

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

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal 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

C928

Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende; Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-409-9

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. Criminal. 3. Proteção dos Direitos.
4. Políticas Públicas. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

É com imensa satisfação que nós, Coordenadores do Grupo de Trabalho “CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL I”, Professores Doutores Beatriz Ramos Vargas G. de Rezende (Universidade de Brasília - UnB) e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini (UNICURITIBA), apresentamos à comunidade acadêmica o valioso fruto dos trabalhos apresentados durante o XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, ocorrido nas dependências do Centro Internacional de Convenções do Brasil, situado em Brasília-DF, entre os dias 19 e 21 de julho de 2017, evento científico de grande sucesso de público e que ofertou a sua autorizada contribuição para o crescimento e aprimoramento do saber jurídico brasileiro.

O tema do Encontro foi “DESIGUALDADES E DESENVOLVIMENTO: O papel do Direito nas políticas públicas”. Para além da excelência da proposta, ela foi de uma oportunidade indiscutível, abrangendo toda a programação XXVI CONPEDI, como é o caso do Grupo de Trabalho que dá nome a essa obra, cuja totalidade dos artigos passou por rigorosa e prévia avaliação levada a efeito por, no mínimo, dois Professores Doutores em Direito, antes de sua escolha para apresentação no evento.

Durante os trabalhos do Grupo “Criminologia e Política Criminal I”, os textos foram submetidos à análise dos participantes, discussões havidas no transcurso do dia 21 de julho, numa ambiência marcada pelo intenso debate democrático e respeito às opiniões divergentes, cuja síntese, poder-se-ia afirmar, contribuiu para o aperfeiçoamento dos artigos, numa perspectiva científica responsável.

Foram onze (11) os trabalhos apresentados, na seguinte ordem: “A contribuição da empresa para a crise penitenciária”, de Luís Otávio Sales da Silva Júnior e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini (01); “Política criminal e a Lei Maria da Penha: o deferimento do comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação como a principal medida protetiva de urgência”, de Artenira da Silva e Silva Sauaia e Gabriella Sousa da Silva Barbosa (02); “Terrorismo e direito penal do inimigo: uma análise crítica da Lei n. 13.260 /2016 em face dos direitos fundamentais”, de Gerson Faustino Rosa e Bruna Furini Lazaretti (03); “Teoria da descoberta inevitável: quando a ilicitude da prova é útil ao devido processo legal”, de Misael Neto Bispo da França e Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado (4); “A gestão do corpo negro no Brasil: da democracia racial ao genocídio”, de Vinicius de Souza

Assumpção (5); “A onda punitiva nos contextos norte-americano e brasileiro: a preferência pela via penal para a manutenção da ordem social”, de Brunna Laporte Cazabonnet (6); “A técnica da infiltração policial como meio de investigação e de obtenção de prova e os limites da legalidade”, de Ana Paula Azevêdo Sá Campos Porto e Barbara Campos Porto (7); “As condições degradantes dos detentos nos presídios do Brasil e o RE 580.252: uma análise à luz dos direitos humanos”, de Sidney Cesar Silva Guerra e Vinícius Pinto Moura (8); “Sistemas, teoria da pena e culpabilidade em Günter Jakobs e Niklas Luhmann: ‘do que se trata o caso’ e ‘o que se esconde por detrás’”, de Priscila Mara Garcia e Amanda Tavares Borges (9); “Tutela deficitária do cárcere feminino e os efeitos da prisionização”, de Carla Roberta Ferreira Destro e Larissa Aparecida Costa (10); “Uma análise sobre o estado de coisas inconstitucionais do sistema carcerário brasileiro e a privatização de presídios como solução”, de Olavo Irineu de Araújo Neto (11).

Parte dos trabalhos resultou de pesquisa empírica, com metodologia adequada ao objeto definido, e o conjunto das apresentações produziu uma discussão madura, permeada pela crítica ao sistema prisional brasileiro. O debate também se orientou pela preocupação com o papel da universidade nesse atual contexto de crise do sistema penal e de colapso do sistema de justiça criminal.

Todos os trabalhos guardam pertinência com o tema “Criminologia e Política Criminal” e resultam de pesquisas universitárias abalizadas. Contribuirão, certamente, para novas pesquisas e avanços nessa área, tão sensível e importante para os estudiosos e, principalmente, para a população em geral, pois as políticas públicas na área criminal, especialmente as voltadas à proteção de direitos dos encarcerados e encarceradas significam, a um só tempo, o respeito à dignidade da pessoa humana e o atendimento da força normativa da Constituição de 1988.

Parabenizando os pesquisadores desse Grupo de Trabalho e todos os organizadores do XXVI CONPEDI, esperamos que os nossos leitores façam ótimo proveito dessa obra, representativa de um esforço coletivo e aristotélico na construção do bem comum.

Brasília, julho de 2017.

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - UNICURITIBA

Prof^a. Dr^a. Beatriz Ramos Vargas G. de Rezende - UNB

TERRORISMO E DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA LEI N. 13.260/2016 EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

TERRORISM AND THE THEORY OF ENEMY CRIMINAL LAW: A CRITICAL ANALYSIS OF LAW N. 13.260/2016 IN THE VIEW OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Gerson Faustino Rosa ¹
Bruna Furini Lazaretti ²

Resumo

Recentemente, foi editada a Lei 13.260/2016, que trata do crime de terrorismo. A referida lei, além de definir e punir atos terroristas e criminalizar seus atos preparatórios, também restringe direitos fundamentais e viola princípios do Direito Penal, em nome da luta contra o terror e em flagrante afronta aos princípios constitucionais. Nesse sentido, vê-se uma aproximação da legislação brasileira à teoria funcional sistêmica de Jakobs e um fortalecimento do Direito Penal do Inimigo, eis que a punição dos atos preparatórios do terrorismo evidencia uma política criminal de emergência, focada na proteção ao sistema, em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Atos preparatórios, Direitos fundamentais, Direito penal do inimigo, Princípios constitucionais, Terrorismo

Abstract/Resumen/Résumé

Brazil recently enacted the Law n. 13.260/2016, about the terrorist offenses. That law, besides defining, punishing terrorist acts and criminalizing its preparatory acts, also restricts fundamental rights and violates principles of criminal law, in the name of fighting terror. Thus, we can see an approximation of Brazilian legislation to systemic functional theory of Günter Jakobs and a strengthening of the Criminal Law of the Enemy, behold the punishment of preparatory acts of terrorism shows a criminal policy of emergency, focusing on protecting the system at the expense of human dignity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Preparatory acts, Fundamental rights, Theory of enemy criminal law, Constitutional principles, Terrorism

¹ Professor de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá. Doutorando em Direito pela FADISP. Mestre em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR.

² Mestranda em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Paranaense de Ensino.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal determina a regulamentação dos atos de terrorismo através de uma legislação infraconstitucional (artigo 5º, inciso XLIII). Nesse sentido, devido à necessidade de normatização do referido tema, foi editada a Lei nº 13.260/2016, que trata acerca dos crimes de terrorismo.

Assim, além de definir e punir o terrorismo em si considerado, a referida lei também transformou os *atos preparatórios* daquele delito como tipo penal incriminatório autônomo.

O foco do presente artigo é expor a indevida aproximação da Lei Antiterrorismo à Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günter Jakobs, de forma a transgredir de forma flagrante os princípios fundamentais do Estado democrático de Direito e do Direito Penal, bem como os direitos fundamentais da pessoa humana.

Para tanto, será analisada a criminalização expressa dos *atos preparatórios* na nova Lei Antiterrorismo e o *iter criminis*. Posteriormente, realizar-se-á uma crítica do Direito Penal do autor, ante a grave violação dos direitos fundamentais e dos princípios penais de garantia que o mesmo gera, passando pelo estudo do princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, tanto quanto pelo princípio da culpabilidade e o inimigo no Direito Penal, chegando, então, ao princípio da precaução e à indevida antecipação da intervenção penal.

A presente análise culmina na tutela dos Direitos da Personalidade e na indevida intervenção penal aos *atos preparatórios* do terrorismo, foco principal deste artigo.

Não se espera, com este estudo, esgotar a questão do terrorismo e solucionar todos os seus problemas normativos e jurisdicionais, mas, ao menos, busca-se suscitar o debate acerca da Lei Antiterrorismo Brasileira, recentemente editada, bem como em relação ao terrorismo propriamente dito, em especial no que tange à punição de seus *atos preparatórios*, eis que é um assunto extremamente delicado e de imensa importância.

1. A CRIMINALIZAÇÃO EXPRESSA DE ATOS PREPARATÓRIOS PELA NOVA LEI ANTITERRORISMO E O *ITER CRIMINIS*

Na Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, inciso XLIII, há a determinação ao legislador infraconstitucional acerca da necessidade de realizar a regulamentação do crime de terrorismo¹.

Dessa forma, recentemente foi editada a Lei nº 13.260/2016, que trata acerca dos crimes de terrorismo.

A referida lei trás, em seu artigo 2º, o conceito de terrorismo, consistente 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”.

Nesse sentido, o artigo supracitado caracteriza como “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; 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.

Assim, a fim de que se compreenda melhor os tipos penais descritos na referida lei e, especificamente, a punição dos atos preparatórios do terrorismo, em seu artigo 5º, são necessários breves apontamentos acerca do *iter criminis*, que corresponde ao caminho que o agente realiza para a prática do delito e se traduz em diversas etapas, sendo elas: a cogitação, os atos preparatórios, os atos executórios e a efetiva consumação.²

A primeira fase do *iter criminis*, de cogitação, consiste na criação da ideia do cometimento do delito pelo agente. Esta é uma fase interna, na qual o sujeito cogita a prática do delito e o aceita, sendo que não há qualquer exteriorização deste pensamento para o mundo real e, portanto, é impunível penalmente.

¹ Art. 5, inciso XLIII, da Constituição Federal: “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”.

² CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Na sequência, ocorre a primeira fase externa do *iter criminis*, consistente na fase dos atos preparatórios, na qual o agente, sem iniciar a execução das condutas inseridas no preceito primário do tipo penal, realiza a preparação para a efetivação destas. Em regra, esta fase do *iter criminis* não é punível, contudo, como se verá adiante, é exatamente esta fase que se encontra tipificada pelo artigo 5º da Lei nº 13.260/2016.

Posteriormente, há o agente dá início aos atos de execução, com a realização material das elementares descritas no tipo penal, a fim de efetivamente consumir o delito planejado.

Nesse contexto, nos interessa analisar o art. 5º, que pune os atos preparatórios do terrorismo³.

Em análise ao referido artigo, pode-se perceber uma aproximação da legislação brasileira à teoria funcional sistêmica de Günter Jakobs, eis que o texto legal evidencia uma política criminal de emergência, com foco na proteção ao sistema. Ou seja: a referida legislação busca proteger as atividades tipicamente funcionais do Estado em detrimento da dignidade da pessoa humana, antecipando o momento da punição do agente, que não se dá quando da efetiva realização do delito de terrorismo, mas sim a partir da comprovação da realização dos atos preparatórios à realização daquele.

Nesse contexto, há um fortalecimento do Direito Penal do Inimigo, através da punição de condutas que violam regras que não atingem um bem jurídico, a fim de proteger a função do sistema de segurança pública como ferramenta de integração e prevenção social. Nas palavras de Jakobs⁴, “dito de outro modo, o lugar do dano atual à vigência da norma é ocupado pelo perigo de danos futuros: uma regulação própria do Direito penal do inimigo”. Isso, no caso dos terroristas, “em princípio, adversários, pode ser adequado, isto é, tomar como ponto de referência as dimensões do perigo, e não o dano à vigência da norma, (...)”.

Veja-se, portanto, que o legislador procurou evitar que fosse passível de punição o agente tão somente a partir do início da execução de atos materiais destinados à realização do ilícito. Dessa forma, antecipou-se na configuração do delito, punindo o ato preparatório ao terrorismo, mesmo antes do início de qualquer ato executório.

³ Lei nº 13.260/2016, 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.

⁴ JAKOBS, Gunter. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 2ª Ed. Tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Editora: Livraria do Advogado. 2007. Pág. 44.

Ou seja: o legislador infraconstitucional, no artigo em comento, antecipou-se à consumação do delito e, inclusive, ao início de sua execução, punindo-o mesmo não tendo transcorrido todo o *iter criminis*.

Verifica-se, ainda, que o artigo 5º da Lei em comento, que pune os atos preparatórios do terrorismo, traz uma descrição vaga, imprecisa e aberta à discricionariedade, em violação aos princípios do direito penal, inviabilizando a compreensão e o alcance do tipo penal. É visível, também, que o interesse do legislador, ao editar o presente artigo, foi de neutralizar o agente para impedir que ele pratique outros crimes.

Este artigo altera os limites do Direito Penal, de forma a violar explicitamente os princípios da lesividade e da intervenção mínima, além de restringir ou extinguir direitos fundamentais, como o de reunião e manifestação, em nome da luta contra o terror.

Em síntese, a referida tipificação penal viola de forma latente a dignidade da pessoa humana e todas as garantias constitucionais, penais e processuais penais ao sujeito incriminado.

Além disso, o referido artigo apresenta texto excessivamente genérico, o que implica em um elevado grau de discricionariedade dos aplicadores da norma e, conseqüentemente, insegurança jurídica, uma vez que as autoridades encarregadas da subsunção da conduta à norma podem conduzir ao enquadramento equivocado de qualquer ação que tenha um fim político ou reivindicatório como uma atividade terrorista.

2 O DIREITO PENAL DO AUTOR E A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA

2.1 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS

Na atualidade, observa-se a existência de uma legislação latino-americana com tendência marcadamente autoritária e irracional na tipificação dos delitos, que propõe a equiparação dos delitos tentados aos consumados; o tratamento idêntico aos partícipes e autores; um esvaziamento dos bens jurídicos tutelados, chegando-se aos tipos penais de autor, com a inversão da máxima *in dubio pro reo* para *in dubio pro societate*; a violação à racionalidade e à humanidade das penas, mediante a fixação, na lei, de mínimas altíssimas, as

quais impedem os juízes de quantificá-las em consonância com o conteúdo do injusto e com a culpabilidade⁵.

Diante disso, critica-se a excessiva intervenção estatal na vida privada dos seus cidadãos, sob o argumento de que a Constituição Federal salvaguardou, em seu art. 5.º, os direitos à *liberdade (caput)*, à *manifestação do pensamento (IV)*, à *liberdade de consciência (VI)*, à *intimidade e à vida privada (X)*, limitando a invasão do Poder Público na esfera do particular, inclusive no que tange à atuação do legislador, a fim de se evitar que se caminhe para um totalitarismo estatal, na contramão da autonomia pregada pelo Estado democrático de Direito hodierno.

Neste espírito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada ilegítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isso vale a dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade da pessoa humana⁶.

Assim, a missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais mais elementares⁷. Por sua vez, bem jurídico é, objetivamente, o bem considerado vital, da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social, é protegido juridicamente. Logo, nenhuma reforma do Direito Penal pode ser aceitável se não se dirige à proteção de algum bem jurídico, por mais que esteja orientada aos valores da ação.

Substancialmente, o bem jurídico, tido como ponto central da estrutura do delito, constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador – trata-se, pois, de dado social preexistente. Desta forma, a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra, daí seu aspecto restritivo. Isso porque o fim do Direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa, não podem ser de modo algum, criação ou elaboração meramente jurídica, mas impõem-se a ela⁸.

⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La legislación "anti-droga" latinoamericana: sus componentes de Derecho penal autoritario*. Porto Alegre: Fascículos de Ciências Penais: Drogas – abordagem interdisciplinar, 1990, p. 16, v. 3.

⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 73.

⁷ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 102.

⁸ Dito de outra forma, o ordenamento jurídico não cria o interesse, cria-o a própria vida, mas a proteção do Direito eleva o interesse vital à categoria de bem jurídico (LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Luís Jimenez de Asúa. 3. ed. Madrid: Reus. t. 2, s.d., p. 6).

Assim, sem a presença de um bem jurídico digno de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de Direito⁹. Note-se, que a ideia de bem jurídico é de extrema relevância, já que a moderna Ciência Penal não pode prescindir de uma base empírica nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção. Também não pode renunciar a um dos poucos conceitos que lhe permitem a crítica do Direito positivo¹⁰.

Nesse contexto, questão digna de referência é a importante distinção entre bem jurídico e função, uma vez que a norma penal deve tão somente proteger bens jurídicos e não meras funções, ditas motivos ou razões da tutela, que se referem ao objetivo que se busca alcançar com a tutela penal, não sendo possível erigi-los à condição de bem jurídico. A discussão acerca do bem jurídico penalmente tutelado nos remete diretamente ao estudo da função (missão¹¹ ou finalidade¹²) do próprio Direito Penal, a qual consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à comunidade. Incumbe-lhe, através de um conjunto de normas (incriminatórias, sancionatórias e de outra natureza), definir e punir as condutas ofensivas à vida, à liberdade, à segurança, ao patrimônio e outros bens declarados e protegidos pela Constituição Federal¹³. Ademais, não se permite deduzir proibições de Direito Penal dos princípios de uma certa conduta ética, nem tampouco se impor premissas ideológicas ou religiosas com a ajuda do Direito Punitivo. Verifica-se, desta forma, que o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais¹⁴.

Nesta seara, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro é elaborado como um sistema escalonado de normas¹⁵, sendo as normas constitucionais superiores, e que devem nortear e inspirar todo o arcabouço jurídico, demonstrando-se o *princípio da supremacia*

⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilla: Public de la Universidad, 1974, p. 21-22.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 21.

¹¹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopffholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

¹² BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – parte geral*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, t. 4^o, 1966. p. 28, v. 1, leciona que “o fim do Direito Penal é a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública etc.”

¹³ Ao Direito Penal, portanto, incumbe a garantia dos pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas. Ou seja, o Direito Penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do Direito Civil, de uma proibição de Direito Administrativo ou de outras medidas preventivas extrajurídicas (ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32).

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 62.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 374-376.

*imane*nte da Constituição - a qual embasa todas as leis elaboradas sob a sua égide -, princípio este que objetiva garantir a liberdade humana contra os abusos do poder estatal¹⁶. Motivo pelo qual, tais leis, para serem válidas, necessitam estar em consonância com a Carta Federal, e os bens jurídicos fundamentais devem ser tutelados pelo Direito Penal, e é a Constituição Federal que define quais são esses valores, e não a legislação infraconstitucional¹⁷.

Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir além do necessário para que se alcance uma *coexistência livre e pacífica*¹⁸. De modo que, qualquer intervenção nessa área deve ser proporcional¹⁹, obediente à dignidade humana e à igualdade²⁰, uma vez que, o bem jurídico tutelado deve ser tão importante, ou mais, do que a liberdade que será cerceada com a intervenção da ingerência penal²¹.

Welzel, desde 1930, quando desenvolveu sua tese sobre a teoria finalista, já defendia, como função do Direito Penal, a proteção de bens jurídicos, preocupando-se em descrever limites à função seletiva do legislador quanto à escolha de bens a tutelar por meio de normas penais²². A lei penal, portanto, tem a finalidade de impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios menos gravosos²³, posto que a tutela de bens jurídicos significa impedir danos sociais.

Assim, considerando-se a ordem jurídico-penal sob o pressuposto de garantia, a incriminação de uma conduta só deve ter por objeto jurídico o que possa decorrer de um ente real e estável – a pessoa humana – e não de uma função, sendo inválidas as normas que assim

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225, pondera que “a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios”.

¹⁷ Cf. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 62, tratando da Teoria Constitucional Eclética.

¹⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 229. Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei. Dito de outra forma, as penas previstas em lei devem ser proporcionais aos delitos, e, de certo modo, ao dano causado à sociedade. O dano à sociedade é a verdadeira medida dos crimes.

²⁰ Recorde-se que a ideia de se tutelar a dignidade humana e a igualdade resulta do pensamento iluminista, segundo o qual, tais princípios (ou postulados) compõem condição essencial da liberdade individual.

²¹ PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro: parte geral - artigos. 1º a 120*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1, p. 174.

²² WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 35-42. Em suma, a finalidade do Direito Penal é a “proteção subsidiária dos bens jurídicos”, sendo que são bens jurídicos “todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade; e subsidiariedade significa a preferência por medidas sócio-políticas menos gravosas (ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 35).

²³ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 39, preconiza que, segundo a subsidiariedade ou intervenção mínima, só se legitima a criminalização de um fato, se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Logo, somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.

o considerem. A distinção entre função e bem jurídico é, pois, essencial a um Direito Penal democrático.²⁴

2.2 O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E O INIMIGO NO DIREITO PENAL

Atribui-se à Günther Jakobs a responsabilidade de ter adaptado o Direito Penal à teoria dos sistemas sociais de Luhmann (teoria sociológico-sistêmica), com sua teoria da imputação normativa²⁵. Segundo Jakobs, o Direito Penal encontra-se determinado pela função que lhe é atribuída no sistema social, de modo que o próprio Direito Punitivo é também tido como um sistema autônomo, autorreferente e autopoiético, dentro de um sistema maior, que é a sociedade. Tem ele, portanto, suas regras próprias, devendo a elas se submeter²⁶.

Apesar de reconhecer que o Direito Penal tem como função salvaguardar os valores ético-sociais da ação²⁷, distingue-se, todavia, da doutrina finalista por sua mudança de enfoque metodológico, quando parte da missão do Direito Penal e não da essência dos objetos da dogmática, chegando ao extremo de renormativizar os institutos penais diante do naturalismo psicológico de Welzel²⁸. Destarte, caso venha qualquer indivíduo a descumprir sua função social na humanidade, ser-lhe-á atribuída uma sanção penal, posto que a autoridade da lei penal somente se alcança com sua rígida e constante aplicação²⁹. Isso porque ao Direito Penal incumbe garantir a vigência da norma, a autoridade da lei penal, e não a proteção de bens jurídicos.

Importa mencionar brevemente que, como consectário lógico do funcionalismo sistêmico, em 1985, Günther Jakobs desenvolveu a teoria do *Direito Penal do inimigo*, quando tratou acerca da possibilidade de se punir atos preparatórios da conduta delitiva. Nessa linha, Jakobs constrói sua teoria justamente para os Estados Democráticos de Direitos, considerando “inimigo” todo aquele que rejeita, não reconhece e não participa do sistema

²⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 212.

²⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*. Trad. Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 81.

²⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales Murillo. 2. Ed. Madrid: Marcial Pons. 1997, p. 167.

²⁷ Vide WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

²⁸ Para Jakobs, um sujeito não é, em tese, aquele que pode ocasionar ou impedir a consumação do delito, senão aquele que pode ser por este responsabilizado. A perspectiva normativista tem como pilares estruturantes a função geral preventiva atribuída à pena e as normas jurídico-penais como seu objeto de proteção.

²⁹ Dito de outra forma, para o funcionalismo sistêmico de Jakobs, a missão do Direito Penal a aplicar o comando contido na norma penal, pois somente ter-se-á o merecido respeito diante da reiterada incidência da *criminalis legem* (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales Murillo. 2. Ed. Madrid: Marcial Pons. 1997, p. 168-169).

normativo e a ordem social vigentes, colocando-se à margem³⁰. Por tais motivos, as garantias, as sanções, os institutos clássicos conquistados pela humanidade não o alcançam, pois, o inimigo não cumpre “o contrato social³¹”. Tais sujeitos não oferecem nenhuma segurança cognitiva, pois não conseguem assimilar a norma e a ordem, por isso, para eles não há Direito, mas sim uma legislação de luta, de combate, que no fundo traduz-se em um “não Direito”, de pura coação, com escopo unicamente de neutralizar o indivíduo, oferecendo-lhe respostas diferenciadas para recuperar e preservar o sistema normativo por ele ferido e rejeitado.

Desta forma, ter-se-ia dois Direitos Penais: um para o cidadão, e outro para o inimigo. Todavia, apesar de sólida, sedutora e muito bem fundamentada a tese de Jakobs, alguns questionamentos ainda estão sem a devida resposta, tais como: quem é o inimigo? A quem compete rotular o inimigo? Quando nasce tal rótulo? No Inquérito Policial, no processo ou já nasce com o indivíduo? Ademais, não é possível se rotular indivíduos em um Estado Democrático de Direito como “não pessoa”, posto que a Dignidade da Pessoa Humana é a essência do homem, ao passo que, admitindo algo assim, estar-se-ia relativizando toda a ordem constitucional.

Assim, a *contrario sensu* desta posição, o Princípio da Culpabilidade, corolário do Direito Penal moderno, proclama a responsabilidade penal pessoal (ou seja, subjetiva) e a proibição da responsabilidade penal objetiva, em virtude da exigência do dolo ou da culpa e do nexos causal quando do cometimento de delitos³². Ademais, o princípio da culpabilidade é, também, a segurança de uma pena justa, proporcional à culpabilidade pessoal do autor do delito, frente às penas excessivas, desproporcionais, e analisada em conformidade com gravidade do fato ou sua reprovação moral.³³

Dessa forma, em contraposição à tese do Direito Penal do inimigo, destaca-se que o Direito Penal moderno (inclusive, nesse contexto, o Direito Penal brasileiro) se traduz em um Direito Penal do *fato realizado*, que pune o agente em razão do ato ilegal praticado, e não em um Direito Penal do *autor*, não se admitindo a intervenção penal para punir pessoas por suas ideologias e pelos que elas são.

O Direito Penal de autor, como ressaltado anteriormente, viola os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, “o discurso do Direito Penal de

³⁰ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003. p. 47.

³¹ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato social* (Título original: *Le Contrat Social*, revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

³² PALAZZO, Francesco Carlo. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 52-53.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, volume 1: Parte Geral. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.16.

autor propõe aos operadores jurídicos a negação de sua própria condição de pessoa”³⁴, uma vez que o criminalizado é considerado como um ser inferior, seja moral ou mecanicamente, devendo, pois, ser censurado ou neutralizado.

É nesse sentido que a autora Alicia Gil Gil aborda a demonização do terrorista, ao afirmar que o Direito Penal antiterrorista (tanto em sua regulamentação quanto em sua aplicação jurisprudencial), se caracteriza pelos seguintes elementos: uma ampla antecipação da punibilidade, um aumento desproporcional das penas, uma relativização ou supressão de certos direitos e garantias, bem como a assunção de uma função de identificação, mediante exclusão, de um grupo de sujeitos como “inimigos”³⁵, sendo que esta categorização encontra um âmbito especialmente fértil na legislação antiterrorista, dado que, por si só, o terrorismo se auto explica e se auto justifica mediante um discurso de amigo-inimigo (endogrupo-exogrupo), restando, portanto, muito difícil ao legislador e aos aplicadores da lei que não caiam na armadilha desta dialética³⁶.

Assim, a doutrina moderna tem colocado em evidência que, como corolário lógico do princípio de culpabilidade, emerge o Direito Penal do fato, o qual proclama que ninguém é culpado de forma geral, mas apenas em relação ao fato ilícito que cometeu. Portanto, a culpabilidade deve-se sempre referir a um fato determinado, dentro dos limites da autonomia de vontade do autor³⁷.

A conclusão que se pode extrair da análise do Princípio da Culpabilidade é que o legislador brasileiro optou pelo Direito Penal do fato, não sendo possível, conseqüentemente, tipificar ou sancionar o caráter ou modo de ser do agente, pois, no âmbito do Direito Penal, não se deve julgar a pessoa, mas exclusivamente seus atos. Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli observam que “um Direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação”³⁸.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro - I*. 2. ed. Rio de Janeiro: 2003, p. 131-133.

³⁵ GIL GIL, Alicia Alicia. *La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto “Organización Terrorista”*. ADPCP, vol. LXVII, 2014, p. 108.

³⁶ GIL GIL, Alicia Alicia. *La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto “Organización Terrorista”*. ADPCP, vol. LXVII, 2014, p. 109.

³⁷ PIERANGELI, José Henrique. Desafios dogmáticos da culpabilidade. *Revista dos Tribunais*, n. 761, mar. 1999, p. 450.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1997, p. 119-120.

2.3 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A INDEVIDA ANTECIPAÇÃO DA INTERVENÇÃO PENAL

O atual modelo social estrutura suas relações de produção e de convivência sobre o risco, em decorrência das novas tecnologias e da intensificação da produção em massa, tais como atividades industriais em larga escala, energia nuclear, novos produtos no mercado, biotecnologia, entre outros, são exemplos dos novos riscos, com grande potencial ofensivo. A partir disso, surgem, então, técnicas de mensuração e gerenciamento desses riscos, que buscam mantê-los em um grau mínimo para a preservação do modelo de produção e a restrição aos excessos. É a partir dessas técnicas que pode-se falar sobre o princípio da precaução.³⁹

O Princípio da Precaução advém do Direito alemão, na década de 1970, tendo sido consagrado internacionalmente na “Declaração do Rio Janeiro”, oriunda da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada em 1992, encontrando-se presente no Princípio 15 daquela. O referido princípio foi, também, expressamente previsto na Convenção da Diversidade Biológica e na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança Climática.⁴⁰

A aplicação do princípio da precaução implica na adoção de medidas anteriores à ocorrência de um dano concreto, especialmente quando inexista certeza sobre a extensão e consequências da lesão.

Dentro deste contexto, a utilização do Direito Penal como forma de assegurar o cumprimento de medidas de precaução é realizada através dos crimes de perigo abstrato, que dispensam o resultado de perigo ou de lesão concreta, atrelando o desvalor unicamente à ação descrita.

Nesse sentido, o princípio da precaução parte de uma análise da sociedade de risco e culmina na compreensão da questão do terrorismo como uma constante ameaça ao bem-estar coletivo.

A esse respeito, os autores Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila asseveram que “a consagração do princípio da precaução em instrumentos legais nacionais e

³⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁴⁰ HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 97-122, jan. 2002. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15317/13912>>. Acesso em: 06/08/2016. Doi: <http://dx.doi.org/10.5007/15317>.

internacionais corrobora uma radicalização na percepção social do risco”. Além disso, destacam que “essa incorporação pretende transformar o princípio da precaução em supedâneo do desenvolvimento sustentável e em garantia de uma incipiente responsabilidade penal em um contexto global e transnacional. E isso sob o argumento de que existem indícios sérios de que determinadas atividades acarretam consequências graves e provavelmente irreversíveis a bens jurídicos fundamentais, o que exigiria medidas precoces para conter a concretização desses riscos”⁴¹.

Em matéria de terrorismo, muitas legislações (inclusive a legislação pátria) têm se caracterizado pela evolução ao Direito Penal do Inimigo. Nas palavras de Alicia Gil Gil, seguindo a orientação doutrinária de Manuel Cancio Meliá, o conceito do Direito Penal antiterrorista tem se caracterizado por englobar as seguintes características: uma ampla punibilidade, um aumento desproporcional das penas, a relativização ou a supressão de determinados direitos e garantias, e a assunção de uma função de identificação, mediante exclusão, de um grupo de sujeitos como inimigos, como ressaltado no tópico anterior.⁴²

Assim, a antecipação da punibilidade do terrorismo, incluindo-se aí a punição de seus *atos preparatórios*, pode conduzir a atos que, em si mesmos, não poderiam ser considerados terroristas⁴³. Dessa forma, verifica-se, atualmente, a um uso exacerbado do termo “terrorista”, bem como uma demonização de tudo aquilo que se encontra incluído neste termo, com uma consequente perpetuação da divisão entre “os nossos” e “os outros”, que alimenta a teoria do Direito Penal do Inimigo⁴⁴, o que, na visão deste trabalho, é inaceitável, ante a manifesta transgressão aos direitos personalíssimos.

Sobre o tema, Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila atentam para o fato de que “a ampliação do campo de atuação do Direito Penal para atender aos ideais de prevenção enfrenta dilemas estruturais. Com efeito, a dúvida quanto à legitimidade de um Direito Penal preventivo se apresenta em diversas etapas, principalmente na construção e aplicação dos tipos penais.” Assim, a introdução de novos tipos penais “não seria mais que um aspecto da tendência expansionista do sistema penal. Identifica-se, a partir daí, um campo problemático de contradições, que contrapõe princípios tradicionais do sistema penal às exigências de controle e segurança dos fenômenos da sociedade de risco”, de forma que “o

⁴¹ ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. *Princípio da Precaução e Responsabilidade Penal em matéria ambiental*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fbdd952178a0387b>>. Acesso em: 09/08/2016.

⁴² GIL GIL, Alicia. *La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto “Organización Terrorista”*. ADPCP, vol. LXVII, 2014. Pág. 105-154.

⁴³ GIL GIL, Alicia. *Op. Cit.* Pág. 147.

⁴⁴ GIL GIL, Alicia. *Op. Cit.* Pág. 109.

uso dos tipos de perigo abstrato contribui para a ampliação do aparato penal, abandonando a lesão ao bem jurídico (desvalor do resultado) como centro gravitacional do sistema punitivo.”⁴⁵

3. A TUTELA LEGAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INDEVIDA INTERVENÇÃO PENAL

Primeiramente, em relação ao reconhecimento dos direitos individuais e inatos, bem como do desenvolvimento da ideia de dignidade humana, é necessário destacar o pensamento de Immanuel Kant, segundo o qual a dignidade, inerente e inata a toda e qualquer pessoa humana, se fundamenta na autonomia ética do ser humano, que engloba a liberdade de que a pessoa dispõe para optar de acordo com a razão e de agir conforme o seu entendimento e opção.⁴⁶

Para Kant, a liberdade é o único direito inato do homem, sendo que todos os demais direitos são adquiridos, inclusive o direito de posse ou propriedade. Segundo o autor, a liberdade é a própria condição da existência da propriedade e a sociedade civil tem como finalidade garantir essa liberdade e por ela se orientar⁴⁷.

Nesse passo, diante da previsão constitucional da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III, da Constituição Federal), posicionando-se como núcleo axiológico de todo o ordenamento jurídico pátrio, tem-se que ter sempre, como prioridade, a pessoa humana, para quem e por quem se construiu e idealizou a figura do Estado moderno, como entidade responsável por assegurar a proteção jurídica dos direitos fundamentais da pessoa, proteção esta que deverá se dar nos termos das diretrizes constitucional⁴⁸. Para tanto, a figura do Estado moderno evoluiu e perpassou três etapas até o momento atual, etapas que correspondem igualmente três fases de direitos fundamentais⁴⁹.

A primeira remonta-nos ao denominado Estado liberal de Direito, em que são principalmente garantidas as liberdades individuais (primeira dimensão de direitos fundamentais), alcançados com o intuito de libertar os indivíduos do absolutismo estatal⁵⁰. O

⁴⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. *Op. Cit.*

⁴⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução por Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986.

⁴⁷ No mesmo sentido, vide TERRA, Ricardo Ribeiro. A doutrina Kantiana da propriedade. *Revista Discurso: Departamento de Filosofia da USP*, São Paulo, n. 14, p. 113-144, 1983. Periódico. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/discurso/article/view/37906/40633>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

⁴⁸ A Constituição do Brasil, por sua vez, inaugura no art. 5.º, capítulo referente aos Direitos e Garantias Fundamentais.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 4-10.

⁵⁰ Nesta esteira, Bonavides leciona que os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu

anseio pelas liberdades frente ao totalitarismo estatal restou demonstrado já em 1215, quando da conquista da Magna Carta pelos ingleses junto ao Rei João Sem Terra, momento em que desejavam que lhes fosse permitido construir livremente suas vidas, legalizando e limitando o totalitarismo do *Leviatã*⁵¹. No fim do Século XVIII, com a Revolução Burguesa e a consequente criação do Estado moderno, alimentam-se, com as ideias iluministas, os ideais libertários⁵², quando se passa a renunciar ao absolutismo romano em favor da liberdade. Entretanto, diante do liberalismo exacerbado, novas necessidades brotaram no seio social, dando ensejo à busca por uma igualdade, capaz de mitigar as discrepâncias resultantes do Estado absentista, nascendo então o *Welfare State*, no qual objetiva-se resguardar, também, os direitos sociais, culturais e econômicos, uma vez que a desigualdade social que resultou do movimento libertador passou a desconfortar a harmonia e a paz social⁵³.

Essa nova face do estatal, de cunho prestacionista (Estado-providência), que atende aos anseios sociais e reduz as desigualdades com mecanismos compensatórios, positivos, surge como reação natural às tendências liberais e, por vezes, desagregadoras. Esse Estado Social segue, então, com o fim de promover mudanças no seio social, no sentido de se adotar como núcleo axiológico-legal de todo o ordenamento jurídico-estatal, a Constituição. Assim, elabora-se o ordenamento jurídico como um sistema escalonado de normas, cabendo às normas constitucionais (superiores) nortear e inspirar todo o arcabouço jurídico, demonstrando-se o *princípio da supremacia imanente* da Constituição - a qual embasa todas as leis elaboradas sob a sua égide -, princípio este que objetiva garantir a liberdade humana contra os abusos do poder estatal⁵⁴.

Surge então, o Estado Constitucional de Direito, em que se manifestam os direitos fundamentais de terceira dimensão, tais como a qualidade de vida, o meio ambiente, a liberdade de informática, a biotecnologia, a paz, entre outros metaindividuais⁵⁵. Em síntese, esse Estado de Direito como Estado constitucional surge fundado na ideia de liberdade dos indivíduos, das comunidades, dos povos, e por ela busca-se a limitação do poder político. Essa ideia de liberdade plasma um estado de espírito, qual seja, o homem como centro

traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o estado. São, por igual, direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõem a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual (BONAVIDES, 2007, p. 563-564).

⁵¹ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

⁵² Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O Contrato Social* (Título original: *Le Contrat Social* revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

⁵³ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 4-7.

⁵⁴ Nessa linha, Canotilho pondera que “a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais” (CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225).

⁵⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 75.

onipresente da esfera política⁵⁶. Troca-se, portanto, a tradição pelo contrato social; a autoridade do monarca pela autoridade nacional; a razão do Estado pelas normas jurídicas; ao invés de súditos, cidadãos; o exercício unilateral pelo exercício compartilhado do poder, exercido pelos representantes da coletividade. Emergem, assim, as normas constitucionais, os direitos fundamentais e as leis como os lúdimos instrumentos jurídicos⁵⁷.

Sendo adotada, nesta esteira, pela Constituição Federal brasileira, os mencionados preceitos de um Estado Constitucional e Democrático, o desrespeito às liberdades da pessoa humana configura frontal violação à dignidade do “homem”, aos direitos da personalidade. Assim, quando, por exemplo, o Estado-legislador ultrapassa, no âmbito penal, as “fronteiras” do que lhe é permitido regulamentar, ou seja, quando ele criminaliza condutas com intuito “político”, especialmente para dar uma resposta imediata a algum fato de repercussão social e midiática, “dando à luz” a leis penais obsoletas, desproporcionais, que não tutelam qualquer bem jurídico de eventual lesão ou perigo de lesão, restar-se-ão violados os direitos individuais de cada cidadão de ter um Direito Penal cuja função é a exclusiva proteção de bens jurídicos. Isso porque, a previsão da “função” do Direito Penal, muito mais do que dirigir a atividade do legislador, é um limite à inflação de leis penais, não podendo este criminalizar condutas que não violem bens jurídicos (alheios) e, de forma grave – ou seja, grave a ponto de nenhum outro ramo do Direito mostrar-se suficiente para protegê-lo -, sob pena de se infringir os princípios da exclusiva proteção dos bens jurídicos, da alteridade e da intervenção mínima do Direito Penal. Todos postulados basilares do Direito Penal garantista, mínimo, dignos do Estado Constitucional de Direito contemporâneo⁵⁸.

E este Direito Penal mínimo deve ser tomado como direito fundamental, tendo em vista, dentre as suas funções, a de defesa ou de liberdade⁵⁹, dispondo que impõe-se ao Estado, nesse momento, um dever de abstenção, que refere-se ao dever de não interferência ou não intromissão, respeitando-se o espaço reservado à sua autodeterminação; nessa direção, impõe-

⁵⁶ GOYARD-FABRE, Simone. *L'état*. Paris: Armand Colin, 1999, p. 84.

⁵⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Coimbra Editora, 2012, t. IV., p. 84 A transmutação da ideia de Estado de Direito à de Estado constitucional é o reflexo de uma tríple mudança operada nos ordenamentos jurídicos: da primazia da lei à primazia da Constituição e do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da Constituição. Ocorre então que a lei cede passagem à Constituição e converte a si mesma em objeto de medida. É destronada em favor de uma instância mais alta (*vide* PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Op. cit.*, p. 52-53).

⁵⁸ Verifica-se que a Lei Penal não atua como limite da liberdade individual, mas como seu garante, ou seja, defendendo a liberdade e não a limitando, devendo ser utilizada somente como *ultima ratio*, e não da forma que vem ocorrendo, como *prima ratio*, meramente simbólica e ineficaz (PRADO, Luis Regis. *Op. cit.*, p. 60).

⁵⁹ Verifica-se, dessa forma, que a função da liberdade dos direitos fundamentais tem dupla dimensão, pois a uma, constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; a duas, implica, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdades negativas) (CANOTILHO, 2002, p. 407).

se ao Estado a abstenção de prejudicar, ou seja, o dever de respeitar os atributos que compõem a dignidade da pessoa humana⁶⁰.

Nesta senda, a política criminal adotada dependerá de cada modelo de Estado, sendo imprescindível, nesse caso, a análise da vinculação axiológica da teoria do delito e de seus conceitos a uma determinada concepção filosófico-política do Direito Penal - leia-se, por exemplo, causalismo, finalismo, funcionalismo etc. - como incumbência do Estado⁶¹. De modo que a *práxis* normativista aqui destacada, identifica-se profundamente com Estados absolutistas, o que não retrata a República Federativa do Brasil, que tem na pessoa humana o seu fundamento (art. 1.º, III, da Constituição Federal)⁶². E se o Estado, através de seu ordenamento jurídico-positivo parte da concepção do homem como pessoa, acaba por firmar sobre esta (pessoa) as suas bases. Consequentemente, estará vinculando-se, na seara penal, à estrutura final da ação no sentido de que a valoração jurídica deve recair necessariamente sobre a unidade *final-causal* da ação humana⁶³. Logo, não poderia recair exclusivamente sobre o lado causal, objetivo, ou externo da mesma sem incorrer numa contradição lógico-objetiva. Menos ainda, poderia pairar sobre ideais normativistas que imputariam objetivamente o resultado à pessoa, independentemente de sua vontade de realização. Pois o conteúdo da vontade de realização do autor (pessoa) deve ser, necessariamente, objeto de valoração jurídica.

Nesse contexto, são diversos os problemas que uma legislação antiterrorista pode trazer dentro de um Estado Democrático de Direito, em algo próprio do Direito Penal do Inimigo, com a adoção de medidas de criminalização desproporcionais, através de tipos penais vazios, que visam tão somente salvaguardar a função do sistema de segurança pública como ferramenta de integração e prevenção social ao bom funcionamento simbólico da pena como mera reação social à sensação de insegurança da coletividade, e não tutelar bens jurídicos concretos.

Torna-se inadmissível, portanto, a tipificação penal dos *atos preparatórios* do terrorismo, eis que a técnica legislativa aplicada à lei em comento é ofensiva ao princípio da

⁶⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 192.

⁶¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 4. ed. Barcelona: PPU, 1996, p. 140.

⁶² Uma alternativa contra tais excessos estatais reside na insistência de se invocar os direitos humanos e as liberdades invioláveis que se consolidaram em grande parte do mundo ocidental, devendo-lhes acolher as constituições democráticas tornando-os de efetivação cogente, em especial para quaisquer dogmática penal, inclusive para as que argumentem político-criminalmente como a de Roxin (*vide* item 5.2, *supra*).

⁶³ WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 13.

legalidade, e a antecipação do *jus puniendi* pelo Estado contradiz o Estado Democrático de Direito e reflete seria e profundamente nos Direitos da Personalidade do indivíduo.

CONCLUSÃO

Durante o desenvolvimento deste trabalho, analisou-se o mandado expresso de criminalização (artigo 5º, inciso XLIII) que embasou a edição da Lei nº 13.260/2016, de forma a regulamentar o delito de terrorismo no Direito brasileiro.

Dessa forma, a partir de uma análise pormenorizada à legislação especial antiterrorista, pode-se chegar ao conceito de terrorismo (art. 2º), bem como às características que definem seus atos preparatórios, que são passíveis de punição em decorrência da referida lei (art. 5º).

Assim, para se compreender melhor a criminalização dos atos preparatórios, realizou-se alguns breves apontamentos acerca do *iter criminis*, que correspondem ao caminho que o agente realiza para a prática do delito e se traduz em diversas etapas, sendo elas: a cogitação, os atos preparatórios, os atos executórios e a efetiva consumação.

Nesse sentido, ao analisar de maneira crítica o artigo 5º da Lei nº 13.260/2016, percebe-se uma aproximação da legislação brasileira à teoria funcional sistêmica de Günter Jakobs, eis que a referida legislação busca proteger as atividades tipicamente funcionais do Estado em detrimento da dignidade da pessoa humana, antecipando o momento da punição do agente, que não se dá quando da efetiva realização do delito de terrorismo, mas sim a partir da comprovação da realização dos atos preparatórios à realização daquele.

Conclui-se então que, através da nova “Lei Antiterrorismo” brasileira, há um fortalecimento do Direito Penal do Inimigo, pela punição de condutas que violam regras que não atingem um bem jurídico, mas sim visam proteger a função do sistema de segurança pública como ferramenta de integração e prevenção social.

Em contraponto à supracitada teoria, tem-se que o Direito Penal moderno busca, essencialmente, a exclusiva proteção de bens jurídicos, de forma que a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, eis que visa a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais mais elementares e não pode ser aceitável se não se dirija à proteção de algum bem jurídico, por mais que esteja orientada aos valores da ação.

Ressalte-se, ademais, que o sistema penal se orienta pelo respeito a certos princípios, como o princípio da culpabilidade, de acordo com o qual a responsabilidade penal deve ser subjetiva, na medida em que busca a punição pelo ato ilegal praticado, e a deve sempre

referir-se a um fato determinado, dentro dos limites da autonomia de vontade do autor, em detrimento do Direito Penal do autor, que busca uma responsabilização objetiva e funda-se na análise do caráter ou modo de ser do agente, o que não se pode permitir.

Destacou-se, outrossim, como corolários do Direito Penal moderno os princípios da dignidade da pessoa humana, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da lesividade e da intervenção mínima, próprios de um Estado de Direito liberal, que não podem ser flexibilizados ou suprimidos em nome da luta contra o terror.

Nesta senda, analisou-se também o princípio da precaução, que implica na adoção de medidas anteriores à ocorrência de um dano concreto, especialmente quando inexistir certeza sobre a extensão e consequências da lesão, e que corrobora uma radicalização na percepção social do risco. Ou seja, em decorrência do referido princípio, que pretende justificar a atuação normativa e jurisdicional em relação à punição dos atos preparatórios do terrorismo, verifica-se atualmente a um uso exacerbado do termo “terrorista”, bem como uma demonização de tudo aquilo que se encontra incluído neste termo, com uma consequente perpetuação da divisão entre “os nossos” e “os outros”, que alimenta a teoria do Direito Penal do Inimigo, o que, no entendimento deste artigo, é inaceitável, ante a manifesta transgressão aos direitos personalíssimos.

Vê-se que são inúmeros os problemas que uma legislação antiterrorista pode trazer dentro de um Estado Democrático de Direito, em algo próprio do Direito Penal do Inimigo, com a adoção de medidas de criminalização desproporcionais, através de tipos penais vazios, que visam tão somente salvaguardar a função do sistema de segurança pública como ferramenta de integração e prevenção social ao bom funcionamento simbólico da pena como mera reação social à sensação de insegurança da coletividade, e não tutelar bens jurídicos concretos.

Conclui-se, portanto, ser inadmissível a tipificação penal dos *atos preparatórios* do terrorismo, eis que a técnica legislativa aplicada à nova lei antiterrorismo brasileira é ofensiva ao princípio da legalidade, e a antecipação do *jus puniendi* pelo Estado contradiz o princípio constitucional do Estado Democrático de Direito e afronta profundamente os Direitos da Personalidade do indivíduo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. *Princípio da Precaução e Responsabilidade Penal em matéria ambiental*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fbdd952178a0387b>>.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, vol. 1: Parte Geral. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GIL GIL, Alicia Alicia. *La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto “Organización Terrorista”*. ADPCP, vol. LXVII, 2014.

GOYARD-FABRE, Simone. *L'état*. Paris: Armand Colin, 1999.

HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 97-122, jan. 2002. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15317/13912>>.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales Murillo. 2. Ed. Madrid: Marcial Pons. 1997.

JAKOBS, Gunter. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 2ª Ed. Tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Editora: Livraria do Advogado. 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução por Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

- LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Luís Jimenez de Asúa. 3. ed. Madrid: Reus. t. 2, s.d.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*. Trad. Alberto Febbrajo. Bologna: II Mulino, 1990.
- LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 4. ed. Barcelona: PPU, 1996.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, t. IV.
- PALAZZO, Francesco Carlo. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990.
- PIERANGELI, José Henrique. Desafios dogmáticos da culpabilidade. *Revista dos Tribunais*, n. 761, mar. 1999.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilla: Public de la Universidad, 1974.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato social* (Título original: *Le Contrat Social*, revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. RJ: Renovar, 2008.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- TERRA, Ricardo Ribeiro. A doutrina Kantiana da propriedade. *Revista Discurso: Departamento de Filosofia da USP*, São Paulo, n. 14, p. 113-144, 1983. Periódico. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/discurso/article/view/37906/40633>>.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Trad. Bustos Ramíres e Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.
- WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La legislación "anti-droga" latinoamericana: sus componentes de Derecho penal autoritario*. Porto Alegre: Fascículos de Ciências Penais: Drogas – abordagem interdisciplinar, 1990, v. 3.