

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

ANTÔNIO JOSÉ DE FIREMAND FIGUEIREDO FERREIRA

REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI ANTITERRORISMO
13.260/2016

RECIFE
2019

ANTÔNIO JOSÉ DE FIREMAND FIGUEIREDO FERREIRA

REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI ANTITERRORISMO
13.260/2016

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Carneiro Leão

RECIFE

2019

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Ferreira, Antônio José de Firemand Figueiredo.
F383r Reflexos do direito penal do inimigo na lei do antiterrorismo
13.260/2016 / Antônio José de Firemand Figueiredo Ferreira. - Recife,
2019.
63 f.

Orientador: Prof. Dr. André Carneiro Leão.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade
Damas da Instrução Cristã, 2019.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Direito penal do inimigo. 3. Velocidades do direito
penal. 4. Terrorismo. I. Leão, André Carneiro. II. Faculdade Damas da
Instrução Cristã. III. Título

343 CDU (22. ed.)

FADIC (2019.1-251)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

ANTÔNIO JOSÉ DE FIREMAND FIGUEIREDO FERREIRA

REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI ANTITERRORISMO
13.260/2016

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador (a):

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Santíssima Trindade, que me cumulou de graças, guiando-me para que fosse possível finalizar este trabalho. E a Nossa Senhora por todas as bênçãos.

A minha avó materna, Carmen Sílvia (in memoriam) que sempre acreditou em mim e que, mesmo estando no céu, intercedeu para que fosse possível concluir o curso de Direito, seu sonho e maior orgulho.

Aos meus pais, que souberam compreender o tempo dos meus passos para que fosse possível finalizar mais uma etapa da jornada da minha vida. A Vinicius Dutra, por todo o apoio, incentivo e carinho, e a todos os amigos que estiveram comigo nesta empreitada.

Agradeço a todos os professores da Faculdade Damas, em especial ao meu orientador André Carneiro Leão, ao professor de orientação monográfica, Ricardo Silva, que me auxiliaram, inúmeras vezes, para que o objeto deste trabalho fosse alcançado e ao professor Aurélio Agostinho da Bôaviagem, por quem conservo profunda admiração.

“Preparar o futuro significa fundamentar o presente”.

Antoine de Saint-Exupéry

“A força do Direito deve superar o direito da força”.

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho busca analisar os reflexos do direito penal do inimigo na lei antiterrorismo 13.260/2016, no intuito de verificar a existência de um direito penal do inimigo na referida legislação. Inicialmente é analisada a teoria de Günther Jakobs em suas bases epistemológicas, através de seus arcabouços filosóficos e sociológicos, chegando ao funcionalismo sistêmico de Jakobs, passando pelas correntes criminológicas que levaram ao surgimento do direito penal do inimigo. Posteriormente são analisadas as críticas feitas ao Direito Penal do Inimigo, tomando como paradigma os doutrinadores Silva Sanchez com sua teoria das velocidades do direito penal, além de Zaffaroni, Alexandre Rocha Almeida de Moraes e Rogério Greco, em que se analisam as hipóteses de admissibilidade de um direito penal do inimigo em relação às garantias penais e processuais elencadas em nosso ordenamento jurídico. Por fim é analisada dogmaticamente a Lei Antiterrorismo, em seus artigos incriminadores, constatando-se que este criminaliza condutas de perigo abstrato como os atos preparatórios ao terrorismo, além de flexibilização de princípios constitucionais da legalidade, proporcionalidade, lesividade e intervenção mínima, portanto, a lei é um reflexo do direito penal do inimigo dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Velocidades do Direito Penal. Terrorismo.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the reflections of the criminal law of the enemy in anti-terrorism law 13.260/2016, in order to verify the existence of characteristics of this theory within the Brazilian legal framework, specifically in the law Anti-terrorism in said legislation. The theory of Günther Jakobs, in its epistemological bases, is analyzed through its philosophical and sociological framework, reaching the systemic functionalism of Jakobs, passing through the criminological currents that led to the emergence of Criminal law of the enemy. Subsequently, we analyze the criticisms made to the criminal law of the enemy, taking as a paradigm the jurists Silva Sanchez with his theory of the velocities of criminal law, besides Zaffaroni, Alexandre Rocha Almeida de Moraes and Rogério Greco, where the hypotheses of admissibility of an enemy's criminal law in relation to the criminal and procedural guarantees listed in our legal framework is examined. Finally, it is analyzed dogmatically the Anti-Terrorism Law, in its incriminating articles, noting that it criminalizes abstract danger conducts such as the preparatory acts of terrorism, as well as the easing of constitutional principles of Legality, proportionality, lesivity and minimal intervention, therefore, the law is a reflection of the criminal law of the enemy within the Brazilian legal order.

Keywords: The enemy's criminal right, Speeds of criminal law, Terrorism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 BASES EPISTEMOLÓGICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	11
2.1 Da Teoria dos Sistemas de Luhmann ao Funcionalismo Sistemico de Jakobs	16
2.2 As Ideias Precursoras do Direito Penal Do Inimigo	19
2.2.1 O Direito Penal Simbólico.....	20
2.2.2 O Punitivismo Penal	22
2.3 O Direto Penal do Inimigo segundo o pensamento de Jakobs	23
3 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL E AS CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	25
3.1 As Três velocidades do Direito Penal	28
3.1.1. Primeira velocidade do Direito Penal.....	28
3.1.2. Segunda velocidade do Direito Penal.....	29
3.1.3 O Direito Penal do Inimigo como terceira velocidade do Direito Penal	30
3.2 Criticas Ao Direito Penal Do Inimigo	31
3.2.1 Posicionamentos Contrários Ao Direito Penal Do Inimigo: O Pensamento De Zaffaroni.	31
3.3 Posicionamentos a favor de um Direito Penal do Inimigo: A Visão de Alexandre Rocha Almeida de Moraes	36
3.4 A posição intermediária de Rogério Greco	38
4 A ANÁLISE DA LEI 13.260/2016 E SUA APLICAÇÃO NA OPERAÇÃO HASHTAG Á LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	41
4.1 Análise Dogmática da Lei 13.260/2016.....	41
4.1.1 O Tipo Penal Do Terrorismo	42
4.1.2 O Delito de Colaboração com Organização Terrorista.....	44
4.1.3 A Punibilidade de Atos Preparatórios de Terrorismo	46
4.1.4 A prisão preventiva com base em atos preparatórios de Terrorismo	48
4.2 A Operação Hashtag.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar os reflexos da Teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na Lei 13.260/2016 denominada Lei Antiterrorismo. Utilizando-se dessas bases epistemológicas são identificados os pontos onde a doutrina do Direito Penal do Inimigo, criada por Günther Jakobs, encontra eco na Lei Antiterrorismo.

A teoria criada por Jakobs esteve em evidência após os atentados do World Trade Center, em 11 de setembro de 2001, onde houve o clamor por medidas mais duras que buscassem evitar e punir os atentados terroristas acontecidos nos EUA, dando origem a políticas criminais que, a pretexto de combater o terrorismo transnacional que surgia, restringiu direitos e liberdades individuais.

A doutrina do Direito Penal do Inimigo, criada pelo jurista alemão Günther Jakobs em 1985 e apoiado na doutrina de filósofos contratualistas como Kant, Rousseau e Hobbes, propõe a divisão do Direito Penal em dois tipos: O Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. O Direito Penal do Cidadão é aquele aplicável as pessoas comuns e que cometem delitos de forma incidental e que transgridem a norma jurídica, mas sem se colocar fora do ordenamento jurídico. Portanto, ao cidadão são oferecidas as garantias constitucionais e penais como forma de reintegrar esse cidadão à sociedade.

Por outro lado, o Direito Penal do Inimigo se aplica àqueles que, com seu comportamento delituoso de forma reiterada, ameaçam não só a sociedade, mas ao ordenamento jurídico em si. Tais indivíduos, no pensamento de Jakobs, não tem a possibilidade e nem o desejo de voltar a cumprir o pacto social e serem reintegrados sendo, portanto, um perigo à vida em sociedade, razão pela qual estes são excluídos de algumas garantias penais, processuais e constitucionais, pois não seriam cidadãos, e não oferecem suficiente segurança cognitiva para serem reintegrados à sociedade, e por isso são segregados.

O Direito Penal do Cidadão visa manter a vigência da Norma através da aplicação de uma Pena, ao ser analisada a conduta delituosa que é cometida pelo cidadão e ponderada a pena na medida de sua culpabilidade. Atua de forma retrospectiva, uma vez que espera o cometimento do delito para então aplicar a sanção normativa como forma de afirmar a vigência da norma jurídica.

O Direito Penal do Inimigo, ao contrário do anterior, visa combater perigos, através da aplicação de uma medida preventiva. Atua de forma preventiva e prospectiva, uma vez que analisa o perigo futuro representado pelo inimigo e, antecipando a tutela penal, mesmo que para os atos preparatórios do crime, aplica severa medida em razão da periculosidade do agente.

A presente pesquisa justifica-se uma vez que em todo o mundo tem havido um crescente clamor pelo combate ao terrorismo, o que motivou a criação de uma legislação pátria que pudesse enfrentar esse tipo de criminalidade. Em 16 de março de 2016, surge a Lei 13.260, com o objetivo de regulamentar o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o Terrorismo, tratando de investigações processuais e reformulando o conceito de organização terrorista.

Ocorre que o referido diploma legal tem, entre seus artigos, posturas de criminalização muito próximas às características do Direito Penal do Inimigo, quais sejam, criminalização de condutas que ainda não ferem o bem jurídico da norma, com a criminalização inclusive de atos preparatórios à prática dos crimes de terrorismo. Desproporcionalidade na punição das condutas, vez que a punição de atos executórios de terrorismo é potencialmente mais branda do que a punição de atos preparatórios. E flexibilização de garantias penais e constitucionais, inclusive com a previsão de prisão preventiva para atos na fase preparatória do crime.

A lei Antiterrorismo foi utilizada pela primeira vez no Brasil com a chamada Operação Hashtag, que visava prevenir atos terroristas durante a realização dos Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro, em 2016. Durante a primeira fase desta operação, houve a prisão preventiva de acusados com base em atos preparatórios de terrorismo, e consequente condenação.

Portanto o problema principal que se impões é: A Lei Antiterrorismo constitui um reflexo do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro? Vistas as características do Direito Penal do Inimigo, é analisada a possibilidade da Lei Antiterrorismo 13.260/2016 ser um exemplo do uso de bases epistemológicas do Direito Penal do Inimigo para a aplicação dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro. Com o Objetivo Geral de Identificar a presença do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro a partir da análise da referida Lei Antiterrorismo.

Os Objetivos específicos são 3:

Em primeiro lugar, identificar as bases epistemológicas do Direito Penal do Inimigo e como surgiu a ideia de inimigo em Jakobs, para então passar à

identificação das características do Direito Penal do Inimigo, conforme o pensamento de Jakobs;

Analisar as críticas que são feitas à tese de Jakobs, utilizando-se de doutrinadores brasileiros e internacionais. Partindo da ideia de velocidades do Direito Penal, tese criada por Silva Sánchez, na qual identifica o Direito Penal do Inimigo como um direito penal de terceira velocidade, são descritas as críticas feitas pelos demais autores ao Direito Penal do Inimigo de Jakobs. Analisar a Lei Antiterrorismo 13.260/2016 para identificar os pontos em comum entre a referida legislação e a Teoria de Jakobs e demonstrar a aplicação da lei antiterrorismo através de análise da primeira fase da Operação Hashtag;

A metodologia utilizada é descritiva-qualitativa, através do método hipotético dedutivo, onde, a partir dos dados e características da Teoria do Direito Penal do Inimigo, suas críticas e análise da Lei 13.260, aliado à aplicação desta lei no território nacional, através da Operação Hashtag, se chega à conclusão se a referida lei abriga ou não as características do Direito Penal do Inimigo.

Opta-se pela utilização de pesquisas bibliográfica, documental, eletrônica, dando-se ênfase à doutrina existente sobre a referida teoria e análise de da legislação antiterrorismo com o auxílio de comentários elaborados por diversos doutrinadores bem como artigos científicos.

No Primeiro capítulo é traçado um esboço da Teoria do Direito Penal do Inimigo, conforme elaborada por Jakobs, de forma a analisar suas bases filosóficas, e penais.

No segundo capítulo são descritas as críticas que são feitas à tese de Jakobs, utilizando-se de doutrinadores brasileiros e internacionais, e partindo da concepção de velocidades do direito penal.

No terceiro capítulo é abordada a Lei Antiterrorismo 13.260/2016, onde são analisados seus artigos, com o auxílio de legislação comentada e de artigos científicos pertinentes ao tema. São apresentadas as características da Lei 13.260 que podem ser consideradas reflexo da teoria do Direito Penal do Inimigo, e feita uma breve análise da utilização desta lei em território nacional, na Operação Hashtag.

2 BASES EPISTEMOLÓGICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Conceito de Direito Penal do inimigo foi utilizado pela primeira vez por Gunther Jakobs no ano de 1985, onde apresentou um conceito de Direito Penal do Inimigo, que não obteve grande repercussão.

Conforme nos conta Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Nesse trabalho Jakobs afirmava, em tom quase trágico, que o Direito Penal deixara de ser uma reação da sociedade ao fato criminoso perpetrado por um de seus membros para tornar-se uma reação contra um inimigo. Como consequência inevitável, já advertira Jakobs que, frente a um 'Direito Penal do Inimigo', não existe hoje uma alternativa visível.¹

Mais tarde, como nos lembra Conde, em outubro de 1999, na chamada Conferência do Milênio, com o tema “Os desafios da ciência do direito penal frente ao futuro”. Jakobs teceu mais considerações sobre seu conceito inicial, ampliando-o e complementando-o.²

Meliá faz um comparativo entre as duas definições:

A noção de Direito penal do inimigo proposta por Jakobs na primeira aproximação (1985) é consideravelmente mais ampla (incluindo setores de regulação mais próximos ao Direito penal da colocação em risco, delitos dentro da atividade econômica) que a da segunda fase (a partir de 1999), mais orientada nos delitos graves contra bens jurídicos individuais (de modo paradigmático: terrorismo).³

Em 2001, após os atentados terroristas ao World Trade Center nos EUA, o mundo voltou-se uma vez mais aos conceitos já enunciados por Jakobs, que continuou desenvolvendo-os até que, em 2003, junto a Cancio Meliá, publicasse sua obra, sistematizando seu pensamento.

Em tal obra, Jakobs criticava a hipertrofia legislativa e as mudanças que ocorriam no direito penal alemão, advertindo “para a necessidade de se delimitar e diferenciar dois modelos de Direito Penal – ‘do cidadão’ e ‘do inimigo’, de forma a

¹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 181-183.

² CONDE, Francisco Munoz. **Direito Penal do Inimigo**; tradução de Karyna Batista Sposato . São Paulo: Juruá, 2012. p. 25.

³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed., 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 28

evitar a completa contaminação do modelo de inspiração iluminista”⁴. Por meio dessa denominação, Jakobs distingue o Direito Penal do Cidadão do Direito Penal do Inimigo:

O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes; o segundo, intitulado Direito Penal do Inimigo, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado.⁵

Jakobs dizia que o direito penal do cidadão seria o direito penal comum, de inspiração clássico iluminista, ao passo que o direito penal do inimigo seria o direito penal estatal direcionado àqueles que são encarados como inimigos, a estes a pena é coação agressiva, que aumenta sua lesividade, se necessário for, até os limites de uma guerra. No entanto, assevera que esta coação teria dois fatores limitantes de sua agressividade, em primeiro lugar o inimigo não seria excluído do conceito de sujeito de direitos. Sendo ainda passível de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. E em segundo lugar e Estado, ainda que tenha a supremacia e o controle do aparato repressivo, não necessita chegar sempre a um estado de guerra. Podendo mitigar sua força, para não impedir um possível acordo de paz com o inimigo. Contudo, a medida levada a cabo contra o inimigo continuaria a ser pura coação, sem maior significado. O direito penal do cidadão tem o objetivo de manter a vigência da norma, ao passo que o direito penal do inimigo visa combater e prevenir perigos.⁶

Sendo assim, ao falarmos de Direito Penal do Inimigo, teremos dois modelos de direito penal: um que vigora para os cidadãos e outro que vigora para os inimigos. Tais direitos penais não são esferas isoladas e sim esferas que se inter-relacionam, e o intuito de Jakobs à época era demonstrar a existência destes, de forma a conseguir delimitar parâmetros e balizas para que um modelo não contaminasse o outro, uma vez que o autor constatava a crescente tendência, na

⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 185

⁵ GREGO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 5ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2010. p. 18

⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed., 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 28

Alemanha, de criarem-se mais tipos penais, e também de se começarem a criminalizar lesões a bens jurídicos ainda em forma prévia.

O Direito Penal do Cidadão, de inspiração iluminista, e com as características de um modelo clássico-liberal, seria aquele aplicado aos delinquentes em geral, e que tem a possibilidade de voltar a cumprir com o pacto social, e voltarem a viver em sociedade. As pessoas nessa categoria, ainda que tenham cometido delitos eventuais, ainda são consideradas cidadãos, pois tem a possibilidade de recuperação.

Por gozarem do *status* de cidadãos, são mantidas para esses delinquentes as garantias processuais e penais.

O Direito Penal do Inimigo se aplica àqueles que, com seu comportamento delituoso de forma reiterada, ameaçam não só a sociedade, mas ao ordenamento jurídico em si. Tais indivíduos, no pensamento de Jakobs, não tem a possibilidade e nem o desejo de voltar a cumprir o pacto social e serem reintegrados sendo, portanto, um perigo à vida em sociedade, razão pela qual estes são excluídos de algumas garantias penais, processuais e constitucionais, pois não oferecem suficiente segurança cognitiva para serem reintegrados à sociedade, e por isso são segregados.

Para clarificar melhor sua teoria, Jakobs busca refletir sobre a finalidade da pena, afastando a ideia de que esta tem o intuito de ressocialização ao afirmar que, na verdade, pena é coação.

Segundo o autor, a pena, além de significar algo, também produz algo, e como exemplo: “o preso não pode cometer delitos fora da penitenciária: uma prevenção especial segura durante o lapso efetivo da pena privativa de liberdade”⁷. A pena precisa ter efeitos, tanto para os fatos pretéritos, com o intuito de puní-los, quanto para os fatos futuros, com o objetivo de preveni-los. E continua o autor:

Todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação, e a coação mais intensa é a do Direito penal. [...] Poder-se-ia argumentar que qualquer pena, ou, inclusive, qualquer legítima defesa se dirige contra um inimigo⁸.

⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed., 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 22.

⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed., 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 24.

Jakobs identificou a existência de dois modelos de Direito Penal: o Direito Penal do Cidadão, e o Direito Penal do Inimigo.

Jakobs sustenta sua teoria com base nos aspectos jusfilosóficos de 4 filósofos: os contratualistas Rousseau, Hobbes, Fichte e Kant.

Utilizando os filósofos escolhidos por Jakobs para desenvolver sua teoria do Direito Penal do Inimigo (Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant) é oportuno analisar o conceito de inimigo, conforme entendido pelos filósofos acima expostos.

Rousseau, filósofo do período Romântico e pai do Contratualismo, chamava de malfeitor aquele que cometesse crimes e via este como fora do Direito Penal, o malfeitor não era um cidadão e por isso merecia morrer como um inimigo.

Para os filósofos que possuem uma concepção estrita de contrato social, caso de Rousseau e Fichte, todo delinquente é um inimigo.

Rousseau sustenta que ao atacar o direito social, o malfeitor deixaria de ser membro do Estado, uma vez que se encontraria em situação de guerra com este, e a pena dirigida ao malfeitor seria a confirmação dessa situação. Como consequência, diz que o culpado deve ser morto mais como inimigo do que como cidadão.⁹

Conforme se observa, o delito cometido é uma ofensa ao contrato social estabelecido entre o cidadão e o Estado, de forma que, com o cometimento do ato delituoso, o agente se colocaria fora do Pacto Social e, portanto, seria tratado como inimigo. Não podendo mais gozar dos direitos concedidos aos cidadãos, ou seja, aqueles que se encontram dentro da esfera do pacto social, e que com isso possuem relação jurídica com os demais.

Fichte argumenta na mesma linha, pois, conforme podemos perceber,

Quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos.¹⁰

E vai além pois diz que “Ao condenado se declara que é uma coisa, uma peça de gado”¹¹.

⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed., 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 24

¹⁰Ibid. p. 25

¹¹Ibid. p. 25.

Por último, mas não menos importante, Fichte afirma que a execução de um criminoso não é uma pena, mas só instrumento de segurança.¹²

Jakobs, no entanto, não segue o pensamento de Rousseau e de Fichte, pois, em sua concepção “a separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata”¹³, e, não guardariam coerência com a noção da Função de Direito e finalidade da pena defendidas por ele.

Quanto aos demais filósofos utilizados por Jakobs como arcabouço epistemológico para a construção de sua teoria do Direito Penal do Inimigo, ainda restam elucidarem-se os pensamentos de Hobbes e de Immanuel Kant.

Tais pensadores não pensavam no criminoso, por si próprio, como um ser alheio ao pacto social. Estes tem uma concepção menos restritiva que Rousseau e Fichte, e ainda que legitimem a concepção de inimigo, possuem características diferentes das apresentadas pelos seus predecessores.

Jakobs nos diz que para Hobbes, o cidadão não poderia eliminar, por si próprio, o status cidadão, porém em caso de rebelião, como a alta traição, a situação seria outra, uma vez que a natureza deste crime seria a quebra do contrato social e uma consequente queda ao estado de natureza, razão pela qual, os que cometem tais crimes não são castigados como súditos, mas como inimigos.¹⁴

Hobbes com isso estabelece um marco entre a distinção de cidadão e inimigo. O cidadão não poderia abrir mão de sua cidadania, e com isso, encontrava-se abrigado dentro do Contrato Social, a menos que cometesse um crime de alta traição, vez que a natureza deste crime seria em si própria um atentado ao Contrato estabelecido entre este e o Estado. Esta seria, para Hobbes, o único crime que justificaria a ruptura do contrato social.

Já Kant, para quem o modelo contratualista é o que legitima e delimita o poder punitivo estatal, situa a controvérsia na passagem de um ‘estado de natureza’, Para um estado de cidadão. Na ótica kantiana, toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã¹⁵.

¹²ibid.

¹³ibid.

¹⁴HOBBS, 1984, apud JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed., 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 26.

¹⁵JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. Ed., 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 27

Percebe-se daí uma mudança de paradigma, em que antes o Estado alijava o delinquente de seu *status* de cidadão, e agora o posicionamento é de procurar forçar o cidadão a voltar a esse *status*.

Para Kant, o cidadão é livre ao agir segundo as leis, porém Jakobs,¹⁶ ao sintetizar o pensamento de Kant, diz que “Quem não participa na vida em um estado comunitário-legal deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso não há que ser tratado como pessoa, mas [...] como inimigo”.

Hobbes e Kant, como se nota, tem posturas muito diferentes da postura estrita de Rousseau e Fichte. Para Hobbes e Kant, o ato de um delinquente cometer um crime não afasta o Direito Penal do cidadão de incidir sobre este, vez, que não há ainda completa ruptura entre o pacto social, o indivíduo continuaria sendo cidadão ao delinquir de forma eventual, ao cometer um deslize, pois não há habitualidade na delinquência. Em Hobbes o delinquente eventual não perde seu caráter de cidadão, apenas em caso de alta traição. E em Kant o indivíduo só perderia o caráter de cidadão ao permanentemente ameaçar a sociedade com seu comportamento, através de sua recusa a submeter-se a um Estado e a viver em harmonia com seus pares.

2.1 Da Teoria dos Sistemas de Luhmann ao Funcionalismo Sistêmico de Jakobs

Para melhor compreender a visão de Direito Penal de Jakobs e entender como este chegou à idéia de Funcionalismo Sistêmico, é fundamental analisar a teoria do sociólogo Niklas Luhmann, que concebeu a Teoria dos Sistemas, na visão Luhmanniana a sociedade seria um sistema social altamente complexo e contingente. Um sistema pode ser chamado de complexo quando contém mais possibilidades do que pode realizar num dado momento. As possibilidades são tantas que o sistema vê-se obrigado a selecionar apenas algumas delas para poder continuar operando. A esta escolha de alternativas é denominada a contingência de um sistema social. Os sistemas sociais teriam a função de buscar reduzir a complexidade dele em relação aos sistemas ao seu redor e trazer a estes, ao menos

¹⁶JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. Ed., 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 27

uma complexidade determinável. Esta redução da complexidade se dá através do conceito de expectativa, existindo dois modos: as expectativas cognitivas e as expectativas normativas.¹⁷

As expectativas cognitivas são aquelas nas quais existe a possibilidade de modificação frente aos desapontamentos, ou seja, a frustração de uma expectativa prévia, de maneira a se adaptar à realidade após a frustração, portanto são aquelas em que é possível ocorrer um aprendizado. Esse tipo de expectativa é típico de um sistema científico, cujas hipóteses são alteradas quando contradizem os fatos, contribuindo para um aperfeiçoamento das expectativas futuras, na medida em que estas forem sendo confirmadas.¹⁸

Já as expectativas normativas são aquelas que, não obstante o desapontamento se mantém, isto é, em caso de frustração à expectativa, esta não é abandonada, e sim conservada, e a frustração à expectativa normativa é resultado de uma ação equivocada, fora das expectativas, em resumo, a responsabilidade pela frustração não se dá pela expectativa normativa ser falha, e sim a responsabilidade recai no autor de uma conduta desviada da norma. Tais expectativas são típicas dos sistemas que intervêm na conduta humana. Assim, as normas jurídicas caracterizam-se como expectativas normativas, estabilizadas de comportamento.¹⁹

O Direito sempre imagina que o desvio de conduta pode acontecer, porém, como as expectativas normativas estão estabilizadas congruentemente – ou seja, reguladas em todas as dimensões – elas são mantidas apesar das frustrações.

Nesse sentido, o Direito Penal, que sendo um subsistema do sistema social apenas se preocupa na manutenção da identidade social, e não um meio de controle social; de modo que a função do Direito penal é corresponder às expectativas normativas da sociedade, protegendo a violação da norma.²⁰

A teoria de Jakobs é também denominada de normativismo porque é livre de dados empíricos. Quem pratica um delito, antes de destruir o bem jurídico, viola

¹⁷ANJOS, MILENA TRAJANO DOS; MACHADO, ÉRICA BABINI LAPA DO AMARAL . DA TEORIA DOS SISTEMAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA ANÁLISE CRÍTICA. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 3, p. 1-19, 2017.

¹⁸LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, vol. I, p. 53

¹⁹Ibid.

²⁰JAKOBS, Günther. **A imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

uma norma e a visão de mundo do delinquente desafia a visão dos demais membros da sociedade que se veem inseguros e desorientados quanto a qual das visões realmente prevalece. Assim, a atuação do Direito Penal através da sanção, reafirmará a expectativa de prevalência do Direito e da norma aos olhos dos demais membros da sociedade.

O objeto do Direito Penal, segundo o funcionalismo normativo-sistêmico seria a proteção da estrutura normativa que garante a relação entre as pessoas. Para Jakobs, a pena cumpre a função de reafirmar a vigência da norma, através da confirmação de expectativa.²¹

O Direito Penal se ocupa das condições de interação, ou seja, da tutela de suas próprias normas sociais. Jakobs, utilizando-se da teoria de Luhmann como seu ponto de partida, ao apresentar os paradigmas do funcionalismo sistêmico, vê o delito como ausência de fidelidade ao Direito, que causa lesão na confiança institucional, uma vez que foram desviadas as expectativas dirigidas ao cidadão.²²

No momento em que o indivíduo comete o delito, estaria frustrando uma expectativa, que é um elemento fundamental da própria sociedade. Consequentemente, em razão deste delito, a norma lesada precisaria ser reafirmada, por meio da pena: a pena seria o mecanismo imprescindível para reestabelecer a confiança no Direito. Desta forma, a norma jurídica é, meramente, a consequência de uma abstração social, estando indiferente à noção de ser humano, como cidadão e pessoa.

A pena, como confirmação da sociedade, tem a missão preventiva de manter a norma como fonte de orientação, no sentido de que quem confia em uma norma deve ser confirmado como pessoa. Esta é a prevenção geral positiva ou confirmatória, pois é uma confirmação perante a sociedade.

Assim, o Direito Penal deve garantir a função orientadora das normas, pois as normas jurídicas buscam estabilizar as expectativas sociais, funcionando como modelo de conduta do cidadão. Ou seja, enquanto o delito é considerado

²¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Jorge Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

²²JAKOBS, Günther. **A imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

negativo (infringe a norma, frustrando expectativas), a pena é considerada positiva (afirma a vigência da norma, negando a infração).

Assim, seguindo parte da teoria de Luhmann, o fato típico não pode configurar lesão a bens jurídicos, senão somente como lesão à juridicidade, sendo a pena a estabilidade normativa, o delito passa a ser uma ameaça à estabilidade social, sendo uma quebra de fidelidade ao Direito.

A pena seria, então, coação. É coação porque é portadora de um significado: portadora da resposta ao fato. O fato (como ato de uma pessoa racional) significa algo, significa uma desautorização à norma, um ataque à sua vigência, e, nesse diapasão, a pena também significaria algo. Significa que independentemente da ação do autor, a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade.²³

Se não há, como afirmado por Günther Jakobs, uma conexão entre as normas e o conteúdo a ser resguardado, o Direito Penal poderia ser utilizado para a manutenção de qualquer ordem jurídica vigente, mesmo que contrárias ao Estado democrático de Direito, e marcadas pelo autoritarismo.

Assim, a Teoria da Imputação Objetiva, ou teoria do tipo objetivo tem seu alicerce na concepção do injusto como incompatível com a norma. Desse modo, seria preciso delimitar os comportamentos socialmente adequados dos comportamentos socialmente inadequados. Só por meio dessa distinção de parâmetros é possível se dizer qual o comportamento exigível de uma pessoa em determinado contexto. Assim, a categoria da imputação do comportamento é estabelecida a partir da ideia de que somente os comportamentos supostamente perigosos podem ser penalmente desvalorados.

2.2 As Ideias Precursoras do Direito Penal Do Inimigo

O Direito Penal, como bem leciona Silva Sanchez, passa atualmente por um fenômeno de expansão nunca antes vista nesta seara do conhecimento jurídico. Várias correntes criminológicas tentaram traçar um panorama ou elaborar respostas para a criminalidade atual, marcada por um mundo cada vez mais globalizado,

²³JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. Ed., 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

conectado, e com bens jurídicos antes não imaginados, como os direitos coletivos, os direitos transindividuais²⁴.

No intuito de esboçar uma imagem mais concreta da atual evolução político-criminal, convém fazer uma breve explanação acerca de duas das modernas tendências do direito penal.

A primeira dá-se o nome de “Direito Penal Simbólico, e à segunda tendência é chamada de ressurgir do punitivismo penal”.

É importante ressaltar que estes conceitos não aparecem de forma “pura” e “completa” no mundo jurídico e legislativo. Estes conceitos, porém, só identificam os aspectos da evolução global no direito penal. São conceitos através dos quais é possível debater determinadas características de diferentes realidades legislativas, mas que não são albergados em sua totalidade por alguma lei, senão apenas algumas de suas características se encontram refletidas na realidade legislativa. No entanto, ambas as linhas de evolução constituem a linhagem do Direito Penal do Inimigo, o que restará demonstrado.

De forma que se poderia dizer que o Direito Penal do Inimigo é a intersecção entre o Direito Penal simbólico, e o “neopunitivismo penal”. Somente considerando válido este pressuposto, é que se poderá compreender o fenômeno do Direito Penal do Inimigo. Feito este devido parêntese, passaremos à análise das referidas correntes criminológicas.

2.2.1 O Direito Penal Simbólico

O Direito Penal Simbólico vem no esteio do fenômeno de neocriminalização a respeito do qual se afirma, criticamente, que “tão só cumprem efeitos simbólicos”.

Quem conjuga o ordenamento penal com elementos simbólicos pode criar a suspeita de que não atenta para a dureza da pena e suas consequências, como a persecução penal, processamento, acusação, condenação e encarceramento. Essa suspeita vem da ideia de um direito penal simbólico no qual se inflige um dano concreto com a pena, para obter efeitos pouco mais que simbólicos.

²⁴ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva, **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2013.

Até que ponto o princípio de que “só uma pena socialmente útil pode ser justa” foi interiorizado (em diversas variantes) pelos participantes no discurso político-criminal?

O Direito Penal simbólico, procura, através do aparato legislativo, banir certas condutas presentes na sociedade, como que para mostrar (e daí vem o nome de simbólico) que essa conduta não é permitida naquela população, no entanto, apesar da reprimenda legal, tal atitude é inócua, uma vez que a conduta delituosa continua a se perpetrar na sociedade, a lei apenas serve ao propósito de se argumentar que “essa conduta já é criminalizada, portanto não acontece na nossa sociedade”. A resposta aos problemas passa a ser o Direito Penal, e através da pena, se procura dar a ideia de que o problema foi resolvido ou, ao menos, encarado.

Ainda sobre o tema vale dizer que “determinados agentes políticos que tão só perseguem o objetivo de dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido”. Predomina uma função latente sobre a manifesta. Há uma discrepância entre os objetivos invocados pelo legislador, e a “agenda real”, oculta sob aquelas declarações expressas.

Em suma “Não se confirma uma determinada identidade social, mas esta se pretende construir por meio do Direito Penal”.²⁵

Ainda sobre o tema, Cancio Meliá nos diz que na “Parte Especial” deste direito penal simbólico corresponde especial relevância – por mencionar somente este exemplo-, em diversos setores de regulação, a certos tipos penais nos quais se criminalizam meros atos de comunicação, como, por exemplo, os delitos de instigação ao ódio racial ou os de exaltação ou justificação de autores de determinados delitos.²⁶

O Direito Penal Simbólico não só implica uma colocação em cena por parte de determinados agentes políticos, mas que, sobretudo é uma autoafirmação por parte da sociedade: “nós não somos assim!” Um exorcismo: “O Racismo não faz parte dessa sociedade!” (isto fica “provado”, de fato, por uma determinada criminalização; independentemente de que esta seja talvez, completamente

²⁵JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed., 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

²⁶JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed., 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

inadequada para atingir um nível de aplicação razoável). A partir daí, Cancio Meliá diz que “Posto que o certo e evidente é que as coisas são justamente ao contrário, em tais casos não se confirma uma determinada identidade social, mas que esta se pretende construir mediante o Direito Penal.”²⁷

O recurso ao Direito Penal aparece como instrumento para produzir tranquilidade mediante o mero ato de promulgação de normas evidentemente destinadas a não ser aplicadas.

2.2.2 O Punitivismo Penal

O Punitivismo penal é uma corrente que defende a ampliação das fórmulas de criminalização, ou o endurecimento das penas para normas já existentes no Direito Penal, sendo uma reforma tanto qualitativa quanto quantitativa das normas penais vigentes, com o intuito de serem aplicadas efetivamente pelo legislador. Tal procedimento é visto como o único critério político criminal e, portanto, acaba por dar luz a uma infinidade de leis penais com intuito criminalizar novas condutas, aumentar o rigor punitivo em outra e ampliar o alcance da legislação penal.

Ao passo que no Direito Penal simbólico o legislador constrói uma legislação como forma de tranquilizar a população e que, na realidade, tal legislação dificilmente seria aplicada a casos concretos, e dificilmente iria produzir os efeitos pretendidos com a norma jurídica, com o Punitivismo Penal as normas promulgadas tem o objetivo de serem aplicadas efetivamente, a ampliação do espectro punitivo penal é justamente o objetivo pretendido com a norma, e não uma mera tranquilização social. Nas palavras de Cancio Meliá:

Neste sentido, parece evidente, no que se refere à realidade do Direito positivo, que a tendência atual do legislador é a de reagir com ‘firmeza’ dentro de uma gama de setores a serem regulados, no marco da “luta” contra a criminalidade, isto é, com um incremento das penas previstas.²⁸

²⁷Ibid. p. 80

²⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed., 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 85

Vistas as características do direito penal simbólico e do punitivismo penal, chegamos agora às características do direito penal do inimigo, conforme enunciado por Jakobs.

2.3 O Direito Penal do Inimigo segundo o pensamento de Jakobs

O Direito Penal do inimigo incorporou aspectos das duas correntes de política criminal apresentadas anteriormente, quais sejam, o Direito Penal Simbólico e o Direito Penal do Inimigo. Porém, os aspectos incorporados pelo Direito Penal do Inimigo seriam justamente a criminalização de cada vez mais condutas e antecipação da pretensão punitiva estatal, de forma a abranger não somente os delitos em sua fase executória, mas também os delitos em sua fase preparatória, aliado ao Endurecimento das penas. Adotar uma espécie de trâmite diferenciado para aqueles assim denominados inimigos. Processo Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Inimigo pretende criar normas severas com “aparência de simbólicas”, mas que na realidade serão aplicadas com todo o rigor àqueles cidadãos que se enquadrarem no conceito de Inimigos Estatais, mostrando que é uma norma com aparência de simbólica, mas que no seu interior possui grande carga punitivista.

Segundo Jakobs, o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos:

Constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: Fato futuro), no lugar de – como é habitual, - retrospectiva (ponto de referência: fato cometido).

As penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada.

Determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Estas seriam as características do Direito Penal do inimigo conforme observadas, e cujos conceitos foram explicitados em três fases distintas: 1985, 1999/2000 e em 2003/2004/2005.²⁹

Vistas essas características, será necessário estudar as críticas feitas à tese de Jakobs, partindo do conceito de Velocidades do Direito Penal, de Jesus-Maria Silva Sanchez, visto que a ideia de velocidades do direito penal foi retomada por diversos autores posteriormente, e que serve como ponto de apoio às críticas que estes fazem à ideia de Direito Penal do Inimigo.

²⁹JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed., 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

3 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL E AS CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A Modernidade trouxe consigo uma infinidade de inovações tecnológicas, metodológicas e conceituais acerca do fenômeno da criminalidade, porém um dos doutrinadores mais inovadores e influentes dos últimos tempos é sem dúvidas Jesus Maria Silva Sanchez, que buscou analisar o fenômeno da expansão do direito penal e chegou à conclusão que esta expansão se dá em velocidades distintas, que variam conforme a postura de política criminal adequada e aplicada ao caso concreto.

Para detalhar a expansão do direito penal, Silva Sánchez criou a chamada Teoria das Velocidades do Direito Penal³⁰.

A respeito desse tema, Silva Sánchez leciona que:

Seria razoável que em um Direito Penal mais distante do núcleo do criminal e no qual se impusessem penas mais próximas às sanções administrativas (privativas de direitos, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político-criminais. A característica essencial de tal setor continuaria sendo a judicialização (e a conseqüente imparcialidade máxima) da mesma forma que a manutenção do significado “penal” dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão.³¹

Desta forma Silva Sanchez ao mostrar-se preocupado com a chegada deste direito penal moderno, típico das sociedades pós-industriais, evitando ao máximo a generalização desta modernização e conseqüente expansão do direito criminal por parte desta cada vez mais veloz sociedade moderna, que estaria se transformando velozmente numa sociedade de riscos.

O direito penal, segundo Silva Sanchez, poderia ser dividido em duas categorias de ilícitos: aqueles que ensejam punição mais gravosa da prisão, e o segundo sendo aquele no qual se procuram alternativas às penas privativas de liberdades.

As Ideias de Jesus Maria Silva Sanchez de 3 velocidades do Direito Penal podem ser traduzidas da seguinte forma:

³⁰SANCHEZ, Jesús-Maria Silva, **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2013.

³¹Ibid. p. 189

- 1- A Primeira velocidade seria pautada no modelo liberal-clássico, traduz a ideia de um Direito Penal da prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios político-criminais iluministas; a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de liberdade, e no qual, segundo Silva Sánchez, devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos.
- 2- A Segunda Velocidade contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a adoção de penas não privativas de liberdade – pecuniárias ou restritivas de direitos; A Segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações em que, ao impor-se só penas pecuniárias ou restritivas de direitos – tratando-se de figuras delitivas de cunho novo -, caberia flexibilizar de modo proporcional esses princípios e regras “clássicos”, a menor gravidade das sanções.
- 3- A Terceira velocidade representaria um Direito Penal da pena de prisão concorrendo com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, que constituem o modelo de ‘Direito Penal do Inimigo’; coexistiriam a imposição de penas privativas de liberdade e, apesar de sua presença, a “flexibilização” dos princípios político-criminais e as regras de imputação;³²

Assim, identifica-se a divisão do direito penal de velocidades, sendo a primeira e a segunda velocidades baseadas na forma de aplicação das penas.

A terceira velocidade do direito penal seria uma junção das características mais gravosas das outras duas, sendo estas a privação de liberdade aliada à flexibilização de garantias e direitos. Silva Sanchez demonstra ter identificado esta terceira velocidade do direito penal ao tomar conhecimento das teorias de Jakobs. Não sendo o criador desta terceira velocidade, e sim identificador, ao aplicar o sistema de Jakobs à sua ideia de velocidades do direito penal.

Sendo estas as três velocidades da Expansão do Direito Penal moderno, conforme apontadas por Silva Sanchez, que qualifica o Direito Penal do Inimigo,

³² SANCHEZ, 2013, apud MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal.** Curitiba: Juruá, 2011. p. 230

conforme enunciado por Jakobs, como uma teoria que segue esta terceira velocidade do Direito Penal.³³ Uma vez que as características do Direito Penal do inimigo são similares às da terceira velocidade do direito penal, como se percebe na antecipação da punição e na quebra a ideia de proporcionalidade das penas, vez que a conduta é punida com o mesmo rigor seja em seus atos preparatórios, seja na conduta tentada ou na consumação do delito.

Outro posicionamento que ilustra uma crítica a certos pontos do Direito Penal do Inimigo pode ser dado por Silva Franco, que nos diz:

Os meios de comunicação de massa começaram a atuar, movidos por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando a ideia de que seria mister, para removê-la, uma luta se, quartel contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinquentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda de tradicionais garantias do próprio Direito Penal ou do Direito Processual Penal.³⁴

Um ponto conflitante na teoria de Jakobs é a semelhança de sua obra com o Direito Penal do autor. Segundo a doutrina majoritária que escreve acerca do Direito Penal do Inimigo, este rompe com as barreiras do Direito Penal clássico, alicerçado no fato, e passa a ter como foco a conduta do agente, ou seja, seu modo de ser.

Conforme nos ensina Cancio Meliá, o princípio do Direito Penal do fato é entendido como aquele genuinamente liberal, no qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos. Em poucas palavras, deve ser excluída a “atitude interna” do agente.³⁵

O autor acima mencionado afirma que a teoria do professor de Bonn irrompe com os postulados do Direito Penal do fato, uma vez que prevê o adiantamento das barreiras punitivas, causando muitas vezes a invasão do âmbito interno do sujeito.

Criticando a teoria de Jakobs, Cancio Meliá aponta que não é que haja um cumprimento melhor ou pior do princípio do direito penal do fato – o que ocorre

³³SANCHEZ, Jesús-Maria Silva, **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 193-197.

³⁴SILVA FRANCO, Alberto. Crimes Hediondos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. P. 32-34

³⁵JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed., 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 108

em muitos outros âmbitos das barreiras de punição – mas que a regulação tem, desde o início, uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos mais que na definição de um fato.³⁶

Assim, a teoria do Direito Penal do Inimigo está menos preocupada em definir um fato criminoso do que identificar um grupo de indivíduos e denominá-los de inimigos.

3.1 As Três velocidades do Direito Penal

3.1.1. Primeira velocidade do Direito Penal

O Direito penal de primeira velocidade seria o direito penal clássico, cuja pena característica é a pena privativa de liberdade, sendo esta a forma de punição adotada para os crimes aí previstos, nesta velocidade devem-se manter de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios criminais clássicos. O rigor penal (pois a privação de liberdade constitui a sanção maior e mais pesada de nosso ordenamento jurídico) deve ser acompanhado do cumprimento igualmente rigoroso de regras e princípios constitucionais clássicos, como presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, e demais princípios constitucionais como a individualização da pena, princípio da legalidade, proibição de penas cruéis e contra os direitos humanos. Conforme Silva Sánchez, é nessa velocidade que “haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais”.³⁷

O cidadão é resguardado do autoritarismo estatal, uma vez que a pena, em caso de sua eventual condenação será uma pena privativa de liberdade, restringindo um direito constitucional fundamental.

Contudo, dada a gravidade da pena aplicada pelo poder estatal, uma vez que fere um dos direitos fundamentais do cidadão, qual seja, o direito à liberdade, esta velocidade do direito penal deve pautar-se pelo rígido cumprimento das

³⁶JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed., 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 109

³⁷SANCHEZ, Jesús-Maria Silva, **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 185

garantias constitucionais, processuais e penais, em ordem a contrabalancear a gravidade da pena imposta. Contudo, uma vez que o garantismo é a regra nessa velocidade, ela será operacionalmente mais lenta do que as outras, já que haverá maior zelo e cautela estatal, com o intuito de não cometer arbítrios.

3.1.2. Segunda velocidade do Direito Penal

Na segunda velocidade do direito penal identificada por Silva Sanchez, o traço característico são as penas restritivas de direito e as penas de multa, uma vez que nessa velocidade, para que seja evitada a pena de prisão, será necessária a flexibilização de direitos e garantias individuais, inversamente proporcional à lesividade sanção. A pena seria mais leve, menos rigorosa e menos restritiva, uma vez que a privação de liberdade não será utilizada. Em casos de penas com restritivas de direitos, penas de caráter pecuniário dado o menor potencial ofensivo dos crimes aí contemplados, a apuração pode ser mais célere, vez que o potencial delitivo é menor nestes casos. Como exemplo desta velocidade de direito penal, podemos analisar a Lei de Juizados Especiais, o instituto da transação penal, entre outros aplicáveis como medidas de segurança e penas de caráter econômico.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais foi influenciada por esta segunda velocidade do direito penal, uma vez que traz em seu bojo hipóteses de sanções alternativas à prisão, sem implicar na privação da liberdade do indivíduo, a exemplo de seu art. 62:

O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.³⁸

Ainda exemplificando a aplicação desta velocidade em nosso ordenamento pátrio, pode ser visto no art. 76, que de forma expressa possibilita ao representante do Ministério Público propor imediata transação penal, sendo dispensável até mesmo uma instrução processual com observância dos princípios de ampla defesa e contraditório.

Conforme nota-se em:

³⁸BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de set. de 1995. Lei de Juizados Especiais. Brasília, DF, set. 1995.

Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.³⁹

3.1.3 O Direito Penal do Inimigo como terceira velocidade do Direito Penal

A terceira velocidade do direito penal é, como já dito anteriormente, a união dos aspectos potencialmente mais gravosos das velocidades anteriores, quais sejam: a pena privativa de liberdade, e as restrições ou supressões dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados ao indivíduo.

Greco caracteriza essa velocidade como sendo híbrida, “ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade)”.⁴⁰

Note-se que não é híbrida quanto aos elementos mais garantistas das velocidades anteriores, como seria o direito penal clássico, nem tampouco apresenta a pretensão de evitar as penas privativas de liberdade, na realidade, se possível serão ainda mais pesadas do que as penas da primeira velocidade do direito penal.

Silva Sánchez atrela a existência de uma terceira velocidade a “fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo, que ameaçam solapar os fundamentos últimos da sociedade constituída na forma de Estado”.⁴¹ Uma vez que a expansão do direito penal, conforme já identificada pelo mesmo autor, passou à ofensividade e perigo de bens difusos, transindividuais e coletivos, não sendo a primeira velocidade o modo mais propício de lidar com esta criminalidade que surgia.

A identificação do Direito Penal do Inimigo como terceira velocidade de um direito penal foi feita pelo próprio Silva Sanchez no curso de sua obra, ao relacionarmos a Teoria do Direito Penal do Inimigo com a terceira velocidade veremos que há um maior rigor por parte do poder judiciário e do legislativo. Por isso, Silva Sánchez ressalta que:

³⁹BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de set. de 1995. Lei de Juizados Especiais. Brasília, DF, set. 1995.

⁴⁰GREGO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 5ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2010. p. 21

⁴¹ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva, **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 193

O Direito Penal de terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos “de emergência”, uma vez que expressão de uma espécie de “Direito de guerra” com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação.⁴²

Devido ao rigor, a privação de liberdade, e a flexibilização de princípios e garantias, ainda não existe na doutrina uma harmonia em relação a esse tema como existe em relação a primeira e segunda velocidade.

Grande parte da doutrina, pautada nos princípios clássicos do direito penal, critica e repele a aplicação desta velocidade do direito penal, caso de Zaffaroni,⁴³ um dos mais eloquentes críticos à teoria de Jakobs, criticando-a desde os primeiros momentos e buscando substituir as bases filosóficas do direito penal do inimigo por outros marcos teóricos da filosofia, de forma a fazer uma crítica comparada, outros críticos à tese de Jakobs são Muñoz Conde, Kai Ambos, Juarez Cirino dos Santos.⁴⁴

Porém, tem surgido doutrinadores que buscam conciliar uma forma de terceira velocidade do direito penal que pudesse ser implementada sem, no entanto, ser tão gravosa. Tal empreitada ganhou a contribuição de Alexandre Rocha Almeida de Moraes e de Rogério Greco, tendo este último buscado uma nova teoria penal em que pudesse se apoiar.

3.2 Criticas Ao Direito Penal Do Inimigo

3.2.1 Posicionamentos Contrários Ao Direito Penal Do Inimigo: O Pensamento De Zaffaroni.

Zaffaroni afirma que o Direito Penal do fato decorre do esforço do Estado de Direito para reduzir e limitar o poder punitivo do Estado.⁴⁵ Segundo o mestre argentino, a utilização do Direito Penal do autor é a renúncia ao esforço de limitar

⁴² SANCHEZ, Jesús-Maria Silva, **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 196

⁴³ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Jorge Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁴⁴Ibid. p. 156

⁴⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Jorge Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 172

esse poder punitivo, sendo o tipo de autor, a expressão mais grosseira daquele Direito Penal.

O autor argentino ensina que, assim como querem colocar o direito penal do inimigo num compartimento em separado, de modo a resguardar o resto do direito penal (o direito penal do cidadão), ele também deseja limitar o caráter de não pessoa do inimigo, no sentido de despersonalizá-lo de forma intensa. Tudo isso é posto como uma limitação aos princípios do Estado democrático de direito, advindo da necessidade, porém esta tática de contenção está fadada a fracassar, uma vez que o estado ou situação de exceção invoca uma necessidade que não conhece leis nem limites, não existindo conceitos limitados de inimigo.⁴⁶

Diz-se isso porque o juízo de periculosidade fica aberto para que o soberano, o Estado, defina quem é o inimigo. Quando busca-se distinguir cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), estamos nos referindo a seres humanos que são privados de certos direitos fundamentais em razão de não serem mais considerados pessoas.

A função do direito penal não é criar e delimitar inimigos, mas sim a redução e contenção do poder punitivo dentro dos limites exigidos pela dignidade humana. O poder jurídico deve proteger o cidadão das arbitrariedades cometidas pelo Estado. Se não consegue contribuir para que o poder jurídico assuma esta função, lamentavelmente o Direito Penal encontra-se fadado ao fracasso e, com ele, fatalmente o Estado de Direito perecerá.⁴⁷

Assim, deve-se ter em mente que, uma vez cometido um delito, os responsáveis devem ser individualizados, detidos, processados, julgados, condenados e levados a cumprir pena, dentro de um sistema penal constituído sob garantias constitucionais.

O que se discute é se os direitos dos cidadãos podem ser diminuídos para individualizar os inimigos, bem como se o Estado tem legitimidade para definir cidadãos e não cidadãos. Caso se legitime esta arbitrariedade por parte do Estado, será dada ao Estado a possibilidade de estabelecer até que ponto é possível limitar os direitos dos cidadãos, o que, sem sombra de dúvidas, legitimaria um Estado Totalitário, em face de um Estado de Direito.

⁴⁶Ibid. p. 161

⁴⁷Ibid. p. 172

Ao analisar a evolução das tendências mundiais do poder punitivo, Zaffaroni identificou como características a antecipação das barreiras de punição (até os atos preparatórios) a desproporção de consequências jurídicas (penas como medidas de contenção sem proporção com a lesão realmente inferida), na marcada debilitação das garantias processuais e na identificação dos destinatários mediante um forte movimento para o direito penal de autor.⁴⁸ Estas seriam as tendências que o poder punitivo tem demonstrado adotar paulatinamente em suas posturas.

Zaffaroni é da opinião de que “os conflitos que não terminaram em genocídio se solucionam pela negociação, que pertence ao campo da política”.⁴⁹

Em outro ponto, discorrendo sobre os resultados da sensação de minimização da política e da negociação, como forma de se resolverem conflitos e problemas complexos como o terrorismo, o contrabando e o narcotráfico, o autor aponta a formação de duas frentes, a dos direitos humanos e da negociação, por um lado e, por outro, a da solução violenta que arrasa com os direitos humanos e, mais cedo ou mais tarde, acaba em genocídio.⁵⁰ A consciência dos perigos dessas duas posturas é maior onde o terrorismo de Estado permanece como memória coletiva, caso da Europa e da América Latina, porém este não é o caso nos EUA, onde existiram outros abusos repressivos, mas não houve guerra nem terrorismo de Estado em seu território.⁵¹

O tratamento dado ao inimigo é em essência a negação de sua condição de pessoa, e isso se dá pelo direito. O inimigo só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Bem aponta Zaffaroni que, na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos que alguém é privado que lhe anula a condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso.⁵²

⁴⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Jorge Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 14

⁴⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Jorge Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 17

⁵⁰Ibid.

⁵¹Ibid.

⁵²ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Jorge Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 18

Zaffaroni busca então refutar os argumentos dos filósofos utilizados por Jakobs em suas bases epistemológicas para a criação do conceito de Inimigo.

Observa o eminente autor argentino que Rousseau é contraditório em suas afirmações, uma vez que parece se referir somente aos assassinos e não qualquer delinquente para como um inimigo.⁵³

E um segundo ponto observado é que Rousseau, no mesmo livro, afirma que o Estado só pode ter como inimigo um outro Estado, uma vez que não poderia haver relação entre coisas de natureza diversa, como aconteceria entre um Estado e um delinquente.⁵⁴

Quanto a Fichte, Zaffaroni observa que ele só excluía do contrato social os assassinos, os incorrigíveis e os traidores, e não todos os infratores, a pena de morte seria para estes uma medida de segurança administrativa que o Estado deveria executar como administrador.⁵⁵ E inclusive para estes, se houvessem pessoas que voluntariamente estivessem dispostas a lidar com o assassino no intuito de corrigi-lo, em condições que garantissem segurança aos demais cidadãos, estas pessoas poderiam fazê-lo.⁵⁶

Quanto a Hobbes e Kant, os outros dois filósofos tomado por Jakobs como bases filosóficas de sua teoria do inimigo, Zaffaroni busca confrontar Hobbes com o pensamento de Locke, e a Kant se opõe o pensamento de Feuerbach.

Para Locke, crítico à ideia de Estado Absoluto de Hobbes, no estado de natureza existiria uma lei natural e, portanto, direitos. Neste sentido, o estado de natureza não poderia se confundir com a ideia hobbesiana de um estado de guerra.

Como crítico da monarquia absolutista, Locke traz a ideia de um direito de resistência à opressão, na qual quem realiza um ato de resistência legítimo, reclamando a existência de direitos anteriores ao contrato estatal, é um cidadão que exerce seu direito. Já para Hobbes, conforme assevera Zaffaroni, trata-se de um inimigo a quem se deve conter com força ilimitada, sem respeito a margens de uma pena, pois este deixou de ser um súdito.⁵⁷

⁵³Rousseau, 1937, apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Jorge Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 122

⁵⁴Ibid.

⁵⁵Ibid., p. 123

⁵⁶Ibid. p.124

⁵⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Jorge Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 127

A crítica a Kant se dá através do pensamento de Feuerbach, trazido a lume por Zaffaroni. Kant assevera que, para aqueles seres humanos em estado de natureza, cuja simples presença representa um perigo, existiria o direito de obrigá-los a participar do contrato social, inclusive forçando-os se preciso for, uma vez que esta é a única forma de garantir a paz.⁵⁸

E continua o mestre argentino, ao sintetizar o pensamento de Feuerbach defendendo a ideia de que existiriam direitos subjetivos ao contrato social. A dissidência contra decisões políticas não pode fundamentar qualquer direito de resistência, porém este direito aparece quando o soberano atua contra a sociedade civil, e por isso, contra o contrato, retornando-se ao estado de natureza. O soberano perderia o seu caráter enquanto tal e a resistência não seria, portanto contra um soberano, e sim contra um particular que detêm o poder. O direito de resistência é legítimo, portanto não contra o soberano, e sim contra aquele que, ao afastar-se dos fins da soberania.⁵⁹

Por fim, Zaffaroni discorre sobre o que se deve fazer com o terrorismo, refletindo que “se os delitos tiverem a gravidade e as características de crimes de lesa-humanidade, deverão receber o tratamento reservado para estes delitos”⁶⁰ e continua em outro ponto dizendo que “as penas para estes ilícitos não são benignas em nenhum código penal do mundo, e por isso supõe-se que, em caso de condenação, estão previstas penas bastante prolongadas.”⁶¹

Conclui seu pensamento refletindo que a melhor garantia de eficácia do direito penal é o respeito aos direitos fundamentais, e a violação a estes desacredita e cria dúvidas quanto à sua correção, podendo acabar em inconstitucionalidades, nulidades, revisões extraordinárias, etc.⁶²

⁵⁸KANT, 1977, apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Jorge Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 128

⁵⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Jorge Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 130.

⁶⁰Ibid. p. 185

⁶¹Ibid.

⁶²Ibid. p. 187

3.3 Posicionamentos a favor de um Direito Penal do Inimigo: A Visão de Alexandre Rocha Almeida de Moraes

As posições a favor do direito penal do inimigo encontram eco na doutrina de Alexandre Rocha Almeida de Moraes.

Existem visões que acreditam na admissibilidade da teoria de Jakobs do Direito Penal do Inimigo, e conseqüentemente a adoção de um direito penal de Terceira velocidade no ordenamento jurídico.

Dentre estes autores que consideram válida a adoção do Direito penal do Inimigo encontra-se Alexandre Rocha Almeida de Moraes, pois considera o grande desafio da atualidade a criação de uma forma legitimada de Direito Penal do Inimigo, de forma a fazer frente à criminalidade organizada transnacional, contudo, indaga ele, seguindo o pensamento de Luisi, se é possível enfrentar de forma eficaz esta criminalidade internacional e organizada com o repertório do direito penal clássico e resguardando as garantias penais e constitucionais do indivíduo, ou se, pelo contrário, é necessário a criação de um direito penal e processual penal de emergência, sacrificando para isso algumas garantias individuais, penais e constitucionais.⁶³

Moraes é da opinião de que:

Uma resposta meramente negativa, pautada simplesmente pelos fundamentos clássicos iluministas esconderia a realidade: na prática as legislações de todo o mundo já estão sendo permeadas por modelos, institutos e características de um Direito Penal e Processual de terceira velocidade.⁶⁴

Com o advento das sociedades pós-modernas, conforme já relatado por Silva Sanchez, e de uma sociedade de riscos, com a presença de uma sensação de insegurança coletiva, devido a presença de novos bens jurídicos tutelados pela esfera do Direito, a exemplo dos direitos coletivos e difusos, este acelerado aparecimento de bens jurídicos tutelados ocasionou o surgimento de um direito com cada vez mais tipos penais incriminatórios, bens jurídicos tutelados, e hipertrofia da

⁶³LUISI, 2003, p. 327 apud MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal.** Curitiba: Juruá, 2011. p. 325

⁶⁴MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal.** Curitiba: Juruá, 2011. p. 244

legislação penal. A dogmática penal vem, paulatinamente, ensejando o surgimento de flexibilizações de garantias.

Com o aparecimento dos crimes de terrorismo transnacional, crime organizado, e diversos outros tipos penais difusos, o aparato penal estatal, de configuração notadamente clássica e iluminista viu-se na contingência de promover reformulações para tentar acompanhar as criminalidades novas, e serviu-se de uma segunda velocidade do direito penal com o intuito de fazer frente a esses crimes. A adoção de um Direito Penal de terceira velocidade se dá, pois, as alternativas de controle social e penas aplicáveis não consegue no momento enfrentar a criminalidade organizada e transnacional. Quanto à legitimidade deste direito penal no ordenamento jurídico, Moraes é da opinião de que:

Esta seria uma decisão mais política do que jurídica. É possível justificá-lo juridicamente, em casos concretos e extremos, até mesmo com o balanceamento de interesses constitucionais ou aplicação do Princípio da Proporcionalidade. É império pois, definir claramente quem deve ser tratado como 'inimigo' e em que circunstâncias uma política criminal dessa natureza pode se justificar, sob pena de as bandeiras que simplesmente propugnam por sua inconstitucionalidade revelarem-se inócuas frente à sistemática incorporação ao ordenamento e à contaminação de toda a dogmática penal.⁶⁵

A adoção de um direito penal simbólico teria dois efeitos danosos e indesejáveis para uma correta administração penal, em primeiro lugar esconderia os limites operativos do Direito Penal, ou seja, os limites de atuação desse no tocante a ser o método mais eficaz para combater determinados ilícitos. E em segundo lugar esconderia a omissão estatal quanto a adoção de políticas públicas e outras formas de controle social, que possam ser efetivas no caso concreto sem recorrer a um direito penal marcadamente punitivo. Estes dois fatores do direito penal simbólico são o que impossibilitariam ou ao menos dificultariam muito, a adoção de um Direito Penal do Inimigo de aplicação excepcional, e que seja efetivamente transitório.

O Direito penal do Inimigo seria para Moraes reflexo da crise de nossa modernidade, e em vistas de buscar alternativas à dogmática penal sugere a adoção das seguintes medidas⁶⁶:

⁶⁵MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 333

⁶⁶Ibid. p. 334

- a) Traçar claramente quais são os limites operativos do Direito Penal, para se evidenciar as omissões das outras esferas de controle social, assim como a falta de políticas públicas estatais;
- b) Exigir a codificação da legislação e a periodicidade da renovação dos códigos, com estratégia, análise sistemática bom senso e racionalismo;
- c) Adotar uma política criminal com abordagem multidisciplinar, pensando-se a realidade brasileira, com estudo dos efeitos para posteriores correções;
- d) Delimitar de forma transparente os diferentes modelos de política criminal, especificando os tratamentos que devem ser dados às diversas velocidades do Direito Penal.

Ocorre que a adoção no curto prazo de medidas típicas de uma terceira velocidade do direito penal (com vistas ao fim destas medidas, conforme Moraes sugere), pode trazer para si a consequência de uma sociedade de perigos, um eterno direito penal de guerra, visto que, como Silva Sanchez já havia identificado⁶⁷, os bens jurídicos a serem ameaçados na modernidade tendem a aumentar em velocidade maior do que a possível para a efetiva punição e reprimenda penal de primeira e segunda velocidades. A insegurança legitimadora deste direito penal de terceira velocidade não sumirá e o que era excepcional e transitório, passará a ser excepcional e corriqueiro e, por fim, aceito.

3.4 A posição intermediária de Rogério Greco

A posição de Greco é pautada na ideia de Direito Penal do Equilíbrio. O autor considera o direito penal do inimigo como um dos membros mais agressivos de uma postura de direito penal máximo⁶⁸. O direito penal máximo seria um estado de guerra, e numa guerra as regras do jogo devem ser diferentes.⁶⁹ Na medida em que se propõe a achar um ponto médio entre a adoção de um direito penal mínimo

⁶⁷SANCHEZ, Jesús-Maria Silva, **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁶⁸GREGO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 5ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2010. p. 18

⁶⁹Ibid.

ou um direito penal máximo (caso do direito penal do inimigo), surge a ideia de Direito penal do Equilíbrio.

Ao analisar os pressupostos de existência e legitimidade de um direito penal do inimigo, Greco os reputa como inválidos, vez que o ordenamento jurídico atual é hiperinflacionado e busca tutelar uma infinidade de condutas, fazendo com que surja uma enxurrada de leis penais, o que na opinião do autor, é danoso ao ordenamento jurídico, no momento em que o Estado Social passa a se transformar num Estado Penal, no qual tudo tem que ser suficientemente tutelado, criminalizado, e no qual o direito penal perde sua razão de *última ratio*.

Porém, alguns princípios penais e constitucionais são essenciais ao ordenamento jurídico ainda que em aplicação excepcional do direito penal do inimigo.

Divide o ilustre autor os princípios em 11: sendo eles a) dignidade da pessoa humana; b) intervenção mínima; c) lesividade; d) adequação social; e) insignificância f) individualização da pena g) proporcionalidade; h) responsabilidade pessoal; i) limitação das penas; j) culpabilidade e k) legalidade.⁷⁰ Tais princípios seriam um núcleo rígido que não suportariam flexibilização ou supressão.

A dignidade da pessoa humana seria um princípio central nesta teoria, para o qual estão voltados todos os outros princípios. São 3 os princípios orientadores da função legislativa de criação e revogação de tipos penais.

Pelo princípio da intervenção mínima o Estado deveria ocupar-se das lesões aos bens jurídicos mais imprescindíveis à vida em sociedade. Orientando o legislador quanto à criação e revogação de tipos penais.

O princípio da adequação social também influenciaria o legislador quanto à criação e revogação de tipos, além de orientar a interpretação dos tipos penais, para melhor adequar os tipos à realidade social no tocante a reprovabilidade.

O princípio da lesividade seria o último princípio que influenciaria a atividade legislativa quanto aos tipos penais, uma vez que ainda que a conduta tenha por objeto um bem jurídico essencial, e ainda que seja inadequada socialmente, a conduta deve sair da esfera da individualidade do agente e chegar a lesar bens de terceiros. Através da aplicação deste princípio seriam proibidas as

⁷⁰GREGO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 5ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2010. p. 25.

incriminações de pensamentos, modos de ser e agir, e ações que não lesem bens de terceiros.⁷¹

Outro princípio relevante a ser analisado seria o princípio da proporcionalidade, vez que por ele se entende que a pena deverá ser proporcional ao mal perpetrado pelo agente.⁷²

Com base nesta análise do autor, é compreensível que ele rechace o direito penal do inimigo, como uma modalidade de direito penal máximo, de um ordenamento jurídico inflacionado e que busca expandir sua tutela a todo tipo de bem jurídico, relevante ou não, utilizando-se do direito penal para resolver todos os problemas com o terror da pena, dando ao direito penal um papel simbólico.⁷³

O direito penal do inimigo, conforme já colocado, vulneraria os princípios constitucionais mínimos do direito penal do equilíbrio, a exemplo da lesividade, uma vez que ampliaria as barreiras de punição para os atos preparatórios, lesionaria a proporcionalidade das penas ao punir de forma severa e inclusive com flexibilização de garantias penais e constitucionais ainda que em atos preparatórios e, portanto, o direito penal do inimigo não pode prosperar no ordenamento jurídico.

Com isso, a ideia de Greco seria de que é necessário voltar a um direito penal garantista e minimalista, de forma a tutelar e reprimir somente os bens jurídicos e as condutas que tenham vital importância ao ordenamento jurídico de uma nação, devolvendo ao direito penal seu papel de *última ratio*.⁷⁴

⁷¹GREGO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 5ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2010. p. 26.

⁷²Ibid., p. 29.

⁷³Ibid., p. 163

⁷⁴Ibid., p. 165.

4 A ANÁLISE DA LEI 13.260/2016 E SUA APLICAÇÃO NA OPERAÇÃO HASHTAG Á LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

4.1 Análise Dogmática da Lei 13.260/2016

O avanço do terrorismo no mundo é uma temática que tem preocupado a comunidade internacional, tendo em vista atentados ocorridos em vários países ocidentais. Habib sintetiza o ocorrido apontando que o Terrorismo ganhou as manchetes mundiais a partir do atentado do 11 de setembro de 2001, em Nova York. Este episódio foi seguido de outros em variadas cidades do mundo como Madri (2004), Londres (2005), Oslo (2011), Boston (2013), Paris (2015), Bruxelas (2016), Istambul (2016), Nice (2016) e Berlim (2016), entre outras cidades. Tendo sempre em comum o fato de acontecerem em locais com grande número de pessoas reunidas.⁷⁵

No Brasil o terrorismo tem menção na Constituição Federal, em seu artigo 4º, VIII e no artigo 5º, XLIII, que inclusive o equipara a crime hediondo.

Tal artigo tem a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;⁷⁶

Porém o mandamento constitucional é insuficiente para tipificar uma conduta como terrorista, sendo uma norma de eficácia limitada, e que necessitava ser complementada por lei infraconstitucional de forma a ter plena aplicação, tendo em vista do princípio da legalidade penal. Os atos terroristas poderiam ser enquadrados na prática de diversos tipos penais como o homicídio e a lesão corporal. Porém, por falta de previsão legal, jamais haveria a possibilidade de responder pelo terrorismo em si.

⁷⁵HABIB, Gabriel. **Lei Antiterrorismo: Lei 12.360/2016**. Coordenador Gabriel Habib – Salvador: Juspodivm, 2017.

⁷⁶BRASIL. Diário Oficial da União. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de mar. 2019

A Lei 7.170/83, de Segurança Nacional tentou trazer uma ideia do que seria terrorismo, incluindo em sua redação a expressão “atos de terrorismo”. No entanto, acabou recebendo críticas da doutrina por ser vaga e imprecisa, violando o princípio da legalidade. Tal artigo tinha a seguinte redação:

Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.⁷⁷

A lei antiterrorismo foi aprovada num momento em que o Brasil se preparava para a realização dos Jogos Olímpicos de 2016. Como forma de dar efetividade ao mandamento constitucional para a criminalização do Terrorismo, e mostrar à comunidade internacional que o Brasil dispunha de elementos para prevenir e combater atos e organizações terroristas. A referida lei disciplina o terrorismo e trata de suas disposições investigatórias e processuais, além de reformular o conceito de organização terrorista. Alterando as leis 7.960/89 e 12.850/13, que tratam respectivamente, da prisão temporária e das organizações criminosas.

A lei Antiterrorismo possui, no entanto, alguns pontos controversos a serem melhor abordados, são eles

- 1- O Conceito de Terrorismo é excessivamente aberto, abstrato e vago
- 2- Punição dos Atos preparatórios de Terrorismo
- 3- Prisão preventiva com base em atos preparatórios de Terrorismo

4.1.1 O Tipo Penal Do Terrorismo

A Lei antiterrorismo, em seu artigo 2º nos dá a definição de terrorismo, definindo-o da seguinte forma:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.⁷⁸

⁷⁷BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de dez. de 1983. Lei de Segurança Nacional. Brasília, DF, dez. 1983.

⁷⁸BRASIL. Lei nº 13.260 de 16 de mar. de 2016. Lei Antiterrorista. Brasília, DF, mar., 2016.

E em seguida elenca os atos que são qualificados como terroristas, em rol extensivo e taxativo, de forma a abranger sob sua guarda um amplo espectro de condutas com cunho terrorista, e cuja pena seria igual para quaisquer das condutas aí praticadas, vejamos:

§ 1º São atos de terrorismo:

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

II – (VETADO);

III - (VETADO);

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

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

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.⁷⁹

O legislador optou por salvaguardar um mínimo de garantias constitucionais ao incluir em seu parágrafo segundo as condutas e motivações individuais ou coletivas que estariam isentas da qualificação de terroristas.

Como depreende-se da leitura do parágrafo 2º:

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.⁸⁰

Através da análise do parágrafo em epígrafe, pode-se constatar que, temendo a repressão do poder estatal, buscou-se proteger determinadas condutas ou motivações político-ideológicas que poderiam ser atacadas e qualificadas como terroristas.

⁷⁹BRASIL. Lei nº 13.260 de 16 de mar. de 2016. Lei Antiterrorista. Brasília, DF, mar., 2016.

⁸⁰Ibid.

O art. 2º da Lei Antiterrorismo pretende definir o conceito de terrorismo, especificando quais são os elementos subjetivos que impulsionam a conduta, tais como xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião conjugando e, ao mesmo tempo, definindo especificamente o que são atos de terrorismo em seu parágrafo 1º. Porém, além de fragmentar o conceito, o legislador não previu no art. 2º a prática de terrorismo por razões políticas ou em face de determinado sistema de governo, inclusive sendo causa de exclusão de ilicitude conforme visto o §2º do artigo 2º.

Não obstante a tipificação do delito de terrorismo em seu artigo 2º, optou o legislador por tipificar também as condutas a ele conexas, a exemplo do da colaboração com organização terrorista (artigo 3º), da realização de atos preparatórios ao terrorismo (artigo 5º) e de financiamento ao terrorismo (artigo 6º). Passaremos agora à análise do tipo presente no artigo 3º, uma vez que este se enquadra na operação hashtag, a ser analisada posteriormente.

4.1.2 O Delito de Colaboração com Organização Terrorista

No artigo 3º da lei antiterrorismo, optou o legislador por criminalizar as condutas de “promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista”.

Importa observar que a lei cria uma espécie de organização criminosa, a organização criminosa terrorista, porém, deixa lacuna quanto a sua definição legal. As condutas se configuram como tipo misto alternativo, descrevendo quatro formas variadas de realização do mesmo delito. Os promotores, constituintes ou integrantes são os responsáveis pela promoção da organização terrorista.⁸¹

Promover significa dar impulso, trabalhar a favor, favorecer o progresso, fazer avançar, fomentar, diligenciar causar, originar ou propor. Tem ligação com a própria criação e desenvolvimento da organização.⁸²

O elemento subjetivo do delito é o dolo de cometer atos terroristas, e é crime de perigo abstrato. É delito comum, e plurissubjetivo, uma vez que necessita a

⁸¹MIRANDA S. FILHO, Acacio et al.; **Lei antiterror anotada**. Lei 13.260 de 16 de março de 2016. BUSATO, P. C. (Org.); Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. p. 81-82.

⁸²CABETTE, Eduardo Luiz Santos, NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Terrorismo: Lei 13.260/16** Comentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017. p. 123

participação de, no mínimo, quatro pessoas, vez que a “associação criminosa terrorista” constitui espécie de “associação criminosa.”⁸³

Quanto à análise do tipo de crime, define-se como crime de perigo abstrato, uma vez que para este não é necessária a efetiva lesão ou ameaça ao bem jurídico.

Porém é interessante notar que foi vetado o artigo 4º da lei Antiterrorismo, que previa uma espécie de apologia ao terrorismo ou ao terrorista.

Art. 4º Fazer, publicamente, apologia de fato tipificado como crime nesta Lei ou de seu autor:

Pena - reclusão, de quatro a oito anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem incitar a prática de fato tipificado como crime nesta Lei.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a dois terços se o crime é praticado pela rede mundial de computadores ou por qualquer meio de comunicação social.”

O delito foi vetado pois buscava penalizar atos a partir de um conceito muito amplo e com pena alta, ferindo o princípio da proporcionalidade e gerando insegurança jurídica. Além disso, não ficam estabelecidos parâmetros precisos capazes de garantir o exercício do direito à liberdade de expressão.

Ao fazer apologia ao crime de terrorismo ou ao terrorista, incidirá a regra da apologia ao crime ou criminoso, conforme artigo 287 do código penal.⁸⁴

Constata-se semelhanças entre os verbos dos tipos do artigo 3º e do artigo 4º da lei antiterrorismo, nas modalidades “promoção de organização terrorista” e apologia e incitação ao crime de terrorismo, respectivamente.

O legislador considerou conveniente sancionar penalmente o agente causador de uma situação de risco, de uma ameaça, deixando de indicar qualquer resultado naturalístico para a conduta no tipo incriminador. É descrito apenas o comportamento penalmente relevante, antecipando a incidência da norma para o momento em que a conduta geradora de perigo acontece e desprezando a ocorrência de dano, afim de melhor proteger o bem a que visa tutelar. Assim, os crimes de perigo, em oposição aos crimes de dano ou de lesão, são aqueles em que

⁸³CABETTE, Eduardo Luiz Santos, NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Terrorismo**: Lei 13.260/16 Comentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

⁸⁴CABETTE, Eduardo Luiz Santos, NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Terrorismo**: Lei 13.260/16 Comentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

basta a existência de uma situação de ameaça, gerando potencial de lesão ao bem que a norma protege, para configurar o tipo.

Nos crimes de perigo abstrato, o perigo é presumido do próprio ato realizado, contentando-se a lei com a simples prática da ação que pressupõe perigosa, sem que seja necessária, portanto, a constatação de um perigo concreto. No tipo penal não há indicação de resultado, sendo penalmente relevante apenas o comportamento, a mera conduta do agente.⁸⁵

O princípio da lesividade, também conhecido como princípio da ofensividade, é extraído da máxima latina *nullum crimen sine iniuria*, isso é, não há crime sem ofensa a um bem jurídico digno de tutela penal. Em outras palavras, é preciso que haja uma lesão efetiva ou um perigo concreto de lesão a um bem jurídico para que a conduta possa ser considerada crime.

Esse é um princípio constitucional que estaria implícito no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição, o qual diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Segundo ele, essa norma, além de consagrar o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, dispõe que a exigência da submissão de fatos ao exame judicial se faça relativamente a uma lesão efetiva a um bem, ou a uma ameaça a direito.⁸⁶

É com base nesse princípio que há hoje corrente doutrinária defendendo a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. O fundamento dessa linha de pensamento consiste em que a Constituição da República só permitiria a existência de tipos penais que incriminem condutas que colocam em efetiva e concreta situação de perigo determinado bem jurídico. Ou seja, os crimes de perigo abstrato seriam puramente inconstitucionais e sua sobrevivência dependeria de uma reinterpretção dos tipos de forma a torná-los condizentes com o princípio da lesividade, convertendo-os em tipos de perigo concreto.

4.1.3 A Punibilidade de Atos Preparatórios de Terrorismo

No que concerne às condutas de terrorismo, algumas delas são atos

⁸⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

⁸⁶OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de Perigo Abstrato. In: **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Fontes do Direito Ltda, ano IV, n. 15, p. 95-99, 2004

executórios de terrorismo, propriamente denominadas delitos de terrorismo, como por exemplo, “usar conteúdo nuclear para promover destruição em massa”. Enquanto outras condutas consistem em atos preparatórios de terrorismo, e que o legislador optou por equipará-los a atos terroristas propriamente ditos, como por exemplo, “guardar explosivos em depósito”

Os tipos penais, quando tipificam delitos, o fazem tendo em consideração a sua forma consumada. Até atingir a consumação do delito, o “fato doloso” passa por um caminho – o “*iter criminis*” -, que se inicia com a cogitação e decisão de cometer o delito, passa para a fase de preparação deste, e daí para o começo da execução, até atingir produção do efeito buscado pelo agente com a prática do delito. Nem todas estas etapas são revestidas de relevância penal.

“Nem todo *iter criminis* pode ser punido, porque se assim fosse a segurança jurídica estaria comprometida, já que estaria se punindo a ideia, o próprio pensamento, isto é, etapas que são puramente internas do autor, o que violaria o princípio jurídico elementar de que o pensamento não pode suportar pena alguma (*cogitationis poenam nemo patitur*).”⁸⁷

A lei penal, ao estabelecer uma pena, tem em vista o fato delituoso consumado e, partindo deste, faz as devidas adaptações para o caso concreto com base nos atos praticados, como as causas de aumento e diminuição de pena previstas em lei. A consumação é definida como a realização plena do tipo penal em todos os seus elementos e, com isso, faz jus à punição prevista no diploma incriminador.

Entre a cogitação e a consumação do crime estão os atos de preparação e os atos de execução, estes últimos, tal como ocorre com os crimes consumados, também são passíveis de serem punidos, tendo em vista o constante no art.14, II, do Código Penal⁸⁸. Já os atos preparatórios, não possuem, no geral, relevância criminal, motivo pelo qual não são puníveis, via de regra.

O Direito brasileiro segue considera por atípicos os atos de mera vontade ou preparação, excetuando-se aqueles casos em que o legislador, excepcionalmente, transformou tais atos em tipos penais autônomos.⁸⁹

⁸⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: vol.1: parte geral. 6ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

⁸⁸BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dez. de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, dez., 1940.

⁸⁹BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 174

4.1.4 A prisão preventiva com base em atos preparatórios de Terrorismo

Para tornar possível a regulamentação do dispositivo constitucional presente no art. 5º XLIII da Constituição da República, a lei Antiterrorismo procurou definir as condutas terroristas em seu art. 2º.⁹⁰

Contudo, a lei inovou em seu artigo 5º ao tipificar em seu caput a conduta de “realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito”⁹¹. O primeiro ponto a ser observado é a expressão “propósito inequívoco”, ou seja, explícito, manifesto, e sobre o qual não resta dúvidas quanto à consumação do crime de terrorismo. Propósito está para o elemento subjetivo, o dolo do agente de querer praticar a conduta delituosa ou assumir o seu risco. Disso surge a indagação se a norma ao se referir a propósito inequívoco pretende punir apenas o dolo direto, não faz tal distinção, ou se a norma apenas disse menos do que queria.

Esta tipificação direta dos atos preparatórios de terrorismo dispensa o tratamento de “tentativa” a um ato preparatório que seja “inequívoco”, e define como pena em abstrato para esta a correspondente ao crime consumado, diminuída de um quarto até a metade. Não bastasse a complexidade para se precisar o que seja o próprio terrorismo, a lei ainda buscou criminalizar, também, os atos preparatórios ao terrorismo.

Outro problema advém a partir da previsão no art. 5º da Lei quanto à punição dos atos preparatórios. Considerando-se a aplicação da lei geral, no caso do artigo 18, inciso I, do Código Penal⁹², por certo será ferido o princípio da proporcionalidade ao punir-se a assunção do risco no ato preparatório. Destaca-se que tal circunstância, a depender da corrente adotada, poderá ser indiferente quando iniciado algum ato de execução, mesmo que na forma tentada, se equiparados ambos os dolos. Seja como for era mais sensato que, em se tratando de atos preparatórios, e, portanto, uma exceção à dogmática geral, o legislador tivesse afastado qualquer margem de dúvida a esse respeito, mitigando a possibilidade de subjetivismo na interpretação da norma.

⁹⁰BRASIL. Lei nº 13.260 de 16 de mar. de 2016. Lei Antiterrorista. Brasília, DF, mar., 2016.

⁹¹Ibid.

⁹²BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dez. de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, dez., 1940. art. 18, I.

Nesse ponto, o art. 5º ao prever a punição do ato preparatório do terrorismo deixou apontado, ainda que de forma imprevidente, de que estará ao bel prazer do intérprete da lei penal, diante de uma norma aberta, interpretar o limite e a extensão da definição dos atos de preparação no caso concreto. A toda evidência isso acarretará violação frontal ao princípio da proporcionalidade, na aplicação e na posterior cominação de penas.

Uma questão a ser observada é que com a tipificação dos atos preparatórios seriam impossibilitados os institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, constantes no art. 15 do Código Penal, *in verbis*: “o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”.⁹³ Portanto, ambos os institutos pressupõem o início da execução, para a respectiva caracterização. E tal pressuposição nos deixa diante de um paradoxo evidente: Se o agente for criminalizado ainda em fase de atos preparatórios, os institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz seriam inócuos, visto que o agente seria criminalizado antes mesmo que possa desistir ou arrepender-se de um crime.

A melhor interpretação seria que somente são puníveis as condutas imediatamente antecedentes à prática dos verbos nucleares do tipo penal. De outra forma, tornaria possível a criminalização de todas as condutas precedentes.

Martinelli e De Bem⁹⁴ advertem que se para o crime de terrorismo consumado já existe, por si só, complexidade para sua definição, em face da combinação de elementos objetivos e subjetivos, muito maior complexidade existem para os atos preparatórios, onde então o nível de cautela deverá ser em proporção significativamente maior. Em tal contexto, incidir-se-á no perigo de que qualquer conduta possa, na cabeça do intérprete ser considerada preparatória do terrorismo, antecipando-se a punição de um ato que, talvez, sequer seria praticado.

Conforme bem elucida Martinelli e DE BEM⁹⁵, ao tipificar os “atos preparatórios de terrorismo”, a lei passou a admitir, somente em tese, que qualquer coisa possa vir a constituir ato preparatório para o terrorismo.

⁹³BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dez. de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, dez., 1940. art. 15

⁹⁴MARTINELLI, João Paulo. DE BEM, Leonardo Schmitt de. **Os atos preparatórios na nova “Lei Antiterrorismo”**. Boletim IBCCrim, ano 24, nº284, julho/2016, p. 11.

⁹⁵MARTINELLI, João Paulo. DE BEM, Leonardo Schmitt de. **Os atos preparatórios na nova “Lei Antiterrorismo”**. Boletim IBCCrim, ano 24, nº284, julho/2016, p. 11.

De tal forma que, em que pese a tendência quanto aos delitos de terrorismo seja a ampliação desenfreada dos limites punitivos, a conclusão dogmaticamente aceitável é a inaplicabilidade absoluta dos institutos em tela sobre os atos preparatórios, porquanto a punição dos atos preparatórios constitui, em si mesma, uma ampliação das barreiras de punição, e a tentativa legislativa de aumentar essa ampliação acabou por criar institutos impossíveis de serem aplicados, à semelhança de normas de Direito Penal Simbólico.

O pensamento ou a ideia de que a prática de um crime, totalmente desprovido de perigo ao bem jurídico tutelado, não é passível de punição, deriva do princípio *cogitationes poenam nemo patitur*, de onde se extrai que a função do Direito Penal é de proteção subsidiária de bens jurídicos, independente dos valores morais do indivíduo.⁹⁶ O Direito Penal não tem por objeto modelar a moral do indivíduo, senão proteger a ordem social, cuja violação constituirá um ilícito.⁹⁷

Da cogitação seguem-se os atos de preparação e os atos executórios, consumando-se o crime ao final. Os atos preparatórios, porém, são punidos somente quando constituem um tipo penal autônomo, tal como ocorre na aquisição de uma arma para a prática de um roubo. O roubo em si não será punido se não estiver em fase de atos executórios do crime, a única conduta punida será a aquisição da arma, e esta será punida com base no Estatuto do Desarmamento, e não no hipotético roubo. A presunção de inocência é o vértice que impede a punição dos atos preparatórios, já que não se pode presumir que o agente irá praticar o núcleo do tipo penal.

No plano do direito material os atos preparatórios são definidos levando em conta o bem jurídico tutelado pela norma penal, ou seja, a violação que se pretende prevenir. Isso explica a existência de tipos penais que abrangem os atos preparatórios e a lesão ao bem jurídico, tais como os crimes de perigo abstrato que são tipificados como crimes autônomos⁹⁸.

No caso da Lei Antiterrorismo, existem imprecisões que giram em torno de saber se há de fato um bem jurídico tutelado ou se trata a lei de um apanhado de preceitos de ordem preventiva ou de precaução penal.

⁹⁶MARTINELLI, João Paulo. DE BEM, Leonardo Schmitt de. **Os atos preparatórios na nova “Lei Antiterrorismo”**. Boletim IBCCrim, ano 24, nº284, julho/2016, p. 11.

⁹⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 681-682.

⁹⁸DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 683.

Chama a atenção para que o número significativo de elementares ao crime de terrorismo pode afetar diretamente o princípio da legalidade, na medida em que a complexidade da prova de todos os elementos típicos será dificultosa. Isso faz com que se corra o risco de que o intérprete, a partir de uma análise superficial dos fatos, considerar terrorista qualquer ato ou simplesmente considerar improvadas condutas que de fato são terroristas e mereceriam punição penal.

Portanto, a tradição é que os atos preparatórios não constituam ainda fase punível do *iter criminis*. No entanto, vem a Lei 13.260/16 e seu artigo 5º. Para alterar a situação e prever a punibilidade dos atos preparatórios nos crimes de terrorismo.

Outro princípio que resta violado pela lei antiterrorismo é o princípio da Proporcionalidade

Conforme elucida Cabette:

Mas, para além dessa inusitada incursão violadora de toda a dogmática jurídico – penal, há algo que é mais grave. Ocorre que a redução de pena para meros atos preparatórios é somente de “um quarto à metade”. Note-se que, segundo dispõe o artigo 14, inciso II e Parágrafo Único, CP, a redução de pena para a tentativa (que vale também para os crimes de terrorismo, já que a lei especial não contém disposição expressa), varia entre “um terço e dois terços”. Ora, é clara e evidente a lesão à proporcionalidade na medida em que se um indivíduo pratica atos executórios de terrorismo, chegando a tentar praticar o crime terá uma redução maior do que se apenas praticar atos preparatórios, sem sequer adentrar na tentativa. Na verdade, a dosimetria da redução está de pernas para o ar!⁹⁹

Acrescenta-se verdadeira violação ao princípio da proporcionalidade na cominação das penas aos atos preparatórios. Na lei não há preceito que regule tratamento punitivo diverso à tentativa. Logo, aplica-se a regra geral contida no artigo 12 do Código Penal.¹⁰⁰ Com efeito, a tentativa de qualquer das condutas conjugadas (§ 1º. Com o *caput* do art. 2º.) poderão ser punidas de forma mais branda que um mero ato preparatório dessa mesma ação. Veja-se que o máximo de diminuição de pena pela tentativa corresponde a dois terços, ao passo que a redução pela prática de atos preparatórios é, no máximo, de metade. Tal interpretação parece uma afronta ao princípio da proporcionalidade.¹⁰¹

⁹⁹CABETTE, Eduardo Luiz Santos, NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Terrorismo: Lei 13.260/16** Comentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017. p. 127

¹⁰⁰BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dez. de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, dez., 1940. art. 15

¹⁰¹MARTINELLI, João Paulo Orsini, BEM, Leonardo Shmitt de. **Os atos preparatórios na nova Lei “Antiterrorismo”**. *Boletim IBCCrim*. N. 284, jul. 2016, p. 11.

O artigo 5º da Lei nº 13.260/2016 como redigido, deixa larga margem de insegurança jurídica, por afetar a legalidade, assim como o princípio da proporcionalidade. Em verdade, o melhor seria prever o ato preparatório ao terrorismo como delito autônomo, com aplicação de penas proporcionais próprias, cuja redução teria por base frações idênticas às da tentativa, em simetria ao parágrafo único do artigo 14 do Código Penal.¹⁰²

4.2 A Operação Hashtag

Em 2016 foi deflagrada a primeira fase da operação destinada a combater o terrorismo dentro do território nacional, denominada operação Hashtag. Desencadeada contra a célula do grupo terrorista Estado Islâmico, na forma de grupo de usuários de redes sociais que teriam como objetivos promover o Estado Islâmico, e formar uma célula terrorista no Brasil.

Foi pedida a prisão temporária de 8 indiciados.¹⁰³ Por suspeita de estarem preparando atentados terroristas durante a realização das olimpíadas do Rio de Janeiro.

No dia 16/09/2016, foi oferecida denúncia, por parte do Ministério Público Federal, em face de 8 réus, dos quais 6, imputando a estes as condutas previstas no artigo 3º da Lei 13.260/2016 (promoção de organização terrorista), no art. 288 do Código Penal (associação criminosa) e no art. 244-B, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.069/90 (corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la).

Outro dos acusados foi denunciado pela prática dos delitos previstos no art. 3º da Lei nº 13.260/2016 (promoção de organização terrorista) e no art. 288 do Código Penal (associação criminosa).

Em relação a um deles, imputaram-se as práticas dos crimes previstos no art. 288 do Código Penal (associação criminosa) e no art. 244-B, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.069/90 (corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la), combinados com o art. 3º da Lei 13.260/2016 (promoção de organização terrorista) e com o art. 5º§ 1º, I, c/c §2º,

¹⁰²MARTINELLI, João Paulo Orsini, BEM, Leonardo Shmitt de. **Os atos preparatórios na nova Lei “Antiterrorismo”**. *Boletim IBCCrim*. N. 284, jul. 2016, p. 11.

¹⁰³CHUY, José Fernando M. **Operação Hashtag**: a primeira condenação de terroristas islâmicos na América Latina. Barueri, SP: Novo Século Editora, 2018. p. 54-56.

da Lei nº 13.260/2016, sendo este último artigo pela prática do crime de recrutamento para organização terrorista, “à vista das diversas mensagens que ele teria enviado aos demais denunciados, algumas das quais apenas quatro dias antes da deflagração da primeira fase ostensiva” e “no intuito de promover o encontro físico dos denunciados para a preparação no sentido de que passassem a fazer parte da organização terrorista”.¹⁰⁴

Todos os denunciados estavam preventivamente presos quando do oferecimento da denúncia, conforme depreende-se dos autos da prisão preventiva.

Segundo o douto julgador, as condutas que foram objeto de denúncia se baseavam nos seguintes fatos:¹⁰⁵

Há expressa referência a centenas de diálogos, imagens, vídeos e postagens realizadas diretamente e/ou compartilhadas pelos denunciados que demonstrariam os indícios materialidade de autoria do crime previsto no art. 3º da Lei nº 13.260/16, na modalidade de promoção de organização terrorista. As condutas estão individualizadas por denunciado.

Em outra parte, quanto às postagens em rede social que foram anteriores ao surgimento da Lei 13.260/2016 diz o douto magistrado: “Há referência a diversas postagens realizadas anteriormente à vigência da Lei nº 13.260/16 que permaneceram nos perfis dos denunciados posteriormente à vigência da citada Lei.”¹⁰⁶

Nesta toada, entendeu ele que estas não seriam hipóteses de criminalização de retroatividade da lei penal para alcançar estes atos cometidos antes da vigência do aludido diploma incriminador, e sim que seria a hipótese de crime permanente, vez que as postagens não foram excluídas e que ainda teriam o potencial de promover o terrorismo ou organização terrorista, nos moldes do art. 3º da Lei Antiterrorismo brasileira. E continua o julgador ao descrever o ato de promover organização terrorista afirmando que:

O tipo de 'promover' organização terrorista é em tudo assemelhado àquele previsto no art. 2º da Lei nº 12.850/2013: “Promover, constituir, financiar ou

¹⁰⁴BRASIL. Justiça Federal Seção Judiciária do Paraná. 14ª Vara Federal de Curitiba. Juiz Federal MARCOS JOSEGREI DA SILVA. Sentença exarada na ação penal nº 504686367.2016.4.04.7000/PR. Disponível em: < https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&strSecao=PR&seForma=NC >. Acesso em: 17 jun. 2019 (número do processo 5046863-67.2016.4.04.7000, chave 700003115233v560, evento 613).

¹⁰⁵CHUY, José Fernando M. **Operação Hashtag**: a primeira condenação de terroristas islâmicos na América Latina. Barueri, SP: Novo Século Editora, 2018. p. 54-56.

¹⁰⁶Ibid.

integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”.

Entendeu o magistrado que há uma profusão de significados para o verbo promover. Pode ter o sentido tanto de ser a causa de algo, quanto de proporcionar os meios para que alguma coisa ocorra, assim como fornecer impulso para a sua realização, ou ainda expressar solicitação, a prática material de uma conduta, ou, ainda, fazer propaganda positiva de algo. E inclusive citando que “O Dicionário Houaiss de Sinônimos e Antônimos lista nada menos do que 41 equivalências ao ato de promover.”¹⁰⁷ Evidentemente, não se confunde com o ato de fazer mera apologia.

Relembre-se que o art. 4º da Lei Antiterrorismo nacional previa originariamente a incriminação do ato de "fazer, publicamente, apologia de fato tipificado como crime nesta Lei ou de seu autor", tendo sido vetada pela Presidente da República porque penalizava um "ato a partir de um conceito muito amplo e com pena alta, ferindo o princípio da proporcionalidade e gerando insegurança jurídica. Além disso, da forma como previsto, não ficam estabelecidos parâmetros precisos capazes de garantir o exercício do direito à liberdade de expressão”.

Ou seja, inexistente identidade entre os dois tipos penais, tanto porque o ato de promover possui significado sensivelmente distinto e mais amplo do que a mera apologia quanto porque o artigo de lei vetado se destinava à apologia de fato ou de seu autor, isoladamente considerados, não se confundindo com a promoção da organização terrorista na sua integralidade e ideologia.

Nesse sentido, não há confundir o ato de 'promoção' desse tipo de grupo com a mera apologia que poderia, conforme bem consignado nas razões de veto do projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional em 2016, ser confundido com o exercício da liberdade de expressão. Promover deve ser entendido, no caso, como o ato de difundir, fomentar, encorajar, estimular, impelir, impulsionar, incentivar, instigar ou motivar organização terrorista, sempre tendo o cuidado de se evitar o ajustamento da conduta do simples exercício da liberdade de expressão ao tipo penal em referência. A promoção não pode ser entendida unicamente como um

¹⁰⁷BRASIL. Justiça Federal Seção Judiciária do Paraná. 14ª Vara Federal de Curitiba. Juiz Federal MARCOS JOSEGREI DA SILVA. Sentença exarada na ação penal nº 504686367.2016.4.04.7000/PR. Disponível em: < https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&strSecao=PR&seiForma=NC >. Acesso em: 17 jun. 2019 (número do processo 5046863-67.2016.4.04.7000, chave 700003115233v560, evento 613).

conjunto de ações materiais destinado a pôr em marcha uma célula terrorista, sob pena também de se retirar eficácia dos demais verbos contidos no mesmo artigo de lei ("constituir, integrar ou prestar auxílio").

As teses de que as postagens e diálogos dos acusados de conteúdo extremista não passavam de expressão de curiosidade religiosa, meras bravatas ou brincadeiras não podem ser aceitas como justificativas aptas a excluir a tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade das ações. O tipo penal, por tudo que já foi esclarecido, se perfaz com o simples ato de promoção, por intermédio de uma das ações anteriormente descritas.¹⁰⁸

Desimporta se existia, ou não, a real intenção de traduzir as manifestações públicas de estímulo ou apoio em ações preparatórias ou executórias concretas capazes de produzir resultados materiais consistentes em ataques a pessoas ou instalações físicas em nome da causa sectária.¹⁰⁹ Tal foi a fundamentação dominante para o entendimento do doutro magistrado.

Cabe observar novamente, que, com a criminalização de crimes de perigo abstrato, como já analisado no presente artigo, houve violação ao princípio da Lesividade, uma vez que não há crime sem ofensa a um bem jurídico digno de tutela penal. Em outras palavras, é preciso que haja uma lesão efetiva ou um perigo concreto de lesão a um bem jurídico para que a conduta possa ser considerada crime.

Quanto à materialidade do crime de atos preparatórios ao terrorismo, entendeu o magistrado que estes se davam na modalidade de recrutar indivíduos e organizar pessoas com o propósito de formar um grupo de atuação do ISIS no Brasil para a prática de atos de terrorismo.

Recrutar significa aliciar, arregimentar, angariar, atrair, reunir ou engajar. Organizar equivale aos atos de estabelecer, formar, instituir e também de ordenar, arrumar, coordenar e estruturar. A consumação do crime na primeira modalidade ocorre com o recrutamento, mesmo sem a efetiva ida dos recrutados ao local para o qual foram chamados, uma vez que se trata de delito formal ou de consumação

¹⁰⁸ BRASIL. Justiça Federal Seção Judiciária do Paraná. 14ª Vara Federal de Curitiba. Juiz Federal MARCOS JOSEGREI DA SILVA. Sentença exarada na ação penal nº 504686367.2016.4.04.7000/PR. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&strSecao=PR&selforma=NC>. Acesso em: 17 jun. 2019 (número do processo 5046863-67.2016.4.04.7000, chave 700003115233v560, evento 613).

¹⁰⁹Ibid.

antecipada. Portanto, não há nenhuma necessidade de que, atualmente, se tenha viajado àquela região para tomar parte em atividades terroristas. Também não é preciso que se possuam grandes disponibilidades financeiras ou acesso a armas de grosso calibre para se formar uma célula extremista, planejar ou realizar uma ação dessa natureza.

Durante coletiva de imprensa em que prestou declarações sobre a referida operação, o ministro da justiça esclareceu que era uma célula terrorista absolutamente amadora, e que não tiveram contato entre si, inclusive não tinham em seu poder bombas ou armas, tendo tentado adquirir armas com uma compra online, comprovando seu amadorismo e inexperiência.¹¹⁰

Conforme mencionado pelo mesmo ministro, os acusados tinham o desejo de se reunirem para praticarem artes marciais e para aprender a atirar. De posse desses dados, é correto inferir que eles não lesavam bem jurídico algum com sua conduta, vez que não tinha passado de palavras. Sendo clara violação ao princípio da proporcionalidade e da intervenção mínima, além do princípio penal-constitucional da culpabilidade.

Evidente por todo o exposto, que o referido diploma legal, assim como a sua aplicação na primeira fase da operação Hashtag, constituem uma terceira velocidade do direito penal, um claro exemplo de direito penal do inimigo. E não deve por isso ser tolerada, sob pena de sacrificarem-se as bases garantistas e constitucionais de nosso estado democrático de direito.

¹¹⁰BOMFIM, Camila; MATOSO, Filipe. PF prende 10 pessoas suspeitas de ligação com terrorismo. **G1 globo.com**, Brasília, p. B1, 29 jul. 2016. Disponível em: <<http://glo.bo/29WdhJ4>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O terrorismo era crime que carecia de tipificação desde a constituição de 1988, sendo esta norma de eficácia limitada.

Com o fundamento de cumprir o mandamento constitucional, foi aprovada em 2016 a lei 13.260, denominada lei Antiterrorismo constitui grave perigo em nossa sociedade pós-industrial, marcada pelas infinitas possibilidades de conduta, e por ser tão danoso, faz jus a penas severas com o intuito de reprimir ou prevenir estas espécies criminais que, a justo título, é chamada hedionda e assim reconhecida por nossa constituição e legislação infraconstitucional.

Compreender as bases epistemológicas e o percurso que seu autor fez para chegar à criação desta teoria de enfrentamento da criminalidade moderna, marcada pela transnacionalidade, pelo perigo e lesividade maior que os bens jurídicos clássicos é o ideal para chegar a um modelo de enfrentamento desses crimes.

No entanto, tal modelo de enfrentamento da criminalidade recebeu diversas críticas por parte da doutrina nacional e internacional, pois através da análise de seus pressupostos epistemológicos, foi evidenciado que este modelo de política criminal, denominado Direito Penal do Inimigo, no afã de implementar mudanças significativas e buscando garantir a inviolabilidade das normas tuteladoras de bens jurídicos, acabava por relativizar, flexibilizar ou suprimir normas igualmente importantes e basilares no ordenamento jurídico, como princípios constitucionais expressos da proporcionalidade, lesividade, legalidade e devido processo legal, e portanto, de valor igual ou superior aos que se buscavam resguardar com a norma jurídica incriminatória.

O modelo de direito penal do inimigo, ao trazer a ideia de um direito penal de exceção, voltado a perigos, deixa aberta a porta para que em nome desta proteção a perigos possa-se aprovar medidas punitivas danosas igualmente ao estado democrático de direito, visto que violam princípios constitucionais.

A doutrina divide-se em opinião quanto ao modelo de direito penal do inimigo proposto por Jakobs.

Zaffaroni rechaça de pronto estas medidas, com a ideia de que este seria um direito penal do autor, buscando ofensiva a grupos de indivíduos considerados perigosos pelo poder punitivo estatal.

De outra monta, Alexandre Rocha Almeida de Moraes, ainda que considere o modelo de Jakobs como um direito penal de Terceira Velocidade, considere o modelo tal qual apresentado por Jakobs inaceitável pelo nosso ordenamento jurídico, vislumbra a hipotética possibilidade jurídica quanto a adoção de um direito penal de terceira velocidade, visto que seria utilizado em bens jurídicos pontuais e excepcionais, sendo, portanto, uma espécie de última ratio dentro do direito penal. E reputa como aceitáveis as eventuais flexibilizações e violações constitucionais, dado o caráter perigoso e potencial dos crimes.

O presente trabalho tem o objetivo de analisar os reflexos do Direito Penal do Inimigo na lei Antiterrorismo 13.260/2016 no intuito de demonstrar que a legislação antiterrorismo brasileira possui posturas típicas de um Direito Penal do Inimigo.

A análise do presente trabalho se deu através de 3 perspectivas, em primeiro lugar como se deu o surgimento do direito penal do inimigo, quais as bases filosóficas, criminológicas, qual a visão de direito penal de seu criador e quais as características do direito penal do inimigo. Partindo das bases epistemológicas do direito penal do inimigo, e as correntes criminológicas que trouxeram o surgimento desta teoria de direito penal, foi analisado em primeiro lugar os filósofos que são base para a teoria de Jakobs e nos quais o próprio explicita ter se inspirado para a criação do seu conceito de inimigo. Após análise das opiniões dos filósofos, passou-se a analisar qual a ideia e características do direito penal de Jakobs, que é o grande expoente do funcionalismo sistêmico radical, com a adaptação da teoria dos sistemas de Luhmann para o mundo jurídico, através da prevenção geral positiva. Para por fim descrever as correntes criminológicas precursoras do direito penal do inimigo, trazendo a ideia de Cancio Meliá de que o Direito Penal do Inimigo e o Punitivismo Penal são os responsáveis pelo surgimento do Direito Penal do Inimigo, uma vez que este é identificado como o ponto de encontro entre estas duas correntes de política criminal.

Chegando-se por fim às características da teoria de Jakobs, que explicitados os fatores que ocasionaram o surgimento do direito penal do inimigo, passa-se à análise das características desta teoria, e quais as suas ideias principais, sendo identificadas as características da antecipação de tutela penal, punibilidade dos tipos penais abstratos e vagos, e a flexibilização das garantias penais e constitucionais.

O segundo objetivo é descrever as críticas feitas à tese de Jakobs, partindo da ideia de velocidades do direito penal de Silva Sanchez, que identifica o Direito Penal do Inimigo como a terceira velocidade do direito penal. De posse desse repertório crítico das velocidades do direito penal, passa-se à análise dos críticos mais contundentes à tese de Jakobs.

Zaffaroni, um dos mais contumazes críticos, começa criticando a própria ideia de inimigo de Jakobs, discordando da legitimidade de sua adoção e alertando para os perigos que esta ideia de inimigos pode conduzir ao totalitarismo por parte do Estado. O autor argentino continua sua crítica demonstrando os pontos de vista filosóficos que se contrapõem aos filósofos utilizados por Jakobs ao compor sua ideia de inimigo.

Outro posicionamento quanto ao direito penal do inimigo é dado por Alexandre Rocha Almeida de Moraes, que advoga a hipótese de admissibilidade de um direito penal do inimigo, cuja aplicação seja excepcional e transitória, como forma de combate aos crimes que já não conseguem ser mais combatidos e prevenidos eficazmente utilizando-se do direito penal clássico. Porém a utilização deste direito penal do inimigo aconteceria dentro dos parâmetros de excepcionalidade e provisoriedade (deve ser por um lapso temporal pré definido). Sugere o autor que para instrumentalizar estes parâmetros seria necessária uma maior adaptabilidade por parte dos códigos penais, de modo que estes validem a aplicação do direito penal do inimigo em determinados casos e por um dado período de tempo.

O terceiro posicionamento crítico ao direito penal do inimigo foi dado por Rogério Greco, que com sua noção de Direito Penal do Equilíbrio, busca afastar-se do paradigma de direito penal clássico, dada a necessidade de se combater os crimes atuais como corrupção, crime organizado, e violações penais transnacionais, e cujo combate não consegue a eficaz prevenção e reprimenda estatal, visto que a complexidade da sociedade atual cria tipos penais inovadores e imprevistos aos conceitos clássicos de direito penal, com bens jurídicos diversos e por vezes trans-individuais, coletivos e difusos. Greco traz a ideia do Direito Penal do Equilíbrio, um direito penal minimalista que seria um ponto médio entre o direito penal abolicionista e o direito penal máximo (cujo melhor exemplo é o Direito Penal do Inimigo).

Seria um direito penal que, ainda que flexibilizasse determinadas garantias, teriam um núcleo duro de princípios que não suportariam flexibilização, de

modo a manter um equilíbrio entre o rigor de uma terceira velocidade do direito penal, ancorado por princípios que não poderiam ser flexibilizados, suprimidos ou relativizados. Caso dos princípios

O terceiro objetivo do presente trabalho encontra-se em analisar a legislação antiterrorismo brasileira, e sua conseqüente aplicação na primeira fase da operação Hashtag, com o intuito de identificar se esta legislação abriga posturas típicas do direito penal do inimigo.

O tipo penal do Terrorismo é analisado e constata-se deixa margem para manipulação subjetiva por parte do aplicador da lei penal. Através de cláusulas e tipos abertos, crimes de perigo abstrato ou tipos penais em branco.

Em seu artigo 5º a lei expressamente criminaliza os atos preparatórios, sendo esta uma característica já apontada por Zaffaroni como distintiva de um direito penal do inimigo.

Constata-se a flexibilização de princípios e garantias penais como o da legalidade, taxatividade, lesividade, proporcionalidade ao ser possível a prisão preventiva com base em atos preparatórios de terrorismo. Sendo certo que meros atos preparatórios não tem a capacidade de lesar um bem jurídico e, portanto, a aplicação dessa modalidade de medida de segurança resta exagerada. Ademais, a punição por um ato preparatório de terrorismo é potencialmente mais danosa do que a punição por um ato executório de crime comum, visto que a proporção da diminuição de pena no caso do terrorismo, é uma diminuição menor do que nos atos executórios de um crime comum do Código Penal. Resta, portanto, configurada que a lei antiterrorismo 13.260 possui importantes reflexos de um direito penal do inimigo.

Através da análise da fase inicial da operação Hashtag, primeira operação a utilizar a lei antiterrorismo dentro do território nacional, é evidenciada que as características indicadas na legislação encontram eco e aplicação do direito penal do inimigo no caso prático. Uma vez que houve a punibilidade na modalidade “promoção de organização terrorista”, conforme artigo 3º da lei 13.260, mesmo que não houvesse a efetiva ameaça ao bem jurídico, apenas por conta do conteúdo de mensagens, entre eles, aproximando-se esta conduta à conduta prevista no artigo 4º da lei antiterrorismo, que foi revogado justamente por ferir o princípio da proporcionalidade e ferir a liberdade de expressão, vez que este artigo criminalizava incitação e apologia ao crime de terrorismo.

Além disso, houve decretação e conseqüente prisão provisória dos acusados com base nos atos preparatórios, na modalidade de promoção de organização terrorista, tendo os 8 indiciados ficado presos somente pela periculosidade em abstrato, sem que houvesse comprovação de que levariam a cabo eventual atentado. Tal violação, além de demais garantias processuais violadas, constitui um reflexo da aplicação do direito penal do inimigo conforme a lei antiterrorismo.

Sendo, portanto, constatado que a Lei Antiterrorismo possui reflexos do Direito Penal do inimigo, evidenciado durante a aplicação da primeira fase da operação Hashtag, satisfazendo a hipótese de pesquisa inicial.

O direito penal do inimigo é teoria que ainda provoca reflexões por parte dos juristas no Brasil e no mundo, sendo questionado se haveria a possibilidade de coexistência de um direito penal do inimigo dentro de um ordenamento jurídico democrático como é o caso do brasileiro. De início a teoria de Jakobs não encontrou entusiastas, porém hoje constata-se que existe uma maior reflexão sobre como o direito penal do inimigo poderia ser aceito por um ordenamento jurídico penal. Assim como produz críticas severas que considerem inadmissível a aplicação desta teoria.

Com a presente pesquisa, demonstra-se que as reflexões críticas e tentativas de implementação de um direito penal do inimigo ainda acontecem na sociedade, haja vista a lei antiterrorismo objeto desta pesquisa e sua conseqüente aplicação durante a primeira fase da operação Hashtag. Por esse motivo, o presente trabalho tem grande importância para a ciência jurídica e o direito penal, uma vez que estamos cada vez mais criminalizando condutas, levando nosso direito penal a uma situação de inflação, além de os bens jurídicos incriminados estarem cada vez mais se distanciando do dano, e partindo para um direito penal de perigos. Portanto, a concepção mais acertada nos parece a de Zaffaroni, de que é preciso resguardar as garantias penais e constitucionais, não admitindo flexibilização de direitos, uma vez que se assim ocorrer, estará aberta a porta para um direito penal de perigo, totalitário e autoritário.

REFERÊNCIAS

ANJOS, MILENA TRAJANO DOS; MACHADO, ÉRICA BABINI LAPA DO AMARAL . DA TEORIA DOS SISTEMAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA ANÁLISE CRÍTICA. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 3, p. 1-19, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

BOMFIM, Camila; MATOSO, Filipe. PF prende 10 pessoas suspeitas de ligação com terrorismo. **G1 globo.com**, Brasília, p. B1, 29 jul. 2016. Disponível em: <<http://glo.bo/29WdhJ4>> Acesso em: 3 jun. 2019.

BRASIL. Diário Oficial da União. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de mar. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dez. de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, dez., 1940.

_____. Lei nº 7.170, de 14 de dez. de 1983. Lei de Segurança Nacional. Brasília, DF, dez. 1983.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de set. de 1995. Lei de Juizados Especiais. Brasília, DF, set. 1995.

_____. Lei nº 13.260 de 16 de mar. de 2016. Lei Antiterrorista. Brasília, DF, mar., 2016.

_____. Justiça Federal Seção Judiciária do Paraná. 14ª Vara Federal de Curitiba. Juiz Federal MARCOS JOSEGREI DA SILVA. Sentença exarada na ação penal nº 504686367.2016.4.04.7000/PR. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&strSecao=PR&selForma=NC>. Acesso em: 17 jun. 2019 (número do processo 5046863-67.2016.4.04.7000, chave 700003115233v560, evento 613).

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Terrorismo: Lei 13.260/16 Comentada**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

CONDE, Francisco Munoz. **Direito Penal do Inimigo**; tradução de Karyna Batista Sposato – Juruá, 2012.

CHUY, José Fernando M. **Operação Hashtag: a primeira condenação de terroristas islâmicos na América Latina**. Barueri, SP: Novo Século Editora, 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral**. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

GREGO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 5ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2010.

HABIB, Gabriel. **Lei Antiterrorismo**: Lei 12.360/2016. Coordenador Gabriel Habib – Salvador: Juspodivm, 2017.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed., 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

JAKOBS, Günther. **A imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, vol. I.

MIRANDA S. FILHO, Acacio et al.; **Lei antiterror anotada**. Lei 13.260 de 16 de março de 2016. BUSATO, P. C. (Org.); Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de Perigo Abstrato. In: **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Fontes do Direito Ltda, ano IV, n. 15, p. 95-99, 2004.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Utilização do conceito de inimigo no sistema punitivo: análise crítica a partir de um modelo integrado de ciências criminais. 2009. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva, **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Jorge Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: vol.1: parte geral. 6ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.