trabalho “MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E AÇÕES CRIMINAIS NA LEI MARIA DA PENHA: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO”, de Artenira da Silva e Silva Sauaia e Thiago Gomes Viana, verifica-se um importante estudo sobre a natureza jurídica das Medidas Protetivas de Urgência (MPUs) da Lei nº 11.340/2006. Os

autores buscaram evidenciar os aspectos positivos e negativos da conexão entre tais mecanismos, dissertaram sobre a natureza cível ou penal das MPUs e analisaram jurisprudência temática.

Com o tema “O CIBERESPAÇO E UMA NOVA SOCIEDADE DE RISCO: A REAL ADEQUAÇÃO DOS TIPOS PENAIIS TRADICIONAIS NO COMBATE À DELINQUÊNCIA VIRTUAL”, o pesquisador Deivid Lopes De Oliveira analisa o delineamento do ciberespaço e a sua caracterização como o novo modelo de sociedade de risco, a partir o referencial desenvolvido por Ulrich Beck. Investigou-se o surgimento dos novos bens jurídicos, a partir das interações neste ambiente informático, bem como a necessidade do reconhecimento destes bens no ordenamento jurídico.

Acácia Gardênia Santos Lelis e Katia Cristina Santos Lelis, por sua vez, na pesquisa denominada “O DESVELO DO MITO DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E DO FETICHE DE “JUSTIÇA” ATRAVÉS DO PARADIGMA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA”, estudam o método restaurativo juvenil como possibilidade de aplicação diferenciada e complementar da Justiça. Com tal propósito, buscaram conhecer as causas da criminalidade juvenil e as questões que norteiam a redução da maioria penal para apresentar a ideia do “fetiche de Justiça”, motivador da defesa da redução da maioria penal.

Buscando verificar o tratamento jurídico do terrorismo, Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak na investigação “MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O FENÔMENO DO TERRORISMO”, levantam as normativas internacionais sobre o terrorismo já endossadas pelo o país. Dissertam também sobre os pontos de tensão da Lei 13.260/2016, apresentando robustas críticas sobre a norma.

As professoras da Universidade Federal de Uberlândia Cândice Lisbôa Alves e Beatriz Corrêa Camargo, no artigo “A DESCRIMINALIZAÇÃO DA PRÁTICA DO ABORTO NO BRASIL: ANÁLISE HISTÓRICA DAS AÇÕES PROPOSTAS NO STF E PONDERAÇÃO SOB A PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL”, jogam luz num dos principais problemas sociais brasileiros. Analisaram a possibilidade de descriminalização do aborto tendo em vista a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 e apresentaram reflexões a partir da ADPF 54 (anencéfalos) e também na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5581.

A investigação “CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL: DEFESA E DELINEAMENTO DO CONTRADITÓRIO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”, de Arthur Lopes Lemos e Vitor Rodrigues Gama defendem a processualização do inquérito policial, com contraditório, inclusive para se garantir o ideal de justiça defendido pelo republicanismo de Philip Pettit (a não-dominação). O estudo foi realizado a partir da distinção de Fazzalari entre processo e procedimento.

Maria Auxiliadora De Almeida Minahim e Rafael Luengo Felipe tiveram por objetivo de pesquisa apresentar construções da dogmática penal contemporânea que impõem à vítima o dever de tutela sobre seus bens jurídicos. Apontaram em “AUTORRESPONSABILIDADE DA VÍTIMA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES”, que algumas orientações doutrinárias se encaminham equivocadamente ao pretender a diminuição do Direito Penal às custas da retração do Estado e da imposição de deveres indevidos ao lesado.

No artigo “A SUBJETIVIDADE DA MOTIVAÇÃO QUE DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA”, os pesquisadores José Rodolfo Castelo De Rezende e Larissa Leandro Lara apontam a subjetividade das decisões que decretam a prisão preventiva no nosso país, a trazendo como consequência da falta de motivação idônea, segregações cautelares indevidas e principalmente, desrespeitando os direitos fundamentais do indivíduo previstos na Constituição da República.

Os pesquisadores Anderson Luiz Brasil Silva e Thiago De Oliveira Rocha Siffermann, em “AS NOVAS PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS SOBRE O ABUSO DE AUTORIDADE”, avaliam que o nível de civilidade de um Estado não é reconhecido apenas pelas ótimas ferramentas de distribuição de renda, de inclusão, mas, principalmente dos instrumentos que o mesmo coloca à disposição do cidadão para que este faça valer os enunciados de seus direitos. Propõem um estudo do instituto jurídico do abuso da autoridade na sociedade brasileira e a cultura do "você sabe com quem está falando".

Percorrendo, por intermédio da revisão bibliográfica, os tortuosos caminhos de fundamentação da sanção penal no contexto atual, Luanna Tomaz de Souza analisa criticamente seus limites e consequências para ampliação do punitivismo. Em “A TRIÁDE SANÇÃO, PENA E CASTIGO E OS LIMITES DE FUNDAMENTAÇÃO DA PUNIÇÃO”, assevera que com a ampliação do encarceramento no Brasil é fundamental analisar se é possível ainda fundamentar a punição e a partir de que perspectiva, correlacionando noções como sanção, pena e castigo.

Por sua vez, no trabalho “A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS PROFISSIONAIS DO SEXO: ANÁLISE DOS TIPOS PENAIIS, SOB UM OLHAR AUTONOMISTA”, os mineiros Erico De Oliveira Paiva e João Gabriel Fassbender Barreto Prates exploram o tema regulamentação jurídica da prostituição e o tratamento legal dispensado aos profissionais do sexo. Fazendo uma recapitulação histórica da tipificação penal do crime de “manter casa de prostituição”, debatem a questão da autonomia privada daqueles que, deliberadamente, escolhem a exploração do próprio corpo como meio de vida, tentando traçar os limites desta liberalidade, bem como apontam o paternalismo legislativo existente no Brasil.

Hermes Duarte Morais, na pesquisa “CONTROLE JUDICIAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA (I): DELIMITAÇÃO DO OBJETO E ITER PROCEDIMENTAL”, disserta sobre a larga utilização da colaboração premiada com a nova feição conferida pela lei nº 12.850/13 e sobre a insuficiência de estudos e decisões judiciais a respeito. Propõe a fixação de balizas conceituais e ontológicas do instituto para analisar como vem se desenvolvendo o controle judicial destes negócios jurídicos processuais.

Por fim, no artigo “A LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA EM CRIMES QUE AFETAM BENS JURÍDICOS COLETIVOS. O EXEMPLO PARADIGMÁTICO DOS CRIMES AMBIENTAIS”, de Juliana Pinheiro Damasceno e Santos e Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, discutiu-se a legitimidade para propositura da ação privada subsidiária da pública em crimes que afetam interesses coletivos, a exemplo dos crimes ambientais. Afirmaram que é imperativo adotar interpretação que favoreça o acesso à justiça a partir da ampliação do rol de legitimados, para que se possa assegurar a proteção do bem.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende - UNB

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC

Profa. Dra. Renata Almeida Da Costa - Unilasalle

MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O FENÔMENO DO TERRORISMO

COMMANDMENT OF CRIMINALIZATION AND THE INTERNATIONALIZATION OF CRIMINAL LAW: CONSIDERATIONS ON THE PHENOMENON OF TERRORISM

Andressa Paula de Andrade ¹
Luiz Fernando Kazmierczak ²

Resumo

A presente investigação busca verificar o tratamento do terrorismo. Para tanto, perquiriu-se a formatação da Constituição enquanto força normativa e, conseqüentemente, a repercussão dos mandados de criminalização para o Direito Penal. Outrossim, buscou-se investigar as normativas internacionais sobre o terrorismo já endossadas pelo o país. Finalmente, faz-se uma breve exposição de pontos de tensão da Lei 13.260/2016. Para a confecção do presente artigo se utilizou a revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Mandado constitucional de criminalização, Terrorismo, Força normativa da constituição, Controle de convencionalidade, Lei 13.260

Abstract/Resumen/Résumé

The present investigation seeks to verify the treatment of terrorism. Thus, it was investigated whether the Constitution has a normative force and consequently, the repercussion of commandment of criminalization to the Criminal Law. It also sought to investigate the international norms on terrorism already endorsed by the country. Finally, a brief exposition of points of tension of Law 13.260/2016 is made. For the preparation of the present article we used the bibliographic review.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Command of criminalization, Terrorism, Normative force of the constitution, Conventional control, Law 13.260

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela a Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá (UEM-PR).

² Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor Adjunto (Graduação e Pós-Graduação) do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

Introdução

É necessário ressaltar que a pesquisa buscou suporte no Direito Constitucional e no Direito Internacional. Adotou-se como metodologia a revisão bibliográfica¹ do tema em questão, buscando apresentar a temática com uma angulação crítica e hodierna. Nesta esteira, fez-se uso de bibliografias nacionais e internacionais para construir os resultados aqui gizados.

Para tanto, busca-se perquirir sobre o conceito de força normativa constitucional elaborado por Konrad Hesse. Outrossim, faz-se uma breve investigação do controle de convencionalidade e a necessidade de integração das legislações pátrias aos tratados internacionais.

Outrossim, aborda-se a questão dos mandados de criminalização e sua manifestação em relação a Dogmática Penal, indagando como esses comandos constitucionais se manifestam, a saber, se de forma expressa ou implícita, além de se refletir como deve ser massageada a questão ante à ciência criminal.

Recapitulando, a partir da revisão bibliográfica do Direito Penal, Direito Constitucional e o Direito Internacional, fez-se a presente pesquisa visando identificar de que modo os mandados de criminalização repercutem no fenômeno do Terrorismo.

1 A força normativa da Constituição e o Direito Penal

Ao trabalhar com mandado de criminalização, é nítido na doutrina o entendimento de que o legislador não teria a faculdade de escolher, omitir-se ou deixar de agir em determinada matéria penal.

Entretanto, não raro, não se observa na doutrina penal, de forma geral, a abordagem do instituto sob o viés constitucional. Assim, mostra-se imperioso adentrar na questão sobre a força normativa da Constituição para então afunilar sob o mandado (de conotação imperiosa) de criminalização.

Pois bem. Konrad Hesse proferiu sua aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA cuja a abordagem foi exatamente a *força normativa da Constituição*. A explanação consiste justamente em um contraponto ao pensamento de Hans Kelsen, que, isola a Constituição da

¹ “...o conteúdo da revisão bibliográfica poderá ser justamente a apresentação de uma eventual teoria de base que o pesquisador tenha optado por adotar. Caso contrário, será o relatório harmonizado dos conceitos fundantes que participarão do desenvolvimento do raciocínio argumentativo do texto final, que dará a investigação à estampa. A revisão bibliográfica é apresentada sob a forma de um texto composto do desenvolvimento das ideias essenciais para a compreensão da sua pesquisa e que representam de antemão as contribuições que você optou por incluir como referenciais para todo o seu trabalho...”. MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa do Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 157-159

realidade social, dando relevo apenas a primeira, bem como ao Ferdinand Lassale com seu sociologismo, onde as questões constitucionais não seriam essencialmente jurídicas, mas a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação².

Neste sentido, Hesse vai afirmar que a norma constitucional não possui existência autônoma em face da realidade, sendo que sua essência reside em sua vigência, a saber, a situação por ela regulada que pretende ser concretizada na realidade. Para tanto, a pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não deve ser apartada das condições históricas que estão em uma situação de interdependência, resultando em regras que não podem ser ignoradas, devendo ser observado condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. Somente assim haverá a pretensão de eficácia. De mesmo modo, há que se considerar as concepções sociais e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas³.

No mesmo sentido, Hesse declara que a força normativa não se trata tão somente de uma adaptação inteligente a dada realidade, pois, a própria Constituição jurídica converte-se, ela mesma, em força ativa, ainda que ela não realize nada, ela pode impor tarefas. Consequentemente, a Constituição será força ativa se essas tarefas forem realizadas, orientando a conduta segundo a ordem estabelecida mesmo com todos os questionamentos dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Finalmente, a constituição converte-se em força ativa se fizerem presentes, na consciência geral – *particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional* -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)⁴.

Outrossim, Hesse vai afirmar que a força que impulsiona a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, devendo haver a conjugação entre *conteúdo* e *práxis constitucional* para o desenvolvimento da força normativa constitucional. Quanto ao *conteúdo*, a observância se refere aos elementos sociais, políticos e econômicos dominantes juntamente com o estado espiritual de seu tempo. Já em relação a *práxis constitucional*, há

² “...esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e por conseguinte é punido. Ninguém desconhece o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais do poder, transformando-os dessa maneira em fatores jurídicos”. LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 17-18.

³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14.

⁴ Idem, p. 19.

que se levar em consideração a finalidade de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de contingências⁵.

Apesar do pensamento de Konrad Hesse ser majoritariamente aceito no que tange à supremacia da força jurídica da Constituição em detrimento das forças reais, há resistência sobre os diversos tipos de eficácia das normas constitucionais, especialmente em virtude da ausência de densidade normativa e da possibilidade de sua aplicação, redundando na problemática da força normativa sem a efetividade⁶.

É importante consignar que nas constituições contemporâneas se encontram os limites de punir do Estado, resguardando direitos individuais e, também, contendo normas propulsoras de novéis matérias de Direito Penal. Em outras palavras, é nos princípios penais constitucionais que se encontram o direito de punir do Estado, contendo seus limites⁷ e, de outro lado, as exigências estatais de proteção⁸.

Nesse quadrante, mais adiante trabalharemos a questão da força e efetividade dos mandados constitucionais de criminalização e suas repercussões punitivas.

2 O Controle jurisdicional de Convencionalidade das leis: rumo a uma força normativa das normas internacionais?

Há que se perquirir, também, sobre a força das normativas internacionais. Com a emenda 45 de 2004, houve a inserção do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, prevendo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Segundo Valério Mazzuoli, a introdução do dispositivo inaugura um novo paradigma ao Direito pátrio, a saber, o controle de convencionalidade⁹, pois, ora os tratados de direitos

⁵ Idem, p. 20-23.

⁶ DANTAS, Eduardo Sousa. A força normativa da Constituição e a eficácia das normas constitucionais. *Direito e Liberdade*, Natal, v. 11, n. 2, jul/dez., 2009, p. 22.

⁷ “O modelo constitucional do Estado social e democrático de Direito mantém a exigência liberal de que o Direito Penal respeite certos limites, como *garantias constitucionais* de que dependem liberdades cidadãs. Como muitos outros de minha geração, relacionou este modelo político democrático com um Direito Penal caracterizado por seus limites” (tradução nossa). MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011, p. 20.

⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 9-12.

⁹ “...entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados que o país se encontre vinculados por diversos atos de caráter soberano, como a ratificação ou a adesão ao tratado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu Direito interno. Não somente os tribunais internos devem realizar doravante o controle de convencionalidade (para além do clássico controle de constitucionalidade), mas também os tribunais internacionais (ou supranacionais) criados por convenções entre Estados, onde estes (os Estados) se

humanos são materialmente constitucionais (art. 5.º, § 2.º, CF) e ora material e formalmente constitucionais (art. 5.º, § 3.º, CF), levando a compreensão de que deve haver além do controle de constitucionalidade, a saber o controle de convencionalidade das leis, onde se apura a harmonia da legislação pátria com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. Assim, já que os tratados de direitos humanos possuem *status* de norma constitucional, é certo que serão parâmetros de controle das normas infraconstitucionais no Brasil¹⁰.

Ainda, vale dizer que os tratados de direitos humanos que não são disciplinados pelo o filtro do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, gozam de *status* de supralegalidade. Este é o entendimento consagrado no Supremo Tribunal Federal consignado no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 349.703/RS¹¹ que ao julgar a prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos, notadamente o Pacto de São José da Costa Rica, ementou que a Convenção é norma jurídica, hierarquicamente acima de qualquer lei ordinária ou complementar, sendo apenas inferior às normas constitucionais. Resta dizer que à época da aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil, ainda não havia a previsão do artigo § 3º do art. 5º da Constituição Federal.

Na mesma esteira, os tratados internacionais que versam de temas alheios aos direitos humanos possuem *status* superior ao das leis domésticos e, não equiparados às normas constitucionais, ostentado, dessa maneira, o *status* de supralegalidade, eis que não podem ser revogados por lei pátria posterior (vide artigo 98 do Código Tributário Nacional). Tais tratados (comuns) também servem de arquétipo ao controle das normas infraconstitucionais, apenas diferindo dos tratados de direitos humanos que não servem ao controle de

comprometem, no pleno e livre exercício de sua soberania, a cumprir tudo o que ali fora decidido e a dar seqüência, no plano do seu Direito interno, ao cumprimento de suas obrigações estabelecidas na sentença, sob pena de responsabilidade internacional. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente o de direitos humanos imediatamente aplicáveis no âmbito doméstico garante a legitimidade do controle de convencionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes. 265 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do “diálogo das fontes”. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, nº 15, 2011, p. 78-79.

¹¹ “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão”. (RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)

convencionalidade (expressão reservada aos tratados de nível constitucional), porém, do controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais¹².

Assim, certo se revela que as normas internas devem obedecer a um duplo limite vertical material, a saber, a Constituição e os tratados de direitos humanos (1º limite) e, na sequência, os tratados internacionais comuns (2º limite) em vigor no país. Em relação ao primeiro aspecto, os tratados podem ter sido aprovados por *quórum* qualificado ou não (artigo 5º, §3º, da CF/1988) e, caso não tenham passado por tal filtro, ostentará natureza de norma (apenas) materialmente constitucional, permitindo que seja parâmetro no controle difuso de convencionalidade. No mesmo caminho, caso tenham sido aprovados em conformidade com o artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, tais tratados também serão utilizados no controle concentrado (além do difuso) de convencionalidade¹³.

A título de curiosidade, vale mencionar que o controle de convencionalidade acabou por se solidificar com três casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*; caso *trabalhadores demitidos do congresso vs. Peru*: sentença de 24 de novembro de 2006; e caso *Radilla Pacheco vs. México*. No caso *Almonacid Arellano* se encontram as linhas fundamentais do controle de constitucionalidade que devem realizar os juízes nacionais, definindo seu papel repressivo (inaplicação das normas locais a Convenção Americana sobre os direitos dos homens e a jurisprudência da Corte Interamericana). Já no caso dos *trabalhadores demitidos do Congresso* se define que esse controle deve realizar-se de ofício. No caso *Radilla Pacheco* se encontra o papel construtivo e harmonizante do controle, isto é, a interpretação e aplicação do direito local segundo as referidas convenções e a jurisprudência¹⁴.

Vale mencionar que recentemente o Superior Tribunal de Justiça acabou por aplicar a referida doutrina ao apreciar o crime de desacato e sua (não) compatibilização com a Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente o seu artigo 13 (Liberdade de pensamento e expressão), conforme REsp 1640084/SP. Restou ementado que o delito de desacato estaria na contramão do humanismo, revelando-se anacrônico, configurando uma preponderância do Estado sobre o indivíduo, invocando a cláusula absolutista corporificada na frase *L'État c'est moi*¹⁵.

¹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. cit.*, 2011, p. 79

¹³ *Idem*, p. 79-80.

¹⁴ SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 05 de maio de 2017, p. 383.

¹⁵ Cf. “A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. A existência de tal normativo em nosso ordenamento

Crê-se que apesar do controle de convencionalidade ter sido adotado a partir das práticas dos tribunais, é imperioso que os demais órgãos da Administração Pública passem a observar a questão em comento de modo a sintonizar a prática administrativa às convenções internacionais, não limitando a observação ao contencioso judicial.

Finalmente, apresentada a referida consideração sobre o controle de convencionalidade, temos que em matéria de terrorismo, há que se conjugar tanto o aspecto punitivo (prevenção e repressão), quanto o aspecto dos direitos humanos das pessoas apenadas pela prática do terrorismo. Destarte, na sequência será apresentado as normativas internacionais já ratificadas pelo o Brasil no que tange ao fenômeno do terrorismo.

2.1 Normas internacionais sobre o fenômeno do terrorismo encampadas pelo o Brasil

Cabe abordar que o Direito Penal tem passado por uma verdadeira internacionalização do Direito Penal. Como marco, pode-se citar o Estatuto de Roma, que possui preceitos de ordem material de direitos humanos e, também, regulações jurídico-penais e processuais penais. Em linhas gerais, verifica-se esse processo de internacionalização quando há *standards* compartilhados e desenvolvidos por órgãos supranacionais. Entre os atores mundiais que impulsionam tal movimento, merece destaque a Organização das Nações Unidas (ONU), Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), etc. Logo, apesar das peculiaridades de direito interno, especialmente em virtude dos direitos indexados na Constituição de cada país, os ordenamentos não se quedam inertes aos fatores exógenos, buscando sempre alinhar a legislação nacional às normativas internacionais.

Outrossim, apresentar-se-á de maneira breve, alguns tratados¹⁶ internacionais já endossados pelo o Brasil no que tange ao fenômeno do terrorismo, destacando os aspectos principais de cada normativa.

jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público”. (REsp 1640084/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

¹⁶ “**Tratado.** Trata-se de expressão genérica por natureza, eleita pela Convenção de Viena de 1969 para designar todo acordo internacional, bilateral ou multilateral, de especial relevo político, qualquer que seja sua denominação específica (art. 2º, §1º, alínea a). O termo designa normalmente (mas não exclusivamente) os ajustes solenes concluídos entre Estados e/ou organizações internacionais, cujo objeto, finalidade, número e poderes das partes têm maior importância. São exemplos os tratados de paz, de amizade, de arbitragem, de cooperação, de navegação etc. Apesar de, etimologicamente, a expressão tratado (*tractatus*) sugerir o debate, a transação e as negociações árduas, diferindo assim da *convenção*, que evoca a formalização de um acordo já pré-

Pois bem, a Resolução 1390 (2002), adotada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas em 16 de janeiro de 2002, ratificada através do Decreto 4.150 de 6 de março de 2002, impôs que os Estados deveriam tomar medidas em relação a Osama Bin Laden, a organização Al-Qaeda, talibãs e demais pessoas associadas ao grupo como: a) congelar fundos e ativos financeiros ou recursos econômicos de pessoas, grupos, empresas e entidades, inclusive fundos advindos de bens pertencentes ou controlados, direta ou indiretamente, por essas pessoas ou por indivíduos atuando em seu nome ou sob seu comando; e assegurar que esses ou outros fundos, ativos financeiros ou recursos econômicos não sejam disponibilizados, direta ou indiretamente, em benefício dessas pessoas, de seus nacionais ou em proveito de quaisquer outras pessoas em seu território; b) Impedir a entrada ou o trânsito em seu território dessas pessoas, no entendimento de que nada neste parágrafo obrigará um Estado a negar a entrada ou exigir a saída de seus próprios nacionais de seu território; c) Impedir o suprimento direto ou indireto, a venda ou a transferência a essas pessoas, grupos, empresas e entidades a partir de seu território ou por seus nacionais fora de seu território, ou por intermédio de embarcações e aeronaves que utilizem sua bandeira, de armas e materiais conexos de todo tipo, inclusive armamento e munição, veículos e equipamentos militares, equipamento paramilitar e peças sobressalentes correspondentes, assim como assessoramento e assistência

ajustado entre as partes e criador de normativa geral de direito das gentes, o certo é" que a Convenção de Viena de 1969 acabou por igualar as expressões com valor sinónimo. Assim, sem embargo de as Constituições brasileiras sempre terem colocado os termos "tratado" ao lado de outras expressões, como "acordo" e "convenção", dando a impressão de que *tratados*, *acordos* e *convenções* designam coisas diversas, a verdade é que atualmente tal opção redacional é tecnicamente redundante e sem qualquer valor prático. Mas em contrapartida, vista a questão por outro ângulo, parece compreensível que alguns países (como é o caso do Brasil) detalhem em seus textos constitucionais a terminologia dos atos internacionais que devem estar dentro do quadro das atribuições do Chefe do Executivo e do Parlamento, a fim de que esses mesmos Poderes não se escusem ao cumprimento daquilo que foi acordado internacionalmente, ou a fim de que um deles (o Poder Executivo) não faça do outro (o Poder Legislativo) tábula rasa e subtraia deste último o poder de se manifestar sobre o conteúdo daquilo que foi internacionalmente pactuado. Apesar de a expressão *tratada* ser genérica, a terminologia redundante utilizada pela Constituição brasileira de 1988 (que diz, no art. 84, inc. VIII, competir privativamente ao Presidente da República celebrar "*tratados*, *convenções* e *atos internacionais*, sujeitos a referendo do Congresso Nacional", e no art. 49, inc. I, competir exclusivamente ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre "*tratados*, *acordos* ou *atos internacionais* que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional") pode ter tido a finalidade de impedir que o órgão brasileiro competente para celebrar tratados conclua atos internacionais gravosos ao país e não os submeta ao crivo do Poder Legislativo, sob a falaciosa alegação de que não se celebrou ali um *tratado*, mas um simples *ato* internacional, ou algo do gênero, que dispensaria o *referendum* congressual, dependendo, única e exclusivamente, da vontade do Presidente da República. Talvez tenha sido este tipo de burla ou engodo ao texto constitucional que a Constituição tenha pretendido evitar. De qualquer forma, porém, *tratado* ainda é expressão genérica e assim deve ser compreendido". MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 5 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 177-178.

técnica ou treinamento relativos a atividades militares. Evidentemente, o teor do tratado em questão decorria dos fatos recentes que acabara de ocorrer em 11 de setembro de 2001 e demonstrava a necessidade de impedir que novas situações da mesma magnitude ocorressem junto aos países, motivo pelo o qual, se fez necessário a adoção de uma política econômica e migratória para tanto.

Já a Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas, adotada em Nova York, em 15 de dezembro de 1997 foi ratificada através do Decreto n. 4.394/2004. A referida convenção se preocupa com os atentados terroristas com explosivos ou outros artefatos mortíferos cada mais se generalizam, a necessidade de cooperação internacional, etc. Interessante se mostra que a Convenção busca definir uma figura delitiva, a saber, comete um delito no sentido da Convenção qualquer pessoa que ilícita e intencionalmente entrega, coloca, lança ou detona um artefato explosivo ou outro artefato mortífero dentro ou contra um logradouro público, uma instalação estatal ou governamental, um sistema de transporte público ou uma instalação de infraestrutura, com a intenção de causar morte ou grave lesão corporal ou com a intenção de causar destruição significativa desse lugar, instalação ou rede que ocasione ou possa ocasionar um grande prejuízo econômico, conforme artigo 2, 1 da referida Convenção.

A Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002, foi devidamente ratificada pelo o Decreto 5.639/2005. Em linhas gerais, a normativa internacional possui por objeto a prevenção, punição e eliminação do terrorismo, além de afirmar a necessidade da adoção de medidas necessárias para fortalecer a cooperação internacional entre os países membros. Igualmente, a Convenção declina a necessidade da inclusão de: a) Um amplo regime interno normativo e de supervisão de bancos, outras instituições financeiras e outras entidades consideradas particularmente suscetíveis de ser utilizadas para financiar atividades terroristas. Este regime destacará os requisitos relativos à identificação de clientes, conservação de registros e comunicação de transações suspeitas ou incomuns; b) Medidas de detecção e vigilância de movimentos transfronteiriços de dinheiro em efetivo, instrumentos negociáveis ao portador e outros movimentos relevantes de valores. Estas medidas estarão sujeitas a salvaguardas para garantir o devido uso da informação e não deverão impedir o movimento legítimo de capitais; c) Medidas que assegurem que as autoridades competentes dedicadas ao combate dos delitos estabelecidos nos instrumentos internacionais que tenham a capacidade de cooperar e intercambiar informações nos planos nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno. Com essa finalidade, cada Estado Parte deverá estabelecer e manter uma unidade de

inteligência financeira que seja o centro nacional para coleta, análise e divulgação de informações relevantes sobre lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. Cada Estado Parte deverá informar o Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos sobre a autoridade designada como sua unidade de inteligência financeira.

Seguindo, a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999 e assinada pelo Brasil em 10 de novembro de 2001, ratificada através do Decreto 5.640/2005, prevê em seu artigo 2 que qualquer pessoa estará cometendo um delito, em conformidade com o disposto na Convenção, quando, por qualquer meio, direta ou indiretamente, ilegal e intencionalmente, prover ou receber fundos com a intenção de empregá-los, ou ciente de que os mesmos serão empregados, no todo ou em parte, para levar a cabo: a) Um ato que constitua delito no âmbito de e conforme definido em um dos tratados relacionados no anexo; b) Qualquer outro ato com intenção de causar a morte de ou lesões corporais graves a um civil, ou a qualquer outra pessoa que não participe ativamente das hostilidades em situação de conflito armado, quando o propósito do referido ato, por sua natureza e contexto, for intimidar uma população, ou compelir um governo ou uma organização internacional a agir ou abster-se de agir. No artigo 4 da aludida Convenção é previsto que cada Estado Parte adotará as medidas necessárias para: a) Tratar como crimes, em conformidade com sua legislação interna, os delitos previstos no parágrafo 2; b) Tornar esses delitos passíveis de punição, com penas apropriadas que levem em conta a gravidade dos delitos. Por sua vez, o artigo 5º da mesma prevê a necessidade de punição das pessoas jurídicas que operem de modo a auxiliar (do ponto de vista financeiro) o cometimento de delitos previstos no artigo 2º.

A Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear, assinada pelo Brasil em Nova Iorque, no dia 14 de setembro de 2005 foi aprovada através do Decreto Legislativo nº. 267/2009, dispõe em seu artigo 2º que comete crime, nos termos da Convenção, toda pessoa que ilícita e intencionalmente: a) possuir material radioativo ou produzir ou possuir um dispositivo com o propósito de causar morte ou lesões corporais graves; ou com o propósito de causar consideráveis danos materiais ou ao meio ambiente; b) utilizar de alguma maneira radioativo ou um dispositivo, ou utilizar ou danificar instalação nuclear de forma tal que provoque a emissão ou traga risco de provocar a emissão de material radioativo com o propósito de causar morte ou lesões corporais graves; com o propósito de causar consideráveis danos materiais ou ao meio ambiente; ou com o propósito de obrigar pessoa física ou jurídica, organização internacional ou Estado a realizar ou abster-se de realizar uma ação. De mesmo modo, comete crime toda pessoa que: a) ameaçar, em

circunstâncias que indiquem ser a ameaça verossímil, cometer um crime nos termos definidos na alínea do parágrafo 1º do presente artigo; b) exigir ilícita e intencionalmente a entrega de material radioativo, de dispositivo ou de instalação nuclear mediante ameaça, em circunstâncias que indiquem ser a ameaça verossímil o uso da força. Já no artigo 5º, é previsto que cada Estado Parte deve adotar as medidas necessárias para: a) tipificar, de acordo com a legislação nacional, os crimes previstos no artigo 2º; b) punir esses crimes com penas adequadas levando em consideração a sua gravidade.

A Resolução nº 1989, de 17 de junho de 2011, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que trata de sanções contra indivíduos, grupos, empreendimentos e entidades da Al-Qaeda e a ela associados foi ratificada através do Decreto 7606/2011, prevê: a) Congelar sem demora os fundos e outros ativos financeiros ou outros recursos econômicos desses indivíduos, grupos, empreendimentos e entidades, inclusive fundos derivados de patrimônio de propriedade ou controle direto ou indireto deles ou de pessoas atuando em seu nome ou sob sua instrução e assegurar que nem estes, nem quaisquer outros fundos, ativos financeiros ou recursos econômicos sejam disponibilizados, direta ou indiretamente, em benefício de tais pessoas, por seus cidadãos ou por pessoas dentro de seu território; b) Impedir a entrada em seus territórios ou o trânsito através deles de tais indivíduos, ressalvando-se que nada neste parágrafo obrigará qualquer Estado a negar a entrada ou exigir a saída de seus territórios dos seus próprios nacionais e que este parágrafo não se aplicará quando a entrada ou trânsito for necessário para o cumprimento de um processo judicial ou quando o Comitê determinar, caso a caso, que a entrada ou trânsito é justificado; c) Impedir o fornecimento, venda ou transferência direta ou indireta a tais indivíduos, grupos, empreendimentos e entidades em seus territórios ou por seus nacionais fora de seus territórios ou utilizando embarcações ou aeronaves com sua bandeira, de armas e materiais correlatos de todos os tipos, inclusive armas e munições, veículos e equipamentos militares, equipamentos paramilitares e peças sobressalentes, bem como de assessoria, assistência ou treinamento técnico relativo a atividades militares.

Finalmente, a Resolução 2253 (2015), de 17 de dezembro de 2015, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que atualiza e fortalece o regime de sanções, imposto pela Resolução 1267 (1999), relativo ao Estado Islâmico no Iraque e no Levante e à Al-Qaeda, foi ratificada através do Decreto n. 8799 de 2016, prevê, entre outros: a) Congelamento de Ativos: Congelar sem demora os fundos, outros ativos financeiros ou recursos econômicos de tais indivíduos, grupos, empresas e entidades, inclusive os fundos derivados de bens de propriedade ou sob controle, direto ou indireto, de pessoas atuando em seu nome ou sob sua

instrução, e assegurar que nem estes, nem quaisquer outros fundos, ativos financeiros ou recursos econômicos sejam disponibilizados, direta ou indiretamente, em benefício de tais pessoas, por seus nacionais ou por pessoas dentro do seu território; b) Proibição de Viagem: Impedir a entrada em seus territórios ou o trânsito através deles de tais indivíduos, ressalvando-se que nada neste parágrafo obrigará qualquer Estado a negar a entrada ou exigir a saída de seus territórios de seus próprios nacionais e que este parágrafo não se aplicará quando a entrada ou trânsito for necessário para fins de um processo judicial ou quando o Comitê determinar, caso a caso, que a entrada ou trânsito é justificado; c) Embargo de Armas: Impedir o fornecimento, venda ou transferência, direta ou indireta, para tais indivíduos, grupos, empresas e entidades, desde seu território ou por seus nacionais fora de seu território, ou utilizando embarcações ou aeronaves com sua bandeira, de armas e materiais correlatos de todos os tipos, inclusive armas e munições, veículos e equipamentos militares, equipamento paramilitar e peças sobressalentes para os itens mencionados acima, bem como de assessoria, de assistência ou de treinamento técnico relativo a atividades militares.

Conforme se nota, do ponto de vista internacional, o Brasil possui diversos pactos firmados visando a prevenção e erradicação do terrorismo no país. De mesma sorte, às referidas normativas buscam incrementar a cooperação internacional entre os países visando a erradicação dos ataques terroristas.

3 Mandado de Criminalização: a constitucionalização do Direito Penal

Tecidas as considerações acerca da força normativa constitucional, bem como, sobre a necessidade de observância dos tratados internacionais em matéria de terrorismo, é importante compreender a questão dos mandados¹⁷ de criminalização¹⁸ para na sequência se compreender a disciplina do terrorismo na Constituição Federal.

No rastro de Márcia Dometila, o mandado de criminalização poderia ser compreendido a partir da superioridade normativa do Direito Constitucional que recortaria o que seria incriminado pelo o Direito Penal. Assim, como a Constituição está atenta a

¹⁷ Recomendamos a leitura ANDRADE, Andressa Paula de; CARVALHO, Érika Mendes de. A proteção penal do meio ambiente como Direito Fundamental e os mandados de criminalização. In: SILVA, Luciano Nascimento; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Org.). *Direito Penal, processo penal e constituição*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 172-192.

¹⁸ “O legislador constituinte substitui-se ao legislador infraconstitucional na tarefa incriminadora e tomou para si tanto o critério do merecimento do bem jurídico a ser protegido – critério que lhe é próprio, na medida em que a Constituição arrola os bens jurídicos dignos de proteção penal – como a necessidade da pena, que é vinculado ao legislador ordinário, no processo de criminalização. Saber os motivos que levaram o legislador constituinte a adotar esse procedimento importa em conhecer os fatos sociais, políticos, econômicos e as valorações político-criminais que cercaram à elaboração da Constituição”. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 133.

transformações políticas, econômicas e sociais, a lei, inclusive o direito punitivo, deve ser uma consequência dessa estruturação do Estado¹⁹.

Há quem defenda que caberia ao legislador ordinário avaliar a necessidade e utilidade das hipóteses de criminalização, conjugando os princípios informadores do Direito Penal mínimo que se pauta pela necessidade efetiva – e não somente formal – da proteção penal. De mesma sorte, seria contraditório defender que a Dogmática Penal seria a última *ratio legis* e, em seguida, reconhecer que o Estado dele possa fazer uso ainda que não apresente a melhor forma de proteção aos bens jurídicos²⁰.

De mesmo modo, o modelo de Estado (democrático) adotado pelo o ordenamento jurídico pátrio possui o compromisso de garantir de forma contínua a liberdade do homem, vinculando a restrição às hipóteses nas quais seja imprescindível. Conforme o raciocínio, o mandado de criminalização acabaria por redundar na renúncia expressa da intervenção mínima, contido na ordenação axiológica de um Direito Penal erigido sob tal formatação estatal. Assim, é imperioso que a intervenção punitiva seja limitada, a saber, selecionando as condutas efetivamente lesivas ao bem jurídico²¹.

Outrossim, há o setor doutrinário defensor de que a vinculação do legislador penal ao comando constitucional seria absoluta, mitigando qualquer dúvida acerca da (in)viabilidade da matéria (especialmente em matéria ambiental)²². Isto é, não cabe ao legislador infraconstitucional questionar se o Direito Penal seria o ramo adequado para o tratamento da questão, eis que a Constituição já enunciou a sua necessidade de intervenção. No entanto, caberá balizar a proteção penal do aspecto da lesividade²³, selecionando quais as condutas que de fato oneram o bem jurídico protegido.

De maneira geral, a doutrina é harmônica no campo da necessidade – ao menos – de se balizar o mandamento constitucional com os princípios penais de garantia. Parece adequado tal conclusão, visto que a mutabilidade das relações, a estruturação social, as novas demandas e o abandono de determinados preceitos são a *ratio* da concepção do manto protetor de um

¹⁹ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 47.

²⁰ É o posicionamento de PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 84-87.

²¹ Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. Meio ambiente e Direito Penal brasileiro. *Ciências Penais*, São Paulo: RT, n. 2, ano 2, jan./jun. 2005, p. 70.

²² Cf. PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 4 ed. São Paulo: RT, 2012, p. 79-81.

²³ Cf “...o Direito Penal não resulta comparável a outros instrumentos jurídicos normativos sancionadores; sua vinculação a ideia da reprovação ético-social da culpabilidade faz com que não se encontre com o Direito administrativo, mercantil, etc. em uma relação puramente quantitativa, de menos a mais, senão que precisamente essa reprovação da culpabilidade que leva consigo um bem singular”. TIEDEMANN, Klaus. *Constitucion y Derecho Penal*. Trad. Luis Arroyo Zapatero. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Año 11, núm. 33, Septiembre-Diciembre, 1991, p. 166.

bem jurídico, fatores que não podem ser previstos de forma exaustiva pelo o legislador ordinário. Ainda, vale acrescentar que há quem defenda que há ‘mandados internacionais de criminalização em matéria de direitos humanos’, já que os referidos mandamentos visam a proteção de bens jurídicos relevantes, entre s quais, os direitos humanos²⁴.

Soma-se a isso a divisão entre os mandados de criminalização expressos²⁵ e implícitos²⁶. Os primeiros seriam uma manifestação do texto da Constituição Federal que poderiam ser identificados nos artigos 5º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático); 7º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores); 225, §3º (condutas e atividades lesivas ao meio ambiente); 227, §4º (abuso, violência e exploração sexual de criança ou adolescente). Já os mandados de criminalização implícitos²⁷ seriam os mandamentos constitucionais de criminalização extraídos após a valoração da Constituição Federal, na busca de se compreender e reler o que o constituinte originário buscou tutelar.

Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix discorrem que há normas constitucionais de criminalização que se limitam a indicar bens jurídicos devem ser protegidas penalmente. De mesmo modo, haveria mandados de criminalização que, além da indicação dos bens jurídicos, acrescentam limitações de ordem penal, processual penal que estariam contidas nos incisos XLII, XLIII e XLIV do artigo 5º da Constituição Federal²⁸.

²⁴ PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva. Mandado de criminalização decorrentes de tratados de Direitos Humanos. 290 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

²⁵ DISSENHA, Rui Carlo. Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal. *Raízes Jurídicas*, Curitiba, v. 4, n. 2, jul./dez, 2008.

²⁶ “Surge, neste ponto, o problema de se saber se junto às expressas cláusulas de penalização, outras não existem tacitamente. A resposta parece ser positiva, não apenas porque a presença de cláusula expressas não autorizam, por certo, e fundamentadamente, o argumento *ubi lex voluit dixit*...mas, de modo especial, pelo papel que podem representar na observância do princípio generalíssimo da *ragionevolezza*. O que se acha no bojo – é de ponderar-se – da ordem constitucional e impõe a proteção penalística dos valores, mesmo não sendo objeto de uma cláusula expressa de penalização, há, de qualquer modo, de ser entendido como parte integrante do que expressamente afirmado pelo constituinte. Disso resulta que no âmbito interno do sistema penal, considerado à luz do quadro dos valores constitucionais, enquanto seja exigida a obrigação de tutelar penalmente bens ou valores desprovidos de tutela, ou insuficientemente tutelados, resguardam-se outros bens ou valores que ocupam uma posição secundária na hierarquia constitucional”. PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 105-106.

²⁷ ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. Direito Penal e Constituição: uma leitura do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 136-140.

²⁸ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri, *Op. cit.*, p. 133-135.

Finalmente, não se pode negar o denso conteúdo material²⁹ da Constituição Federal de 1988, onde se busca um projeto de Estado, com poderes definidos, limitações ao poder punitivo, a ênfase na necessidade da proteção via penal de determinados bens jurídicos. Corolário, cabe ao Direito Penal se alinhar a tais preceitos, não excluindo a necessidade de se balizar os princípios penais de garantia.

3.1 Mandado de criminalização em matéria de terrorismo: aportes à Lei 13.260/2016

Quando se lê a exposição de motivos do PL 2016/2015 que culminou na edição da Lei 13.260/2016, verifica-se que acima de tudo o Brasil busca uma integração supranacional³⁰ e o atendimento a diretrizes de órgãos internacionais. É bom lembrar que o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF) cujo propósito é desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo já nos anos 90 recomendava a adoção de medidas administrativas e legislativas importantes para reprimir a lavagem de dinheiro, especialmente a necessidade de criação de órgãos de inteligência financeira em cada país para liderar investigações de possíveis atos de lavagem.

Destarte, conforme se descreveu no item 3.1 o Brasil havia se comprometido, do ponto de vista internacional, a adotar um comportamento preventivo e repressivo em relação ao delito de terrorismo. Ademais, até a edição da Lei 13.260/2016 não havia uma tipificação em relação ao terrorismo no Brasil, não se podendo coadunar que o artigo 20 da Lei 7.170/1983 suprisse tal lacuna. De todo o modo, compreendemos que a definição³¹ exata – se é que existe

²⁹ “Pode-se, pois, apontar como característica marcante do neoconstitucionalismo a onipresença da Constituição. Por detrás de uma regra legal, há uma norma constitucional que a confirme ou a contradiga. Isso porque as Constituições contemporâneas contêm *denso conteúdo material*, composto por valores, princípios, direitos fundamentais e diretrizes aos poderes públicos e aos entes particulares, sendo difícil conceber um problema jurídico que não encontre alguma resposta no texto constitucional e, em certas situações até diferentes orientações (como, por exemplo, a proteção da propriedade individual e da função social da propriedade)”. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 74.

³⁰ Veja os itens 3 e 4 da Exposição de Motivos do PL 2.016/2015: “**3.** Diante desse cenário, como um dos principais atores econômicos e políticos das relações internacionais, o Brasil deve estar atento aos fatos ocorridos no exterior, em que pese nunca ter sofrido nenhum ato em seu território; **4.** Dessa forma, apresentamos um projeto que busca acolher na sua redação os principais debates mundiais e nacionais sobre o tema, respeitando sempre os direitos e garantias fundamentais, com o fim de criar uma lei que proteja o indivíduo, a sociedade com o um todo, bem como seus diversos segmentos, sejam eles social, racial, religioso, ideológico, político ou de gênero”.

³¹ “O terrorismo constitui, sem dúvida, um dos fenômenos mais inquietantes de nosso tempo, desafiando os governantes e conduzindo os juristas a perplexidade. Contemplamos estarecidos o desenvolvimento de atentados contra pessoas e coisas, o apoderamento ilícito de aeronaves, o sequestro de diplomatas, ocorridos em vários lugares do mundo, fatos que têm mobilizado governos e organizações internacionais na busca infrutífera de soluções repressivas. Em vários países surgiram novas leis mais severas para a punição dos fatos constitutivos

– do que se trata o terrorismo é assaz difícil. Soma-se a isso que o constituinte originário de 1988 encartou o terrorismo como fenômeno digno de tratamento penal no ordenamento jurídico brasileiro.

A edição da Lei 13.260/2016 trouxe um conceito do que seria o terrorismo³² em seu artigo 2º, definindo como “...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 terror³³ social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública”. Portanto, há que se fazer presente três elementos: a) fundamento da ação; b) *modus operandi*; c) fim almejado pelo(s) agente(s).

Possivelmente a maior teratologia do da Lei 13.260 se refere ao artigo 5º, pois a incriminação incide em diversos equívocos de ordem técnica. Isto é, a criminalização dos atos preparatórios não é em si absurda, eis que os mesmos possuem punição no ordenamento jurídico pátrio a exemplo do artigo 288 do Código Penal. No entanto, diferentemente do artigo 288, CP que diz qual é o ato preparatório criminalizado (princípio da taxatividade e da legalidade), o artigo 5º da Lei 13.260 não prevê tal delimitação. A afirmação parece óbvia, mas todo o ato preparatório deve ser ato preparatório de algum delito específico, algo que não se consegue extrair do artigo 5º da Lei Antiterror. Resta problematizar a questão: a busca por sites que fornecem dicas de recrutamento de pessoas para grupos terroristas poderia se enquadrar no referido tipo penal? O ato de difundir mensagens de grupos terroristas em redes sociais seria um ato preparatório? A troca de mensagens sobre grupos terroristas poderia ser ilícita e enquadrada no artigo 5º da Lei 13.260/2016? Veja, a questão assaz delicada se refere ao tipo penal que por sua vagueza permite interpretações extremamente gravosas.

do terrorismo, embora não tenham os juristas logrado estabelecer uma conceituação de validade geral”. FRAGOSO, Heleno. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 1.

³² “Muito embora transpareça na Justificativa apresentada uma imensa preocupação em fomentar direitos humanos e em evitar a criminalização de movimentos sociais, isso não encontrou amparo por ocasião do processo legislativo. A prática confronta o discurso: o projeto em questão deliberadamente não foi submetido, durante seu trâmite, à Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara, mas apenas às Comissões de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado e, por fim, da Constituição e Justiça e Cidadania. Tal exclusão dificultou, e muito, a defesa de uma interpretação crítica de seus dispositivos, orientada a impedir desvios de finalidade. Por ironia, o que aparentemente tanto se pretendia evitar – o manejo da lei como instrumento de combate a determinadas ideologias – já ganha as notícias de jornais”. CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar; SCALCON, Raquel Lima. Estado de Direito e Responsabilidade Jurisdicional na Cooperação em Face do Regime de Proibição Legal do Terrorismo. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano XV, n. 63, out./dez. 2016, p. 184.

³³ Sobre o desvalor do delito de terrorismo recomendamos LLOBET ANGLÍ, Mariona. Terrorismo y “guerra” contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático. 491 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2008, p. 36 e ss.

Já o delito do artigo 6º da Lei 13.260 delimita um ato preparatório muito específico. Isto é, ao contrário do artigo 5º que incorre na ausente – para não dizer teratológica – técnica legislativa de criar um tipo penal de atos preparatórios sem qualquer respeito ao princípio da lesividade, da reserva legal e da taxatividade, o artigo 6º diz quais são as condutas incriminadas e deixa claro que o objeto material do dispositivo deve ser sempre monetariamente aferível – pecuniariamente, traduzido em montante, cifrado ou possível de aferição econômica. Assim, visando repelir o conflito aparente de normas, constatado um possível ato preparatório, o interprete deve valorar a conduta de modo a verificar se a mesma se adequa ao artigo 6º e, se não for o caso, a saber, não haver qualquer modalidade das condutas incriminadas e nem os objetos – recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza – em jogo, a conduta poderá se amoldar a teratológica norma do artigo 5º. Portanto, reputamos que se alguém pretender a aplicação do artigo 5º da Lei 11.3260/2016 deve sempre o fazê-lo de modo subsidiário.

É inegável a necessidade de tratamento penal do fenômeno do terrorismo. No entanto, é necessário balizar princípios penais de garantia, acurada técnica legislativa e possibilidade de defesa, sob pena de o Direito Penal incorporar métodos parecidos com os terroristas. A única reação adequada na luta contra o terrorismo é reclamar a aplicação efetiva de um Direito Penal que suponha a afirmação de valores e princípios jurídico-democráticos negados pelo o terrorismo, pois este fenômeno não busca atingir somente pessoas e coisas, mas também a legitimação do Direito³⁴.

Conclusão

Ante ao exposto é possível concluir:

- a) Há uma força normativa da constituição que repercute diretamente sobre o Direito Penal;
- b) É necessário fortalecer o controle de convencionalidade com vistas a harmonizar as legislações pátrias com os tratados internacionais;
- c) É possível constatar uma constitucionalização e internacionalização do Direito Penal;
- d) Os mandados de criminalização seriam imperativos normativos que impelem o legislador à tipificação de condutas;

³⁴ Cf. MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 101 e ss.

- e) Os mandados de criminalização podem ser subdivididos em expressos e implícitos;
- f) Verifica-se que a Lei 13.260/2016 visa uma integração supranacional;
- g) Apesar da necessidade de uma legislação que definisse o que seria o terrorismo no ordenamento jurídico pátrio, verifica-se que a mesma incide em diversas teratologias nas incriminações das condutas ali contidas.

Referências

- ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. Direito Penal e Constituição: uma leitura do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.
- ANDRADE, Andressa Paula de; CARVALHO, Érika Mendes de. A proteção penal do meio ambiente como Direito Fundamental e os mandados de criminalização. *In: SILVA, Luciano Nascimento; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Org.). Direito Penal, processo penal e constituição*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 172-192.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico*. São Paulo: Almedina, 2016.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar; SCALCON, Raquel Lima. Estado de Direito e Responsabilidade Jurisdicional na Cooperação em Face do Regime de Proibição Legal do Terrorismo. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano XV, n. 63, out./dez. 2016.
- DANTAS, Eduardo Sousa. A força normativa da Constituição e a eficácia das normas constitucionais. *Direito e Liberdade*, Natal, v. 11, n. 2, jul/dez, 2009.
- DISSENHA, Rui Carlo. Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal. *Raízes Jurídicas*, Curitiba, v. 4, n. 2, jul./dez, 2008.
- FRAGOSO, Heleno. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7 ed. São Paulo: RT, 2011.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LLOBET ANGLÍ, Mariona. Terrorismo y “guerra” contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático. 491 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2008.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 5 ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do “diálogo das fontes”. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, nº 15, 2011.

_____. Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes. 265 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa do Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011.

_____. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: B de F, 2006

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.

PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva. Mandado de criminalização decorrentes de tratados de Direitos Humanos. 290 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 4 ed. São Paulo: RT, 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. Meio ambiente e Direito Penal brasileiro. *Ciências Penais*, São Paulo: RT, n. 2, ano 2, jan./jun. 2005.

SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 05 de maio de 2017.

TIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho Penal. Trad. Luis Arroyo Zapatero. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Año 11, núm. 33, Septiembre-Diciembre, 1991.