



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

ANDRESSA PAULA DE ANDRADE

DOGMÁTICA PENAL SEM OFENSA AO BEM JURÍDICO?
OS ATOS PREPARATÓRIOS DE TERRORISMO NA LEI
13.260/2016

Jacarezinho

2019



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

ANDRESSA PAULA DE ANDRADE

**DOGMÁTICA PENAL SEM OFENSA AO BEM JURÍDICO?
OS ATOS PREPARATÓRIOS DE TERRORISMO NA LEI
13.260/2016**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Ciência Jurídica

Área de Concentração: Teorias da Justiça:
Justiça e Exclusão

Linha de Pesquisa: Função Política do Direito

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando
Kazmierczak

Jacarezinho

2019

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

A565t Andrade, Andressa Paula de
O terrorismo e seus atos preparatórios na lei
13.260/2016 / Andressa Paula de Andrade; orientador
Luiz Fernando Kazmierczak - Jacarezinho, 2019.
110 p.

Direito) - Universidade Estadual do Norte do
Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas,
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.

1. Terrorismo. 2. Atos preparatórios. 3. Direito
Penal do Inimigo. 4. Lei 13.260/2016. I.
Kazmierczak, Luiz Fernando, orient. II. Título.

ANDRESSA PAULA DE ANDRADE

**DOGMÁTICA PENAL SEM OFENSA AO BEM JURÍDICO?
OS ATOS PREPARATÓRIOS DE TERRORISMO NA LEI
13.260/2016**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na Área de Concentração: “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão” e na Linha de Pesquisa: “Função Política do Direito”. Banca examinadora:

Banca Examinadora:

Presidente: Doutor Luiz Fernando Kazmierczak

Membro: Gustavo Noronha de Ávila

Membro: José Eduardo Lourenço dos Santos

Coordenador do Programa: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Jacarezinho, 16 de março de 2019.

Dedico este trabalho à minha família, minha força e inspiração para que eu continue em frente todos os dias. Ademais, especialmente para a minha *mãe*, a mulher mais forte que eu já conheci.

AGRADECIMENTOS

Toda graça ao senhor meu Deus pela benevolência, disciplina e força com que vivi este momento. És minha fortaleza, refúgio e meu soberano!

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. Com este auxílio, tive a possibilidade de me manter durante o mestrado, o acesso à livros, participação em eventos, etc. Obrigada.

Agradeço ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná na pessoa de seu coordenador, Dr. Fernando de Brito Alves que conduz de forma primorosa este projeto incrível bem no coração do norte pioneiro paranaense.

Aquele abraço para a Turma XIV que me trouxe tantos amigos. Da mesma maneira, quando se fala do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, não se pode olvidar a incrível Maria Natalina – para os mais próximos, a nossa “Naty” –, responsável pela secretária do PPGCJ e que realiza seu trabalho com perfeição, brilhantismo e coração. Naty, obrigada por tudo, você é uma mulher extremamente forte e genial no que faz!

Ao meu orientador Professor Dr. Luiz Fernando Kazmierczak, o “Kaz”. É necessário dizer que eu possuía pretensões muitos simples, a saber, realizar um mestrado e pesquisar sobre *terrorismo*. No entanto, tive um orientador que pesquisa o mesmo tema – leia-se, *terrorismo* –, é gremista e foi meu amigo nesse percurso. Orientador é uma formalidade necessária para a pesquisa científica, mas a amizade não era. Todavia, ganhei um amigo neste trajeto que foi solidário ao entender os momentos de cansaço, me corrigiu quando era necessário e, sobretudo, me incentivou e incentiva a continuar.

Ao Prof. Dr. Giacoia pelas aulas críticas, os pensamentos e os conselhos que foram dados. Com certeza foi uma grande lição!

Minha gratidão à minha professora, amiga e afilhada (não sei qual é a melhor ordem desses atributos) Dra. Érika Mendes de Carvalho. Foi no início de 2010, durante o meu segundo da graduação, na Universidade Estadual de Maringá que conheci a Professora que me despertaria para a pesquisa. Foi ela quem me acolheu, corrigiu e me orientou durante minha passagem pela a UEM (graduação e especialização). Igualmente, foi ela quem me incentivou a continuar quando eu já não

possuía mais esperanças e forças para acreditar que eu teria vocação para a “vida acadêmica”. É minha inspiração acadêmica e uma mulher admiravelmente forte que a tornou um dos maiores nomes da Dogmática Penal deste país! Siga em frente fazendo tua história e saiba que você possui grandes amigos que sempre estarão contigo. Agradeço, sobretudo, pelos longos cafés, almoços e jantares onde falamos de tudo e podemos rir de forma livre e gratuita. Obrigada!

Ao meu professor, amigo e afilhado (não sei qual é a melhor ordem desses atributos) Dr. Gustavo Noronha de Ávila, o “Gus”. Gus, como a vida é engraçada, não é mesma?! E foi um *inbox* que mudou o percurso de nossas vidas. Você veio para Maringá e segue fazendo um caminho brilhante! Obrigada por me ajudar de todas as maneiras, sobretudo, ao debater comigo a presente pesquisa. Agradeço, sobretudo, por nossas conversas, as sugestões musicais e as gargalhadas gratuitas. Obrigada!

Ao Professor Dr. Paulo César Busato, meu amigo. A vida é muito boa comigo! Obrigada por me incentivar a pesquisar esse tema tão complexo, a ponto de eu esquecer que estava sendo “pretensiosa demais”. Igualmente, agradeço por todos os sábios conselhos, as indicações literárias e musicais, as piadas e incentivos que tornou a caminhada muito mais divertida.

Finalmente, à minha família. Obrigada pelo o incentivo, pelo suporte e amor que me concederam neste trajeto. É por vocês que sigo lutando! Amo vocês imensamente.

Apenas uma observação derradeira. Àqueles que pretenderam dificultar o trajeto de forma gratuita, apenas uma fala: saio mais forte e mais sábia e, além disso, mais habilidosa em desviar daquilo que não se aproveita.

Enfim, este é o meu peito aberto ao fim desta travessia. Obrigada!

“Os que trabalham têm medo de perder o trabalho.

Os que não trabalham tem medo da fome, tem medo da comida.

Os motoristas têm medo de caminhar e os pedestres têm medo de medo de ser atropelados.

A democracia tem medo de lembrar e a linguagem tem medo de dizer.

Os civis têm medo dos militares, os militares têm medo da falta de armas, as armas têm medo da falta de guerras.

É o tempo do medo.

Medo da mulher da violência do homem e medo do homem da mulher sem medo.

Medo dos ladrões, medo da polícia.

Medo da porta sem fechaduras, do tempo sem relógios, da criança sem televisão, medo da noite sem comprimidos para dormir e medo do dia sem comprimidos para despertar.

Medo da multidão, medo da solidão, medo do que foi e do que pode ser, medo de morrer, medo de viver”.

Eduardo Galeano – O medo global in De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso

ANDRADE, Andressa Paula de. **O terrorismo e seus atos preparatórios na lei 13.260/2016**. 2019. Dissertação de Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica. Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

RESUMO

Observa-se que o Direito Penal tem deixado de ser a *ultima ratio legis* para se tornar a *prima ratio legis*. O tratamento penal do terrorismo não foge dessa manifestação expansiva do poder punitivo. Não se ignora a complexidade do fenômeno em questão, mas o que se observa é que há um verdadeiro adiantamento das barreiras de punição a exemplo do artigo 5º da Lei 13.260/2016. Isto é, ao não respeitar os princípios penais de garantia – sobretudo a legalidade – o resultado que se obtém é um tipo penal vago, ambíguo e desastroso. Além dessa incriminação, revela-se dificultoso encontrar um verdadeiro objeto jurídico justificante da intervenção penal em questão. No entanto, é necessário realizar uma autocrítica e uma interrogação: a falta de técnica legislativa é resultado de uma negligência do legislador ou a mesma é intencional? Essa desconfiança surge com a constatação da volatilidade conceitual e uma possível maximização na seletividade dos inimigos de ocasião pelo poder punitivo. Portanto, o trabalho busca analisar o artigo 2º Lei 13.260/2016, passando pela questão do objeto jurídico protegido, os fins do delito, a possibilidade do terrorismo ser um crime internacional, etc. O último capítulo se ocupou do artigo 5º da Lei 13.260/2016, onde se analisa a questão da lesividade penal e sua inconsistência, sendo ainda apresentada a possibilidade da desistência voluntária e o arrependimento eficaz que a legislação permite ao delito de atos preparatórios.

Palavras-chave: Terrorismo. Atos preparatórios. Direito Penal do Inimigo. Lei 13.260/2016.

ABSTRACT

It is observed that the Criminal Law has ceased to be the *ultima ratio legis* to become the *prima ratio legis*. The criminal treatment of terrorism does not escape this expansive manifestation of punitive power. The complexity of the phenomenon in question is not ignored, but what is observed is that there is a real advance of the punishment barriers, such as article 5 of Law 13.260 / 2016. That is, by not respecting the criminal principles of guarantee - especially legality - the result is a vague, ambiguous and disastrous criminal type. In addition to this catastrophic incrimination, it is difficult to find a true legal object justifying the criminal intervention in question. However, it is necessary to carry out a self-criticism and an interrogation: is the lack of legislative technique a result of the negligence of the legislator or is it intentional? This distrust arises with the realization of conceptual volatility and a possible maximization in the selectivity of the enemies of occasion by the punitive power. Therefore, the work seeks to analyze article 2nd of Law 13.260/2016, going through the question of the protected legal object, the purpose of the crime, the possibility of terrorism being an international crime, etc. The last chapter dealt with the 5th article of Law 13.260 / 2016, which analyzes the issue of criminal injury and its inconsistency, and the possibility of voluntary abandonment and effective repentance that the law allows for the crime of preparatory acts.

Keywords: Terrorism. Preparatory acts. Criminal Law of the Enemy. Law 13.260/2016.

SUMÁRIO

Introdução.....	14
1 O ESTADO DE EXCEÇÃO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO PONTO DE PARTIDA DA LEGISLAÇÃO ANTITERROR.....	16
1.1 O Estado de Exceção.....	16
1.2 O inimigo no Direito Penal.....	19
1.3 É possível falar em um terrorismo de Estado?	25
1.4 Acerca da doutrina da segurança nacional.....	28
2 TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO TERRORISMO NO BRASIL A PARTIR DA LEI 13.260/2016.....	33
2.1 O mandado constitucional de criminalização: imposição ou faculdade do legislador infraconstitucional no âmbito do terrorismo?	33
2.2 Sobre o conceito de terrorismo.....	39
2.3 O bem jurídico-penal na Lei Antiterrorista.....	73
2.4 O terrorismo como crime internacional.....	76
3 SOBRE A REALIZAÇÃO DOS ATOS PREPARATÓRIOS DE TERRORISMO COM O PROPÓSITO INEQUÍVOCO DE CONSUMAR TAL DELITO.....	80
3.1 A impunidade dos atos preparatórios.....	82
3.2 Preparação e execução: lineamento sobre as teorias existentes.....	83
3.3 O adiantamento das barreiras punitivas como (i)legítima tendência político-criminal na Lei Antiterror: atuação pela prevenção.....	88
3.4 Incoerência sistêmica: da (im)possibilidade de aplicação da desistência voluntária e arrependimento eficaz no delito de atos preparatórios de terrorismo.....	93
Conclusão.....	99

Referências.....	102
-------------------------	------------

INTRODUÇÃO

O tema terrorismo se tornou recorrente tanto do ponto de vista fático em virtude dos recentes acontecimentos quanto do ponto de vista jurídico. O ataque ao periódico Charlie Hebdo, o atropelamento de Nice, os ataques de novembro de 2015 em diversos lugares em Paris, o atropelamento na região de La Rambla em Barcelona, etc. são só exemplos emblemáticos deste fenômeno.

Já do ponto de vista jurídico, o debate é intenso em torno, especialmente, das questões de tipificação penal, a saber, qual ou quais bens jurídicos são protegidos, as finalidades do tipo penal de terrorismo, etc. Adianta-se que não qualquer unanimidade em torno destas celeumas. Outro ponto a ser destacado é como o Direito Penal trata a mitológica figura do terrorista. Não é difícil encontrar manifestos no sentido de que o terrorista deve ser extirpado da sociedade, vez que o mesmo não oferece uma *segurança cognitiva*, turbando a segurança jurídica.

O discurso do terrorista enquanto inimigo é tão enraizado que algumas práticas parecem normalizadas. Isto é, não é difícil verificar que no binômio “ação-reação” há comportamentos questionáveis, a saber, logo após um ataque terrorista (que causa intensa comoção, sem dúvidas) a reação estatal por meio de seu aparato policial frente ao fenômeno é quase sempre tendo como objetivo a morte do autor do(s) delito(s). Não há um esforço para que haja a prisão, o processamento e julgamento daquele que cometeu o delito.

Ademais, o que se nota com esse elemento de “ação-reação” em que o Estado oferece uma resposta tão violenta quanto àquela revela uma mensagem: terrorista é inimigo e o inimigo está a margem, não gozando de qualquer garantia material em seus direitos fundamentais ou processuais, pois, a ele não se oportuniza o rito de passagem em que se confere o selo “culpado” ou “inocente”, o que demonstra que se caminha – ou já se vive – um verdadeiro Estado de Exceção em que se seleciona quem irá usufruir das regras gerais do sistema e quem será sumariamente excluído. Evidentemente não se defende a impunidade dos atos terroristas, pelo contrário, merecem reprovação em virtude da magnitude dos bens jurídicos afetados, do *modus operandi* e pelos fins percorridos. O que se questiona é a reação estatal lastreada no Direito Penal do Inimigo que será abordada a seguir.

Após a problematização do inimigo no Direito Penal, passa-se a análise da Lei 13.260/2016, com especial atenção ao artigo 2º (crime de terrorismo) e artigo 5º (atos preparatórios de terrorismo), pois, durante a pesquisa, essas duas figuras típicas foram as que mais chamaram a atenção, especialmente em decorrência do crime de atos preparatórios de terrorismo guardar uma relação de dependência com o crime de terrorismo contido no artigo 2º da Lei Antiterror. Ainda, fez-se uma análise crítica do artigo 10º que permite a desistência voluntária e o arrependimento eficaz para com o delito de atos preparatórios de terrorismo contido no artigo 5º.

Esta é uma breve apresentação da pesquisa que se segue, esclarecendo ao leitor que a mesma foi construída com base no método dedutivo e as técnicas de pesquisa são: documental e a revisão bibliográfica.

1 O ESTADO DE EXCEÇÃO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO PONTO DE PARTIDA DA LEGISLAÇÃO ANTITERROR

Este capítulo se debruça sobre três temas essenciais, a saber, o Estado de Exceção, o Direito Penal do Inimigo, o Terrorismo de Estado e a Doutrina da Segurança Nacional. O propósito é verificar de que maneiras estas matérias estão conectadas, bem como, o modo como as mesmas repercutem diretamente sobre o fenômeno do terrorismo.

1.1 O Estado de Exceção

A Democracia surge enquanto ideia alvissareira de igualdade, legalidade, proteção de direitos fundamentais e distanciamento de qualquer arbitrariedade. Isto seria quase um reino perfeito onde haveria o absenteísmo estatal no que tange a restrição de direitos, remanescendo apenas a atuação positiva para maximizar as potencialidades humanas.

No entanto, esse espaço que se pretende democrático acaba sendo fraturado – ou nunca se realizou plenamente – de modo que se torna uma zona limítrofe entre Direito e Política, duas noções que aparentemente não teriam uma conexão imediata, mas se revelam entrelaçadas pelo o Estado de Exceção, uma forma de governança que não pode ser legal, onde se busca conferir legitimidade ao que não poderia possuir legitimidade jurídica.

É importante ressaltar que a ideia de Estado de Exceção só poderia ser criada pelo o Estado de Direito¹. Vale lembrar que a ideia central do constitucionalismo moderno é a limitação do poder político, momento em que se passa a notar que a soberania troca de roupagem, a saber, a mesma – leia-se, a soberania – deixa de ser absoluta e irrestrita na mão de um sujeito/grupo para então ser alocada como um exercício pelo o povo. Portanto, criam-se mecanismos em que o arbítrio passa a ser

¹ Neste sentido: “Em verdade, nisto reside a feição sórdida da exceção. Diferentemente do que ocorre em um movimento revolucionário, com a exceção não se pretende instaurar, declaradamente, uma nova ordem constitucional. Ela erode, de maneira sub-reptícia, o Estado de Direito, submetendo a imperatividade das normas jurídicas ao talante do poder de turno”. VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 23.

controlado, sobretudo por conta da criação de uma Constituição². Com isso, busca-se afirmar que a feitura do texto constitucional introduz essa relação entre política e o jurídico. Nos regimes excepcionais se mostra despidendo trabalhar com a ideia de estado de exceção, vez que o poderio do soberano não obedecia a qualquer limite que não fosse seu ímpeto.

Sobre essa ideia de Estado de Exceção, lembra Giorgio Agamben:

[...] as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal³.

Dizer que o movimento constitucionalista que vai inaugurar o Estado de Direito como limite a esse poder parece óbvio. No entanto, o estado de exceção já não se mostra clarividente como outrora, onde a vontade soberana atuava ao arrepio de qualquer freio. Ao contrário, o estado de exceção se mostra como uma zona cinzenta entre democracia e absolutismo como lembra Giorgio Agamben⁴.

Logo, há uma dificuldade permanente no Estado de Direito: como, onde e de que forma se manifesta a exceção? Ora, se revela ausente clareza de como se manifesta essa excepcionalidade. Lembra Agamben que o Estado de Exceção não seria uma especialidade do Direito a exemplo do Direito de Guerra, mas a suspensão da própria ordem jurídica, definindo seu patamar ou conceito-limite⁵.

Essa penumbra situacional do Estado de Exceção é bem definida por Eduardo Tergolina Teixeira:

² Conforme lembram Chueiri e Godoy: “O constitucionalismo se origina nos Estados Unidos, com a ideia do Rule of Law, que implica na preservação de determinadas regras jurídicas fundamentais, limitadoras do poder estatal (NINO, 2003, p. 16-17). Daí, o constitucionalismo adquire uma posição mais robusta, em que o governo, além de se encontrar limitado, assim está a partir de normas jurídico-constitucionais, requerendo em geral um texto escrito, ainda que tal requisito não seja absolutamente necessário. A Constituição expressa não apenas um ser, mas também um dever-ser e, para isso, é protegida por processos complexos de modificação (NINO, 2003, p. 16-17). E, por ser a constituição norma, seus princípios devem ser aplicados de maneira a comprometer todas as demais espécies normativas, especialmente através da interpretação que fazem os órgãos públicos legais e o próprio povo. Entretanto, nada disso seria suficiente sem a contrapartida democrática, pois a democracia também exerce o papel imprescindível de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas. Ao contrário, ela o tenciona a todo tempo, provocando-o e renovando-o através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretação, seja pelo povo ou pelo Poder Judiciário”. CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte. **Revista DIREITO GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, 2010, p. 166.

³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12-13.

⁴ Idem, p. 13.

⁵ Idem, p. 15.

De fato e evidentemente, tal não é por acaso: o estado de exceção se encontra nesta situação paradoxal, nesse limiar entre o fático e o jurídico, extravasando, escapando a ambos, não pertencendo inteiramente a nenhum dos dois. Daí a dificuldade dos juristas em lidar com algo que não é totalmente apreendido pelo direito. Não obstante isso, como já se pôde perceber, o estado de exceção é fundamental ao funcionamento do estado de direito, tratando-se da mola-mestra que o faz operar⁶.

Essa indefinição torna o debate do Estado de Exceção como algo instigante e ao mesmo tempo, dificultoso por não ter forma passível de apreensão. Portanto, pode-se falar em manifestações e situações decorrentes deste fenômeno volúvel. Quando se leva em consideração de que essa forma de governança é o paradigma da política atual, parece ser mais inteligível que o Direito Penal feito para segregar, mais do que nunca é instrumentalizado para aniquilar o sujeito.

A ideia presente no Estado de Exceção possui a justificação em virtude da suspensão da ordem jurídica para que se estabeleça a normalidade situacional. É perceptível que há sempre uma enunciação de provisoriedade nessa suspensão, portanto, a lógica discursiva é sutil ao não explicitar que há uma permanência persistente na lógica excepcional.

Edson Teles ao abordar a questão das democracias recentes, afirma que:

As democracias nascidas nas últimas décadas surgem como herdeiras de regimes autoritários ou totalitários. Assim foi no Leste Europeu após a queda dos governos pró-soviéticos, e igualmente com as poucas democracias substitutas do colonialismo tardio na Ásia e na África. Na América Latina, ocorreu algo semelhante: o fim das ditaduras militares foi o momento originário da política democrática. A marca do novo regime político e a promessa de desfazer a injustiça do passado. Tanto o Brasil, após a ditadura, quanto a África do Sul, em seguida ao *apartheid*, são países que buscam construir a democracia dos direitos humanos⁷.

A invocação do Estado de Exceção sempre estará atrelada com a ideia de gerenciamento de crises (políticas, sociais, econômicas, etc), construída a partir de um discurso justificante que pretende dar legitimidade ao que nunca será legítimo. Visando arrefecer essa expansão de exceções, há quem advogue que para limitar a

⁶ TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. **O estado de exceção a partir da obra de Giorgio Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 91.

⁷ TELES, Edson. Entre justiça e violência: estado de exceção nas democracias do Brasil e da África do Sul. In: SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson. **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 299.

coisificação do homem é mister que se estabeleça um mínimo de direitos fundamentais:

Essa imperatividade é válida ao menos em relação ao “*standard mínimo*” comum aos diferentes textos. A lista é curta e compreende, lembremos, o interdito da tortura e das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, o da escravidão e da servidão e das leis penais retroativas. A esse mínimo comum, o Pacto da ONU – do qual sabemos ter uma vocação universal acrescenta o interdito “a submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas e, como únicos direitos formulados de modo positivo, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica e o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Se deixamos à parte a não-retroatividade das leis penais, interdito de natureza mais técnica que diretamente ética, esta lista assinala bem a vontade de circunscrever este irreduzível humano que não se ousa nomear – e o termo de tratamentos “inumanos” é particularmente significativo – a um valor supremo que supera a vida humana⁸.

Consequentemente, esse gerenciamento de crises pode ser claramente utilizado com o escopo de gerenciamento e eliminação do sujeito – agora conhecido como *inimigo* – que é tido como aquele que confere a justificante das excepcionalidades. Trocando em miúdos: em virtude de uma insegurança provocada pelo o inimigo, há a possibilidade de se mitigar as regras gerais para que então a “normalidade, paz e segurança” possam reinar.

1.2 O inimigo no Direito Penal

Falar sobre Direito Penal do Inimigo pode parecer algo tautológico para àqueles que se aventuram nas ciências criminais. No entanto, salta aos olhos que as hodiernas reformas penais são desencadeadas visando o recrudescimento de penas, a edição de novos delitos e alargamento do rol de delitos hediondos⁹. O que se vê são incontáveis manifestos contrários em virtude da incompatibilidade para com um Estado que se diz democrático, porém, sem surtir efeito sobre as neófitas legislações que seguem expandindo seus tentáculos punitivistas.

É como se houvesse uma incapacidade de pensar os problemas sociais dissociados do Direito Penal. Este ramo que se orienta classicamente com a ideia de

⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. A aposta planetária. **Margem, Dossiê: Norma e Diferenças**, São Paulo, n. 4, dez., 1995, p. 28.

⁹ Exemplo: Lei 13.497/2017 que considerou hedionda a posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no artigo 16 da Lei 10.826/2003.

ultima ratio legis, há muito se viu subvertido para a ideia de *prima ratio legis*. Criminalizações, reduções de garantias penais, encarceramento em massa e uma rede de discursos que se orienta para reforçar essa atuação invasiva e que ignora todo e qualquer princípio penal de garantia.

A concepção de Direito Penal de Inimigo é uma proposta de Günther Jakobs, cuja ideia se iniciou nas jornadas de Professores de Direito Penal de 1985, onde o autor trabalhava com o conceito para a análise do Direito Penal Alemão, que compreendia disposições que tornavam o autor em mera “fonte de perigo” ou “inimigo do bem jurídico”, colocando-o em privação de sua esfera privada e de seu *status* de cidadão¹⁰.

Günther Jakobs parte da ideia dicotômica em que o Direito Penal se divide em Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. Aquele se destina à manutenção da vigência da norma, enquanto o outro se presta ao combate de perigos¹¹. Alude Jakobs que a exclusão do autor se dá em virtude do não oferecimento de uma personalidade fundamentada de maneira cognitiva e o cidadão, ao contrário, deve se comportar de maneira fiel ao Direito¹².

¹⁰ AMBOS, Kai. Derecho Penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. V. 1. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 133.

¹¹ Vide JAKOBS, Gunther. Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2 ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006, p. 34 e ss.

¹² Neste sentido: “A exclusão ocorre porque o autor já não oferece garantia alguma de um comportamento futuro adequado ao Direito, isto é, porque sua personalidade não está fundamentada suficientemente de maneira cognitiva. A exclusão não recai sobre o autor como um destino trágico e imerecido. Por ter que estar toda instituição normativa cognitivamente fundamentada, o sujeito perigoso – como todos nós – tem a obrigação de se mostrar de certa maneira, até certo ponto, confiável, de modo que nem delitos graves nem os delitos mais graves devem ser esperados dele nem de mais ninguém. O cidadão tem, pois, a obrigação de se comportar de maneira fiel ao Direito, mas, em sentido contrário, se tem alegado que isto seria totalitário. Assim, observou-se criticamente que “o Estado já não se acha mais obrigado por si só a garantir o direito fundamental do cidadão à segurança”. Em todo caso, o perigo de totalitarismo deveria buscar-se e encontrar-se “no outro lado”. Se fosse certo que o Estado tivesse que se ocupar somente em procurar uma suficiente fundamentação cognitiva da personalidade (como Kant propôs, de fato, em seu exemplo de uma sociedade civil como um “povo de demônios”), então teria que existir uma vigilância de tal envergadura que já não se poderia falar mais em liberdade, sobretudo porque também os mesmos vigilantes deveriam ser vigiados constantemente. A confiança cognitiva é condição de toda inclusão. Sem ela, isto é, incluindo os inimigos, careceria a Sociedade de existência. Em outras palavras, a personalidade não é mera concessão da Sociedade nem um mero desenvolvimento próprio de cada um, senão que é, muito mais, o produto de uma relação na qual duas partes, a Sociedade e o sujeito particular, hão de contribuir necessariamente mediante um aporte pessoal”. JAKOBS, Günther. Sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 11.

Seu funcionalismo sistêmico se orienta por afirmações que mais soam como equações em virtude da pretensão de exatidão conceitual:

Mas o Direito Penal do Inimigo continua sendo *Direito*, na medida em que vincula os cidadão, por seu lado, mais precisamente o Estado, seus órgãos e seus funcionários, no combate dos inimigos. Com efeito, o Direito Penal do Inimigo não constitui um código de normas para a destruição ilimitada, mas sim, no Estado de Direito gerido de forma inteligente, uma *ultima ratio* a ser aplicada conscientemente como exceção, como algo que não se presta a um uso duradouro. Mas, para chegar a essa autolimitação, é necessário saber, antes de tudo, o que se “tem em mãos” no caso das regras de Direito Penal do Inimigo. A suposição – quiçá bem intencionada, mas certamente incorreta – de que todo Direito seria Direito para qualquer pessoa, pois não poderia ser de outra forma, camufla, em sua representação inocente da situação, a exclusão do inimigo – mais ou menos abrangente – no que diz respeito aos seus direitos e, por conseguinte, abafa o sinal de advertência da exceção¹³.

Olvida o autor a questão da possibilidade elástica dessa nomenclatura que desconhece limites valorativos, podendo oscilar na escolha do inimigo e do cidadão ao alvedrio dos detentores do poder. Evidentemente, o autor é bem-intencionado, sobretudo, levando em consideração sua fundamentação filosófica do Direito Penal, onde se apoia na proteção de normas penais, distanciando-se daquela ideia clássica – e majoritária – de que a dogmática penal deve proteger bens jurídicos¹⁴.

Silva Sánchez em sua obra *A expansão do Direito Penal* classifica o Direito Penal do Inimigo como a *terceira velocidade do Direito Penal*, colocando que esse fenômeno tende a crescer e a se estabilizar ainda que de forma ilegítima:

Constatada a existência real de um Direito Penal de tais características – sobre o que não parece caber dúvida alguma –, a discussão fundamental versa sobre a legitimidade do mesmo. Certamente ela teria que se basear em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência. Mas remanesce a questão conceitual se, então, o Direito Penal do Inimigo persiste sendo “Direito” ou se é já, ao contrário, um “não Direito”, uma pura reação defensiva de fato perante sujeitos “excluídos”. Tratando-se de reações ajustadas ao estritamente necessário para fazer

¹³ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. Luiz Moreira e Eugenio Paccelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 41.

¹⁴ “Si se concibe a los individuos humanos como animales inteligentes, el código conforme al que se conducen es exclusivamente el siguiente: satisfacción o insatisfacción, expresado de modo más cortés: interés en la producción de un acontecimiento/o en su ausencia. Si no se avanza más allá de esta perspectiva, los conceptos normativos son meras metáforas que han de ser reconocidas para que pueda desentrañarse su contenido. Las instituciones sociales, el derecho y el deber, la propiedad, el contrato, etc., han de traducirse a un cálculo de oportunidades o riesgos de que se produzcan o no se produzcan determinados acontecimientos”. JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 15-16.

frente a fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e que não ofereçam perigo de contaminação do Direito Penal “da normalidade, seria certamente o caso de admitir que, mesmo considerando o Direito Penal da terceira velocidade um “mal”, este se configura como o “mal menor”. Mas é evidente que essa justificativa obriga uma revisão permanente e especialmente intensa da concorrência dos pressupostos de regulações dessa índole. Pois bem, em minha opinião isso não está se verificando, senão que os Estados, ao contrário, vêm gradativamente acolhendo comodamente a lógica, que Moccia criticara com agudeza, da *perene emergencia*. À vista de tal tendência, não creio que seja temerário prognosticar que o círculo do Direito Penal dos “inimigos” tenderá, ilegitimamente, a estabilizar-se e a crescer¹⁵.

Ademais, Muñoz Conde questiona quem definirá o inimigo e como isso seria definido, se todos os delinquentes seriam inimigos e sobre sua compatibilidade com o Estado de Direito. Como resposta o autor vai afirmar que Günther Jakobs não responde a estas questões retro mencionadas de forma satisfatória quando o mesmo alude sobre a segurança cognitiva como fundamento deste sistema dicotômico em que se separa cidadãos de inimigos, vez que a mesma se mostra inalcançável em sua plenitude, bem como, a sociedade que tenha a segurança como valor fundamental é uma sociedade paralisada e incapaz da menor possibilidade de mudança e progresso¹⁶.

No mesmo talante, não se pode ignorar que as ideias do Günther Jakobs ganha adeptos diariamente em solo pátrio. Alguns, com boas intenções – é o esperado! –, possuem a crença na esteira do que propala Günther Jakobs de que é mais adequado aceitar e instituir o Direito Penal do Inimigo antes que o mesmo se torne a totalidade do sistema jurídico-penal. No entanto, tal teoria parte de situações como a distinção entre indivíduos e pessoas, permitindo que todos sejam potencialmente inimigos.

É certo que essa dicotomia que distingue indivíduos de pessoas¹⁷, permite uma abertura interpretativa muito ampla e causará fissuras no Estado Democrático de

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 196-197.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal do inimigo**. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 66-68.

¹⁷ “A evolução do conceito de pessoa representa o ponto de convergência da observação do sentido operacional do conceito de inimigo. Da manipulação dos sentidos no plano das estruturas tradicionais de comunicação da repressividade, a qual deixa as marcas de sua evolução na contínua interação com as estruturas sociais. Desse ponto em diante, Jakobs intervém no processo evolutivo e reclama o sentido operacional do conceito de inimigo em virtude da ausência de funcionalidade do conceito de pessoa”. SAAD-DINIZ, Eduardo. **Inimigo e pessoa no Direito Penal**. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 105.

Direito, levando a extremos valorativos em que eventualmente se permitirá a despersonalização do sujeito e sua conseqüente aniquilação dos inimigos de ocasião.

Sobre essa construção normativa da pessoa feita por Jakobs, parece adequada a crítica de Gracia Martin:

[...] no Direito Penal – e, a meu ver, sem exceção, em todo o ordenamento jurídico de “condutas humanas” –, a apelação à perspectiva valorativa da concepção de homem como pessoa responsável, enquanto diretriz normativa, não remete de modo algum a nenhum conceito normativo de pessoa, mas sim, ao substrato ontológico da pessoa responsável, e esse substrato não pode estar constituído senão pelo homem individual empírico. Justamente a concepção do homem como pessoa responsável, se não quer ser uma completa invenção estranha ao mundo real, só é possível apenas a partir do reconhecimento, no homem empírico, de certas propriedades e estruturas ontológicas prévias que constituam precisamente as próprias condições de possibilidade daquela concepção, e não de outra distinta¹⁸.

Ademais, Gracia Martin relembra que a dignidade humana, atributo de toda e qualquer pessoa, não pode conviver em um ordenamento que estabeleça a negação desta subjetividade¹⁹. Apesar de alvissareiras as críticas, as mesmas não têm sido hábeis para arrefecer o avanço do Direito Penal do Inimigo – ainda que não seja dito explicitamente – que já deixou de ser um discurso para se tornar verdadeira prática de neutralização de sujeitos. Exemplificando, no caso americano, em que a tortura passou a ser uma constante contra os “suspeitos” – isso mesmo, suspeitos – de terrorismo, marginalizando-os como pessoas, visto que estes não gozam das garantias ordinárias processuais e, tampouco, são considerados prisioneiros para que então usufruam do direito humanitário de guerra²⁰.

Em relação ao terrorismo, Arno Dal Ri Júnior indica que o início do Século XXI foi marcado pela construção de um novo inimigo consistente no *terrorista*

¹⁸ GRACIA MARTIN, Luis. **O horizonte do finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: RT, 2007, p. 170-171.

¹⁹ Idem, p. 175-176.

²⁰ “El acta de nacimiento del derecho penal del enemigo está en la legitimación política de estas prácticas punitivas. En la base de la identificación del terrorista y del criminal como enemigos subyacente a las mismas, hay un deslizamiento semántico en función de autolegitimación; la confusión entre derecho penal y guerra: nada más destructivo del derecho y delestado de derecho. Esta confusión ha producido una suerte de perversa legitimación cruzada: de la guerra, rehabilitada como instrumento penal de mantenimiento del orden público internacional; del derecho penal del enemigo, a su vez legitimado en sus formas terroristas con la lógica de la guerra”. FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho Penal. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.**, Puebla, n. 19, 2007, p. 7.

internacional, construída pelo governo norte-americano ao longo do tempo e atingindo seu ápice após o fatídico 11 de setembro de 2001:

O processo de construção deste novo “inimigo do Estado”, inicialmente no imaginário coletivo norte-americano, passou por diversas fases durante as décadas de 80 e 90 do século passado. Vários atentados e ataques, perpetrados principalmente por grupos fundamentalistas islâmicos contra alvos civis e militares americanos, em todo o mundo e no território da grande potência, marcaram o início de tal construção simbólica. Foram significativos, nesta perspectiva, os sequestros de aviões, como aqueles envolvendo os jatos das empresas TWA em 1985 e o PANAM de 1988. Tal contexto agravou-se de modo sensível com a explosão de um carro-bomba no subsolo do *World Trade Center*, em 1993, e com os atentados às embaixadas americanas no Quênia e na Tanzânia, em 1998, todos organizados por grupos fundamentalistas islâmicos. A cobertura dada pela mídia e a manipulação das informações realizada por determinados órgãos do governo americano – com o claro objetivo de semear o pânico entre a população – potencializou o impacto destes ataques na sociedade americana, pré-anunciando um sentimento geral de insegurança em relação ao novo “inimigo” do Estado²¹.

Günther Jakobs²² com sua fundamentação de que o Estado deve se preocupar com a proteção da norma, já não se ocupa com o direito penal fático, mas o direito penal de autor, excetuando-o do Estado Democrático de Direito:

[...] é possível travar a guerra contra o terror com os instrumentos de um direito penal de Estado de direito? Um Estado de direito que tudo abarque não poderia travar esta guerra, pois ele deveria tratar seus inimigos como pessoas e, conseqüentemente, não poderia tratá-las como fonte de perigo. Em Estados de direito que operam na prática de modo ótimo procede-se de outra maneira, e isso lhes dá a chance de não se quebrarem durante o ataque a seus inimigos²³.

Finalmente, chama a atenção que o caminho que se tem buscado no enfrentamento das mazelas sociais – e aí está inserido o terrorismo – é que o Direito Penal tenha que suprimir garantias penais e processuais penais, onde a exceção já é a regra²⁴, introduzindo novas figuras delitivas e ampliando as existentes sem qualquer

²¹ DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 296-298.

²² JAKOBS, Günther. **¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004b.

²³ JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoas no Direito? **Novos Estudos**, São Paulo, n. 83, 2009, p. 35.

²⁴ “...esse denominado Direito penal do inimigo se separaria dos fins ordinários do Direito penal, isto é, da reafirmação do ordenamento jurídico ou da norma infringida conforme a ideologia da atualmente chamada prevenção geral positiva, da prevenção geral e da prevenção especial reabilitadora ou de

vinculação com as balizas garantistas²⁵. Ao mesmo tempo, tal situação tem muito a dizer sobre o Direito Penal, isto é, o mesmo passa a ser um gestor de indesejáveis muito eficiente.

1.3 É possível falar em um terrorismo de Estado?

Ao abordar a questão do Terrorismo²⁶ de Estado²⁷ é necessário ter em mente que não se fala de uma imputação penal a uma pessoa física. Ao contrário, trabalha-se com um comportamento estatal²⁸ que frente ao fenômeno do terrorismo, busca mitigar as situações a partir de justificações prevencionistas²⁹ que podem conduzir a um aprofundamento no solapamento do que resta da democracia.

inserção social. Tratar-se-ia, isso sim, de uma legislação de luta ou de guerra contra o inimigo cujo único fim seria sua exclusão ou inocuidade. Nela se renunciaria às garantias materiais e processuais do Direito Penal da normalidade. E na medida em que semelhantes regulações implicam a introdução de novas figuras delitivas, a ampliação das existentes, o adiantamento das barreiras de proteção de bens jurídicos e também uma agravamento às vezes desproporcional das penas, não há dúvidas acerca de sua inclusão no Direito Penal moderno". GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 88-89.

²⁵ Sobre o garantismo penal: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995, p. 851 e ss.

²⁶ Vale mencionar que o terrorismo em seu aspecto histórico "Na busca por suplantando as deficiências conceituais de terrorismo, Juan Avilés, em suas investigações sobre as origens do terrorismo europeu, refere que a palavra "terrorismo" foi empregada pela primeira vez na França, no final do século XVIII, para referir-se aos métodos utilizados pelo Comitê de Saúde Pública. De acordo com o autor, "[...] em um famoso discurso de 1794, Robespierre afirmou que em um período revolucionário la fuerza del gobierno popular debía residir a la vez en la virtud y en el terror", e, por essa razão, os jacobinos foram denominados terroristas, e o "[...] Diccionario de la Academia Francesa definiria en 1798 el terrorismo como sistema o régimen del terror". CALLEGARI, André Luís et al. **O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à lei de terrorismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 58.

²⁷ Lamarca Perez aduz que em princípio o terrorismo de Estado seria aquele praticado por Estados que não se sujeitam ao Estado de Direito e violam sistematicamente os direitos humanos, todavia, não há óbice para reconhecer que em Estados de Direito podem se desenvolver condutas autoritárias e repressivas contra seus cidadãos. Cf. LAMARCA PEREZ, Carmen. Sobre el concepto de terrorismo (a proposito del caso Amedo). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, tomo 46, 1993, p. 542-543.

²⁸ Neste sentido: "A grandes rasgos, la denominación "terrorismo de Estado" es usada para hacer referencia a la acción de los gobiernos cuando recurren al uso de la fuerza y la violencia contra la población. De hecho, la palabra "terrorismo" tiene su origen en el período de terror jacobino liderado por Robespierre durante la Revolución Francesa²⁵⁸. Por tanto, en sus orígenes, tal concepto describía una conducta realizada por los dirigentes de un país, a saber, el gobierno mediante el terror". LLOBET ANGLÍ, Mariona. **Terrorismo y "guerra" contra el terror: límites de su punición en un Estado Democrático**. 2008. Tesis (Tesi Doctoral) – Department de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

²⁹ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Medo do crime: uma abordagem a partir das estratégias prevencionistas. In: PALITOT BRAGA, Romuldo Rhemo; ÁVILA, Gustavo Noronha. **Direito Penal, processo penal e criminologia**. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2018, p. 86-105.

Eugenio Raúl Zaffaroni, de forma muito acertada afirma que nenhum crime de Estado se comete destoadado de um discurso justificante e, agora, é necessário se preocupar que em tempos de terrorismo a prevenção de crimes de destruição massiva e indiscriminada (embora seja importante), passe a ser a nova justificação putativa dos crimes e perversidades estatais³⁰.

Ademais, parece intencional que os governos pretendam manter o fenômeno do terrorismo delimitado às dimensões não estatais, pois, tudo o que for realizado como reação não será violência ilegítima. Em outras palavras, se o Estado reage ao que define como terrorismo, está justificado, divisando o legítimo do ilegítimo, o terrorismo da necessidade de preservação da democracia³¹. Portanto, tanto a construção do terrorista, quanto da reação ao terrorismo perpassa pelo discurso justificador.

Como o Estado³² seria o detentor da violência legítima, as justificantes de interferência e modulação dessa intervenção podem ser facilmente desembocadas em medidas desarrazoadas e distantes dos princípios penais de garantia que sempre se destinaram a coibir o arbítrio estatal, especialmente vivido após o fenômeno do 11 de setembro como bem lembra Marcos Zilli:

Com efeito, muitas das medidas adotadas por vários sistemas jurídicos foram alimentadas por um exacerbado sentimento de

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El crimen de Estado como objeto de la criminología. *In*: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; GONZÁLEZ MARISCAL, Olga Islas (Coord.). **Panorama internacional sobre justicia penal: política criminal, derecho penal y criminología**. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2007, p. 22.

³¹ CAMBI, Eduardo; AMBROSIO, Felipe Augusto Ambrosio. Lei Antiterror Brasileira (Lei 13.260/2016): ameaça à democracia e aos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 130, abr., 2017, p. 251.

³² Paul Wilkinson aponta algumas características do que ele denomina terror político "...indiscriminação, imprevisibilidade, arbitrariedade, capacidade de destruição impiedosa e a natureza implicitamente amoral e antinomista do desafio terrorista. Resta a importante distinção entre o terror político e o terrorismo político. Evidentemente, o terror político pode ocorrer em atos isolados e também em uma forma de extrema, indiscriminada e arbitrária violência em massa, do tipo de surto insurrecional que caracterizou os linchamentos e pilhagens no auge do terror popular em partes da França revolucionária. Esse terror não é sistemático, é desorganizado, e é muitas vezes impossível de dominar. "Portanto, nem um ato isolado nem uma série de atos esparsos é terrorismo". O terrorismo político propriamente dito é uma política continuada que envolve a deflagração do terror organizado seja de parte do Estado, de um movimento ou facção, ou por um pequeno grupo de indivíduos. O terrorismo sistemático invariavelmente obriga a alguma estrutura organizacional, por rudimentar que seja, e alguma forma de teoria ou ideologia de terror. Uma das primeiras tentativas de esclarecer o conceito de terrorismo na ciência social moderna definiu-o como "o método ou teoria por trás do método em que um grupo ou partido organizado procura atingir suas finalidades declaradas principalmente por meio do uso sistemático da violência". WILKINSON, Paul. **Terrorismo político**. Trad. Jorge Arnaldo Fortes. São Cristóvão: Artenova, 1974, p.21.

vingança, o que, por óbvio, comprometeu a efetividade dos resultados. De fato, ao longo da última década, testemunhamos um contínuo processo de esfacelamento do padrão ético universal da dignidade humana. E, paradoxalmente, emanaram justamente das sociedades mais representativas da defesa dos valores ligados à liberdade e à democracia os maiores exemplos de desconstrução dos princípios sobre os quais se erigiu a civilização moderna ocidental³³.

Ainda, não se mostra alvissareiro compreender que o tratamento deste fenômeno assuma lexicalmente e faticamente como sendo “guerra ao terrorismo” – onde a belicismo passa a ingressar no plano interno³⁴ –, onde o Estado deixa de lado toda a sua construção garantista e de detentor da possibilidade de desempenhar um processo escorreito para então assumir a mesma faceta perversa do que está buscando combater. Neste sentido, Kai Ambos afirma:

Além destas complexas e intrincadas questões jurídicas, coloca-se uma pergunta ainda mais importante: o mundo ocidental nega os direitos humanos e o direito à vida aos seus inimigos terroristas e, com isso, quer colocá-los à mercê de uma indiscriminada perseguição militar? Colocar esta pergunta significa negá-la. A superioridade política e moral de uma sociedade livre e democrática consiste, justamente, em tratar seus inimigos como pessoas com direitos mínimos e não se colocar no mesmo nível deles. Por isso, não se leva a cabo uma “guerra” contra terroristas, mas sim, procura-se combatê-los com os meios do direito penal do Estado de Direito. Somente assim, presta-se um serviço à justiça e se cria a base para a superação do injusto terrorista³⁵.

Igualmente, ao se debruçar sobre a icônica morte de Osama Bin Laden, Kai Ambos e Josef Alkatout analisaram a legalidade da mesma a partir da verificação se a Al-Qaeda é uma organização devidamente estruturada e havia um controle por parte do retro mencionado terrorista; o fato de os Estados Unidos não estarem em guerra

³³ ZILLI, Marcos. O terrorismo como causa, o horror como consequência e a liberdade como vítima. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos. **Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo**. São Paulo: Fórum, 2014, p. 22.

³⁴ “As captured in political cartoons showing Americans “hunkering down” after 9/11, the war on terrorism is imprinting its own logics on this fortress mentality. We can expect it to retroactively ratify much of this security buildup while justifying a further hardening of the segregation of American society. Though crime rates made government at least somewhat accountable, the threat of terror cannot easily be measured or tracked over time. That makes it possible to deploy the possibility of terror as a political tactic in domestic politics”. SIMON, Jonathan. **Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear**. New York: Oxford, 2007, p. 277.

³⁵ AMBOS, Kai. Os terroristas também têm direitos: Bin Laden não devia ter sido executado – nem mesmo em um conflito armado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 223, v. 19, junho, 2011, p. 2.

com a organização mencionada; a violação de soberania do Paquistão (local onde Bin Laden foi morto) e assim afirmaram:

Sob o direito internacional dos direitos humanos e o direito penal interno, ambos aplicáveis em tempos de paz, a situação é ainda mais clara: a morte de Osama Bin Laden significa uma execução extrajurídica proibida sob os direitos humanos em geral; os fatos até agora conhecidos não sugerem que as Forças Especiais tenham atuado em legítima defesa. Por derradeiro, a operação dos EUA, realizada sem o conhecimento das autoridades do Paquistão, violou a soberania territorial deste país. Aqui novamente, a justificativa, desta vez fundada na legítima defesa coletiva (Art. 51 da Carta das Nações Unidas), não existe³⁶.

Portanto, quando o Estado está frente a frente com o Terrorismo, parece haver quase um efeito de espelhamento. De um lado se tem grupo ou pessoa praticando determinados delitos e de outro, verifica-se um verdadeiro comportamento beligerante³⁷ estatal, revelando uma completa ineficiência da gerência do problema ou uma violência intencional que pretende eliminar o hipotético terrorista.

1.4 Acerca da doutrina da segurança nacional

Há um ponto de intersecção entre a doutrina da segurança nacional e o fenômeno do terrorismo. A conexão reside no fato de que a mesma pode ser invocada como resposta estatal para responder ao fenômeno do terrorismo, vez que a mesma se destina a tolher direitos em nome da manutenção da segurança e da paz, já que o *terror* é diametralmente oposto a esta ordem. Portanto, importa abordar até que ponto se revela legítima a invocação da teoria em questão – já que a mesma irá ao coração dos direitos e garantias individuais como se verá.

Hélio Bicudo observa que a expressão *segurança nacional* ganhou ênfase durante a Segunda Guerra Mundial que trazia em seu bojo a ideia de proteção da

³⁶ AMBOS, Kai; ALKATOUT, Josef. A Justiça foi feita? A legalidade da morte de Bin Laden sob o Direito Internacional. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 8, set.-dez., 2011, p. 20.

³⁷ “Isso não significa que o Direito fique fora da realização do projeto de eliminação do inimigo. Dentro das fileiras do Direito, que é um instrumental simbólico, a eliminação ocorre também de maneira simbólica, justamente por meio do impedimento da interrelação. A vida no mundo globalizado é por essência complexa e baseada em uma multiplicidade de relações como forma de manifestação de existência das pessoas. A supressão dos processos de comunicação que validam o ato de existir compõe a fórmula jurídica de anulação do outro”. BUSATO, Paulo César. O preso como inimigo: a destruição do outro pela supressão da existência comunicativa. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio/ago., 2012, p. 97.

Nação de agressões físicas, ganhando um maior relevo durante a Guerra Fria³⁸. Durante a cisão do mundo em dois blocos, a saber, oriente e ocidente, houve uma disseminação anticomunista, dando azo a censura e perseguição política, sendo que os países latino-americanos foram afetados de forma exponencial por essa doutrina³⁹.

A partir da justificativa de “combater” o comunismo e o terrorismo, notadamente os inimigos da nação que a Legislação durante a Ditadura Militar foi excepcional. A partir da Constituição Federal de 1967, há o elemento justificador constitucional que permitia o recrudescimento da *Doutrina da Segurança Nacional*⁴⁰. Foi com o Decreto-Lei nº 898/1969 que houve a permissibilidade de constrição de direitos por meio de tipos penais vagos⁴¹, penas altíssimas e um processo penal instrumentalizado visando assegurar a punição sem qualquer comprometimento com a possibilidade de Defesa. É importante lembrar que a semântica das palavras utilizadas pelo legislador ditatorial tem um papel político importante visando restringir direitos e garantias que de certa maneira poderiam favorecer esse “terrorismo” que poderia ser valorado como um ato de resistência contra a forma de governar violenta presente em regimes

³⁸ BICUDO, Hélio. **Segurança Nacional ou Submissão**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984, p. 36 e ss.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o estado democrático de direito. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 9, v. 2, 2003, p. 72.

⁴⁰ Acredita-se que é melhor chamar de recrudescimento da Doutrina da Segurança Nacional, pois, a teoria já possuía materialização legislativa com normas como a Lei nº. 38/1935 (Definia crimes contra a ordem política e social); Lei nº 136/1935 (Modifica vários dispositivos da Lei nº. 38, de 4 de abril de 1935, e define novos crimes contra a ordem política e social.); Decreto-Lei nº. 431/1938 (Define crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social); Decreto-Lei nº 4.766/1942 (Define crimes militares e contra a segurança do Estado, e dá outras providências); Lei 1.802/1953 (Define os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, e dá outras providências)

⁴¹ Alguns exemplos: **Art. 16.** Divulgar, por qualquer meio de comunicação social, notícia falsa, tendenciosa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, de modo a indispor ou tentar indispor o povo com as autoridades constituídas: detenção, de 6 meses a 2 anos. **Art. 41.** Perturbar, mediante o emprêgo de vias de fato, ameaças, tumultos ou arruados, sessões legislativas, judiciárias ou conferências internacionais, realizadas no Brasil: detenção, de 6 meses a 2 anos. **Art. 43.** Reorganizar ou tentar reorganizar de fato ou de direito, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação, dissolvidos por fôrça de disposição legal ou de decisão judicial, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional, ou fazê-lo funcionar, nas mesmas condições, quando legalmente suspenso: reclusão, de 2 a 5 anos. **Art. 45.** Fazer propaganda subversiva: I - Utilizando-se de quaisquer meios de comunicação social, tais como jornais, revistas, periódicos, livros, boletins, panfletos, rádio, televisão, cinema, teatro e congêneres, como veículos de propaganda de guerra psicológica adversa ou de guerra revolucionária ou subversiva; II - Aliciando pessoas nos locais de trabalho ou ensino; III - Realizando comício, reunião pública, desfile ou passeata; IV - Realizando greve proibida; V - Injuriando, caluniando ou difamando quando o ofendido fôr órgão ou entidade que exerça autoridade pública ou funcionário, em razão de suas atribuições; VI - Manifestando solidariedade a qualquer dos atos previstos nos itens anteriores: reclusão, de 1 a 3 anos.

ditatoriais⁴², mas que se justificava a partir do progresso⁴³ – ainda que tal progresso não conhecesse os limites da violência.

No Decreto-Lei nº 898/1969 (Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências), definia a segurança nacional como sendo, essencialmente, medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva⁴⁴.

A Doutrina da Segurança Nacional que acaba ganhando forças com a deflagração da Guerra Fria possui uma característica de volatividade (não se sabe muito bem o que se defende, mas sabia-se muito bem de quem se estava defendendo: *o comunismo internacional*). Esse “fantasma comunista” acabava por conduzir a

⁴² Neste sentido vejamos o que diz Heleno Fragoso em sua obra de 1981: “Em vários países surgiram novas leis mais severas para a punição dos fatos constitutivos do terrorismo, embora não tenham os juristas logrado estabelecer uma conceituação de validade geral. Temos o exemplo de leis de exceção, comuns em países dominados por ditaduras e governos autoritários, mas temos também, em países em geral considerados democráticos, normas que alteram a legislação processual, restringindo direitos e garantias que, supostamente, favoreceriam o terrorismo”. FRAGOSO, Heleno Claudio. **Terrorismo e criminalidade política**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 1.

⁴³ “O golpe civil-militar de 64 e seu caráter preventivo (evitar que o Brasil se tornasse um país comunista) perpetuou a lógica do arranjo entre gritos e jeitinhos. Ao mesmo tempo que o governo utilizou da violência estatal e outras práticas autoritárias, buscou uma roupagem legal para seus atos, justificando o que era feito contra seus opositores a partir de uma ideia de risco à segurança nacional. Uma vez identificados os inimigos do Estado, divulgadas as razões para tal identificação e criminalização de condutas, os governos militares teriam a legitimidade de agir como o faziam. Ao mesmo tempo em que obras infraestruturais eram realizadas (Transamazônica, Ponte Rio-Niterói, Usina Nuclear de Angra dos Reis, para citar alguns exemplos), setores da sociedade eram incluídos através de indicações para o serviço público (em um processo muito semelhante à indicação de pessoas para cargos de confiança hoje). As moedas de troca eram a fidelidade política, o silêncio, a convivência com a situação. O chamado milagre brasileiro apregoava a necessidade de crescimento do bolo para que as fatias fossem posteriormente divididas por maior número de pessoas. Pensar que somente a classe média apoiou o golpe civil-militar e lhe deu longevidade parece ser uma análise limitada do que aconteceu no país de 64 a 85. O golpe teve apoio internacional (especificamente dos governos norte-americanos), apoio das burguesias nacional e internacional, da classe média e de setores da classe operária. Não fosse assim, não teria conseguido se sustentar. E aqui o mais perverso aspecto de tudo isso: a banalização de medidas autoritárias em nome do progresso do desenvolvimento. O ufanismo, combinado como discurso tecnocrata e com uma ampliação aparente de oportunidades de ascensão social atropelaram o desaparecimento, a tortura, as medidas de exceção praticados naquele período”. GUILHERME, Vera Maria; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Abolicionismos penais**. 2 ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 70-71.

⁴⁴ “As medidas destinadas à preservação da segurança externa são aquelas que podem assegurar ao país condições de enfrentar o inimigo alienígena, empenhado em guerra de conquista. Já a segurança interna visa a manter o equilíbrio social da nação, permitindo que cada cidadão possa entregar-se às suas atividades cotidianas sem sofrer restrições ou coações destinadas a criar um ambiente de intranquilidade. É o estado sócio-político-jurídico-cultural que resulta da anormal funcionalidade das coisas essenciais no âmbito da comunidade nacional”. COGAN, Arthur. **Crimes contra a segurança nacional**. São Paulo: RT, 1976, p. 5.

onipresença da segurança nacional que se pautava por um eficientismo⁴⁵ sem qualquer pudor.

Nas palavras de Alejandra Leonor Pascual:

A segurança era a força do Estado aplicada a seus adversários: qualquer força, violenta ou não. A segurança era algo que podia ser obtida por meios violentos ou não, isso não tinha importância. No plano da política externa, isso significava apagar a fronteira entre a guerra e a diplomacia: o objetivo era a segurança nacional. No plano da política interna, a segurança nacional destruía as barreiras: ela era constitucional ou anticonstitucional; se a Constituição atrapalhava, mudava-se a Constituição⁴⁶.

Ainda, devemos destacar que Heleno Cláudio Fragoso também aponta que a doutrina da segurança nacional, elaborada pela Escola Superior de Guerra é profundamente marcada por um *status* antidemocrático, vago e focada na ordem exercida através de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares visando alcançar os tais objetivos nacionais. Ademais, o penalista tece duras críticas a essa doutrina pobre de conteúdo, mas rica no exercício do controle do poder:

Segurança nacional, num Estado de Direito Democrático, só pode ser meio para garantir as liberdades públicas, pois “só a liberdade ativa constitui segurança para todos, e logo uma segurança nacional⁴⁷”.

Ainda, é por meio da doutrina da Segurança Nacional que se verifica a questão do inimigo interno, isto é, a possibilidade de permitir com que o aparelho estatal repressivo atue para combater a figura mítica construída por critérios de conveniência (ou inconveniência) e necessidade. Neste sentido, as palavras de Nilo Batista:

Como se sabe, o conceito de “inimigo interno” integrava a doutrina da segurança nacional, importada dos Estados Unidos da América do Norte e desenvolvida entre nós pela Escola Superior de Guerra, diante do alinhamento geopolítico do Brasil no quadro da chamada “guerra fria”. Quando, sob a ditadura militar, a doutrina da segurança nacional ganhou positividade jurídica, numa conjuntura em que a mera manifestação de pensamento poderia constituir-se num ato de “guerra psicológica adversa”, o conceito de inimigo interno foi internalizado

⁴⁵ Cf. PASCUAL, Alejandra Leonor. **Terrorismo de Estado: a Argentina de 1976 a 1983**. Brasília: UNB, 2004, p. 38-39.

⁴⁶ Idem, p. 39.

⁴⁷ FRAGOSO, Heleno Claudio. Op. cit, p. 93-94.

pelos operadores da repressão aos crimes políticos, para a qual a tortura de suspeitos era um instrumento investigatório rotineiro. Não é difícil perceber as consequências funestas da consideração do acusado como inimigo, no plano do processo penal; contudo, desejamos ressaltar apenas o caráter segregador de tal consideração, perante a qual o acusado se vê espoliado desde logo em seus direitos civis; já não se trata de um cidadão sujeito a restrições legais em face de uma fundamentada indicição, mas sim de um diferente, um estranho, um inimigo ao qual não podem socorrer as garantias legais. O conceito de inimigo interno sobreviveria à ditadura, sendo recuperado em documentos militares, já em pleno processo de redemocratização, deslocado da criminalidade política para a criminalidade comum, para a compreensão da violência urbana. Sua utilidade para um sistema penal interligado a um projeto econômico com taxas crescentes de marginalização social, estruturalmente apartador, dispensa comentários: os excluídos que caminham por certas aléias do Código Penal são os novos inimigos internos⁴⁸.

Com isso, cabe verificar que a questão do “inimigo interno” não se encerra com o fim do período ditatorial. Não há automatismo ou equações matemáticas quando se fala do processo histórico, sendo estes dogmas repressivos transmitidos ao Estado de Direito que já passa a ser contestado quando acaba por conceder tratamento diferenciado ao terrorista.

A Doutrina da Segurança Nacional não é um modelo político-criminal inscrito em certo período do passado – e já exaurido, sendo que a mesma segue com seus tentáculos, produzindo o policiamento dos inimigos de ocasião e recrudescendo o Estado de Exceção. Resultado disso são as incriminações lastreadas em um puro preventivismo que estão distantes de quaisquer princípios penais de garantia, notadamente, o da ofensividade e o da legalidade como se verá adiante com a incriminação dos atos preparatórios de terrorismo.

⁴⁸ BATISTA, Nilo. A violência do Estado e os aparelhos policiais. **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, 2007, p. 151.

2 TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO TERRORISMO NO BRASIL A PARTIR DA LEI 13.260/2016

Com os apontamentos anteriores, faz-se necessário dar atenção ao tratamento dispensado ao terrorismo no Brasil com a edição da Lei 13.260/2016. Para isso, fracionou-se o capítulo que se inicia na questão dos mandados de criminalização, conceito de terrorismo, o bem jurídico, bem como, a análise do artigo 2º e 5º da Lei Penal Antiterror.

2.1 O mandado constitucional de criminalização: imposição ou faculdade do legislador infraconstitucional no âmbito do terrorismo?

A abordagem do mandado de criminalização⁴⁹ demanda uma análise constitucional da questão, a saber, a verificação da força normativa da Constituição. É com o denominado *neoconstitucionalismo* que há uma verdadeira subordinação e vinculação da atividade legiferante a um estrato mais alto, consubstanciado na norma constitucional que agora é considerada robusta o suficiente para produzir efeitos⁵⁰.

Konrad Hesse leciona que a norma constitucional não possui existência autônoma em face da realidade, sendo que sua essência reside em sua vigência, a saber, a situação que a mesma regula e pretende ser concretizada na realidade⁵¹. Segue o autor afirmando que a força normativa não é apenas uma adaptação inteligente a dada realidade, já que a Constituição se converte, ela mesma, em força ativa, mesmo que não realize nada, ela pode impor tarefas. Consequentemente, a sua força se concretizará se essas tarefas forem concretizadas, direcionando a conduta segundo a ordem estabelecida mesmo com todos os questionamentos dos juízos de

⁴⁹ “O legislador constituinte substitui-se ao legislador infraconstitucional na tarefa incriminadora e tomou para si tanto o critério do merecimento do bem jurídico a ser protegido – critério que lhe é próprio, na medida em que a Constituição arrola os bens jurídicos dignos de proteção penal – como a necessidade da pena, que é vinculado ao legislador ordinário, no processo de criminalização. Saber os motivos que levaram o legislador constituinte a adotar esse procedimento importa em conhecer os fatos sociais, políticos, econômicos e as valorações político-criminais que cercaram à elaboração da Constituição”. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 133.

⁵⁰ AUGIMERI DE GOES LIMA, Thadeu. Neoconstitucionalismo: um breve panorama. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 22, p. 156, ago. 2015. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/406>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

⁵¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14.

conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Finalmente, a constituição converte-se em força ativa se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)⁵².

Outro ponto de destaque é a ideia de que a força que impele a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, devendo haver a conjugação entre *conteúdo* e *práxis constitucional* para o desenvolvimento da força normativa constitucional. Quanto ao *conteúdo*, a observância se refere aos elementos sociais, políticos e econômicos dominantes juntamente com o estado espiritual de seu tempo. Já em relação à *práxis constitucional*, há que se levar em consideração a finalidade de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de contingências⁵³.

Apesar do pensamento de Konrad Hesse ser majoritariamente aceito no que tange à supremacia da força jurídica da Constituição em detrimento das forças reais, há resistência sobre os diversos tipos de eficácia das normas constitucionais, especialmente em virtude da ausência de densidade normativa e da possibilidade de sua aplicação, redundando na problemática da força normativa sem a efetividade⁵⁴.

É importante consignar que nas constituições contemporâneas se encontram os limites de punir do Estado, resguardando direitos individuais e, também, contendo normas propulsoras de novéis matérias de Direito Penal⁵⁵. Em outras palavras, é nos princípios penais constitucionais que se encontram o direito de punir do Estado, contendo seus limites⁵⁶ e, de outro lado, as exigências estatais de proteção⁵⁷.

⁵² Idem, p. 19.

⁵³ Idem, p. 20-23.

⁵⁴ DANTAS, Eduardo Sousa. A força normativa da Constituição e a eficácia das normas constitucionais. **Direito e Liberdade**, Natal, v. 11, n. 2, jul/dez., 2009, p. 22.

⁵⁵ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Conceito de delito à luz da Constituição Federal de 1988. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 11, p. 18-20, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/140/140>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

⁵⁶ “O modelo constitucional do Estado social e democrático de Direito mantém a exigência liberal de que o Direito Penal respeite certos limites, como *garantias constitucionais* de que dependem liberdades cidadãos. Como muitos outros de minha geração, relacionou este modelo político democrático com um Direito Penal caracterizado por seus limites” (tradução nossa). MIR PUIG, Santiago. **Bases constitucionales del Derecho Penal**. Madrid: Iustel, 2011, p. 20.

⁵⁷ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 9-12.

Assim, há que se analisar a conexão entre essa força normativa constitucional e o Direito Penal. Como aduz Márcia Dometila, o mandado de criminalização poderia ser compreendido a partir da superioridade normativa do Direito Constitucional que recortaria o que seria incriminado pelo Direito Penal. Assim, como a Constituição está atenta a transformações políticas, econômicas e sociais, a lei, inclusive o direito punitivo, deve ser uma consequência dessa estruturação do Estado⁵⁸.

Há determinado setor que defende que cabe ao legislador ordinário ponderar a necessidade e utilidade das hipóteses de criminalização, balizando os princípios constitucionais penais. Na mesma esteira, seria uma contradição afirmar que o Direito Penal é a *ultima ratio legis* e, na sequência, reconhecer que o Estado dele possa fazer uso ainda que não apresente a melhor forma de proteção aos bens jurídicos⁵⁹.

Em contraposição ao segmento doutrinário retro mencionado, há quem defenda que a vinculação do legislador penal ao comando constitucional seria absoluta, mitigando qualquer dúvida acerca da (in)viabilidade da matéria (especialmente em matéria ambiental)⁶⁰. Isto é, não cabe ao legislador infraconstitucional questionar se o Direito Penal seria o ramo adequado para o tratamento da questão, eis que a Constituição já enunciou a sua necessidade de intervenção. No entanto, caberá balizar a proteção penal do aspecto da lesividade⁶¹, selecionando quais as condutas que de fato oneram o bem jurídico protegido.

De maneira geral, a doutrina é harmônica no campo da necessidade – ao menos – de se balizar o mandamento constitucional com os princípios penais de garantia⁶². Parece adequado tal conclusão, visto que a mutabilidade das relações, a

⁵⁸ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 47.

⁵⁹ É o posicionamento de PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 84-87.

⁶⁰ Cf. PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. 4 ed. São Paulo: RT, 2012, p. 79-81.

⁶¹ Cf “...o Direito Penal não resulta comparável a outros instrumentos jurídicos normativos sancionadores; sua vinculação a ideia da reprovação ético-social da culpabilidade faz com que não se encontre com o Direito administrativo, mercantil, etc. em uma relação puramente quantitativa, de menos a mais, senão que precisamente essa reprovação da culpabilidade que leva consigo um bem singular”. TIEDEMANN, Klaus. *Constitucion y Derecho Penal*. Trad. Luis Arroyo Zapatero. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, Año 11, núm. 33, Septiembre-Diciembre, 1991, p. 166.

⁶² Neste sentido vale a citação: “A questão que resta, diante da verificação de que a Constituição brasileira dispõe de uma série de cláusulas expressas de criminalização, diz respeito ao grau de vinculação em que se encontra o legislador ordinário. Se o legislador constituinte evidenciou a *necessidade* de determinadas incriminações, afere-se a obrigação de que certos bens jurídicos venham a ser protegidos pelo direito penal, sem que isso signifique, entretanto, que qualquer norma que se disponha a proteger criminalmente tais bens jurídicos encontre-se de acordo com as recomendações constitucionais do princípio da proporcionalidade. Ao contrário, o fato de estarem expressos no texto

estruturação social, as novas demandas e o abandono de determinados preceitos são a *ratio* da concepção do manto protetor de um bem jurídico, fatores que não podem ser previstos de forma exaustiva pelo o legislador ordinário. Ainda, vale acrescentar que há quem defenda que há ‘mandados internacionais de criminalização em matéria de direitos humanos’, já que os referidos mandamentos visam a proteção de bens jurídicos relevantes, entre as quais, os direitos humanos⁶³.

Soma-se a isso a divisão entre os mandados de criminalização expressos⁶⁴ e implícitos⁶⁵. Os primeiros seriam uma manifestação do texto da Constituição Federal que poderiam ser identificados nos artigos 5º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático); 7º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores); 225, §3º (condutas e atividades lesivas ao meio ambiente); 227, §4º (abuso, violência e exploração sexual de criança ou adolescente). Já os mandados de criminalização implícitos⁶⁶ seriam os mandamentos constitucionais de criminalização extraídos após a valoração da Constituição Federal, na busca de se compreender e reler o que o

constitucional faz com que não caiba ao legislador ordinário, apenas, valorar se há necessidade da intervenção penal, uma vez que isto já se encontra posto. No entanto, continua sendo tarefa legislativa determinar a mais adequada técnica de tutela penal a ser dispensada ao bem jurídico constitucional, assim como observar os requisitos constitucionais da idoneidade da incriminação e da proporcionalidade em sentido estrito. Portanto, a afirmativa da *obrigatoriedade* ao Congresso Nacional correspondente à edição de lei penal descrevendo as condutas típicas referentes aos aludidos preceitos constitucionais merece reserva”. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 113-114.

⁶³ PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva. **Mandado de criminalização decorrentes de tratados de Direitos Humanos**. 290 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

⁶⁴ DISSENHA, Rui Carlo. Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal. **Raízes Jurídicas**, Curitiba, v. 4, n. 2, jul./dez, 2008.

⁶⁵ “Surge, neste ponto, o problema de se saber se junto às expressas cláusulas de penalização, outras não existem tacitamente. A resposta parece ser positiva, não apenas porque a presença de cláusula expressas não autorizam, por certo, e fundamentadamente, o argumento *ubi lex voluit dixit...mas*, de modo especial, pelo papel que podem representar na observância do princípio generalíssimo da *ragionevolezza*. O que se acha no bojo – é de ponderar-se – da ordem constitucional e impõe a proteção penalística dos valores, mesmo não sendo objeto de uma cláusula expressa de penalização, há, de qualquer modo, de ser entendido como parte integrante do que expressamente afirmado pelo constituinte. Disso resulta que no âmbito interno do sistema penal, considerado à luz do quadro dos valores constitucionais, enquanto seja exigida a obrigação de tutelar penalmente bens ou valores desprovidos de tutela, ou insuficientemente tutelados, resguardam-se outros bens ou valores que ocupam uma posição secundária na hierarquia constitucional”. PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 105-106.

⁶⁶ ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. **Direito Penal e Constituição: uma leitura do Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 136-140.

constituente originário buscou tutelar. No segundo caso, a saber, os mandados implícitos⁶⁷ de criminalização exigem uma leitura da Constituição como bem pontua Antonio Carlos da Ponte:

[...] justifica-se o reconhecimento de um mandado implícito, quando o bem preponderante dentro da ordem constitucional, não contar com previsão expressa e tampouco com a consequente proteção normativa; caso esta já se encontre no ordenamento, afigure-se como débil, insuficiente ou ineficaz. Em regra, situações extremadas justificarão seu reconhecimento⁶⁸.

Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix discorrem que há normas constitucionais de criminalização que se limitam a indicar bens jurídicos devem ser protegidas penalmente. De mesmo modo, haveria mandados de criminalização que, além da indicação dos bens jurídicos, acrescentam limitações de ordem penal, processual penal que estariam contidas nos incisos XLII, XLIII e XLIV do artigo 5º da Constituição Federal⁶⁹.

Consequentemente, não se pode negar o denso conteúdo material⁷⁰ da Constituição Federal de 1988, onde se busca um projeto de Estado, com poderes definidos, limitações ao poder punitivo, a enfatização da necessidade da proteção via penal de determinados bens jurídicos. Corolário, cabe ao Direito Penal se alinhar a tais preceitos, não excluindo a necessidade de se balizar os princípios penais de garantia.

Quando se lê a exposição de motivos do PL 2.016/2015 que culminou na edição da Lei 13.260/2016, verifica-se que acima de tudo o Brasil busca uma integração

⁶⁷ “O reconhecimento dos mandados implícitos de criminalização ocorreu pela primeira vez em 25 de fevereiro de 1975, por intermédio de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que reconheceu a inconstitucionalidade da disposição contida na reforma do Código Penal tedesco, que permitia a interrupção da gravidez nos três primeiros meses de gestação”. PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 165.

⁶⁸ Idem, p. 166.

⁶⁹ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri, Op. cit., p. 133-135.

⁷⁰ “Pode-se, pois, apontar como característica marcante do neoconstitucionalismo a onipresença da Constituição. Por detrás de uma regra legal, há uma norma constitucional que a confirme ou a contradiga. Isso porque as Constituições contemporâneas contêm *denso conteúdo material*, composto por valores, princípios, direitos fundamentais e diretrizes aos poderes públicos e aos entes particulares, sendo difícil conceber um problema jurídico que não encontre alguma resposta no texto constitucional e, em certas situações até diferentes orientações (como, por exemplo, a proteção da propriedade individual e da função social da propriedade)”. CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 74.

supranacional⁷¹ e o atendimento a diretrizes de órgãos internacionais. É bom lembrar que o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF) cujo propósito é desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo já nos anos 90 recomendava a adoção de medidas administrativas e legislativas importantes para reprimir a lavagem de dinheiro, especialmente a necessidade de criação de órgãos de inteligência financeira em cada país para liderar investigações de possíveis atos de lavagem.

Destarte, o Brasil havia se comprometido, do ponto de vista internacional, a adotar um comportamento preventivo e repressivo em relação ao delito de terrorismo. Ademais, até a edição da Lei 13.260/2016 não havia uma tipificação em relação ao terrorismo no Brasil, não se podendo coadunar que o artigo 20 da Lei 7.170/1983 suprisse tal lacuna. De todo o modo, compreendemos que a definição⁷² exata – se é que existe – do que se trata o terrorismo é assaz difícil. Soma-se a isso que o constituinte originário de 1988 encartou o terrorismo como fenômeno digno de tratamento penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, recorde-se que a Lei 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa) taxativamente elencou que os dispositivos da referida normativa se aplicavam às organizações terroristas internacionais, cuja redação do artigo 1º, §2º, inciso II⁷³ era a seguinte:

⁷¹ Veja os itens 3 e 4 da Exposição de Motivos do PL 2.016/2015: “**3.** Diante desse cenário, como um dos principais atores econômicos e políticos das relações internacionais, o Brasil deve estar atento aos fatos ocorridos no exterior, em que pese nunca ter sofrido nenhum ato em seu território; **4.** Dessa forma, apresentamos um projeto que busca acolher na sua redação os principais debates mundiais e nacionais sobre o tema, respeitando sempre os direitos e garantias fundamentais, com o fim de criar uma lei que proteja o indivíduo, a sociedade com o um todo, bem como seus diversos segmentos, sejam eles social, racial, religioso, ideológico, político ou de gênero”.

⁷² “O terrorismo constitui, sem dúvida, um dos fenômenos mais inquietantes de nosso tempo, desafiando os governantes e conduzindo os juristas a perplexidade. Contemplamos estarecidos o desenvolvimento de atentados contra pessoas e coisas, o apoderamento ilícito de aeronaves, o sequestro de diplomatas, ocorridos em vários lugares do mundo, fatos que têm mobilizado governos e organizações internacionais na busca infrutífera de soluções repressivas. Em vários países surgiram novas leis mais severas para a punição dos fatos constitutivos do terrorismo, embora não tenham os juristas logrado estabelecer uma conceituação de validade geral”. FRAGOSO, Heleno. Op. cit., p. 1.

⁷³ A redação foi substituída posteriormente pela Lei 13.260/2016 (Lei Antiterror), cujo o texto do artigo 1º, §2º, inciso II, ficando “às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos”, isto é, excluindo qualquer necessidade de internacionalidade da organização criminosa, mormente a Lei Antiterror ter criado uma figura típica autônoma para a organização terrorista em seu artigo 3º que não requer que a organização criminosa possua tentáculos internacionais.

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

[...]

§ 2º Esta Lei se aplica também:

[...]

II – às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

O que se verificou à época é que a aplicação da Lei de Organização Criminosa se destinava às organizações criminosas internacionais, o que poderia excluir um grupo nacional que perpetrasse delitos de natureza terrorista⁷⁴. Agora, o tratamento das organizações terroristas deverá levar em consideração o artigo 3º da Lei 13.260/2016 em conjunto com a Lei 12.850/2013. No entanto, apesar do esforço e da redação original do artigo 1º, §2º, inciso II da Lei de Organização Criminosa, não havia uma abordagem legal específica para o terrorismo.

É inegável a necessidade de tratamento penal do fenômeno do terrorismo. No entanto, é necessário balizar princípios penais de garantia, acurada técnica legislativa e possibilidade de defesa, sob pena de o Direito Penal incorporar métodos parecidos com os terroristas. A única reação adequada na luta contra o terrorismo é reclamar a aplicação efetiva de um Direito Penal que suponha a afirmação de valores e princípios jurídico-democráticos negados pelo o terrorismo, pois este fenômeno não busca atingir somente pessoas e coisas, mas também a legitimação do Direito⁷⁵.

2.2 Sobre o conceito de terrorismo

A problemática da definição do terrorismo foi maximizada após o período do 11 de setembro nos Estados Unidos. Desde a data fatídica, instalou-se um debate global no plano político, jurídico e filosófico que busca delimitar ou se aproximar de um conceito do que é o fenômeno do terrorismo. Consequentemente, isto implicaria na tomada de decisões – políticas e jurídicas, sobretudo – e resposta à questão.

⁷⁴ Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: comentários à Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013**. São Paulo: RT, 2013, p. 19 e GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 23-26.

⁷⁵ Cf. MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 101 e ss.

Há uma complexidade no fenômeno do terrorismo não apenas do ponto de vista dogmático, mas também histórico, a saber, a palavra “terror” (“*terreur*”) aparece na língua francesa em 1335⁷⁶ e é proveniente do latim *terror*, que tinha a conotação de “um medo ou uma ansiedade extrema correspondendo, com mais frequência, a uma ameaça vagamente percebida, pouco familiar e largamente imprevisível”, como bem aduz Sarah Pellet⁷⁷. No entanto, é na Revolução Francesa que o termo *terrorismo* assume contornos diferentes, onde a Lei 22 prairial do ano II do calendário republicano francês acaba por instituir um tribunal revolucionário e, assim, foi-se implantando o terror onde havia a privação de defensores para os acusados, a exclusão da oitiva de testemunhas e a pena de morte era decretada sem a possibilidade de qualquer apelação ou recurso⁷⁸. Estas condutas extremistas foram perpetradas sob o comando de Robespierre⁷⁹ entre 1793 e 1794:

Esta violência política exercida em nome da revolução devia contribuir “para desenvolver o sentimento de solidariedade nacional”, restaurando ou impondo a autoridade do novo Estado sob a autoridade de Robespierre. Mas, rapidamente, as autoridades revolucionárias cessaram de praticar esta política, o que explica a queda de Robespierre. Em 9 thermidor⁸⁰ do ano II, ele é condenado pelos membros da Convenção por “terrorismo”, já que estes últimos não poderiam responsabilizá-lo pelo terror que eles próprios haviam proclamado, e é guilhotinado⁸¹.

⁷⁶ “O termo “terrorismo” e “terrorista” são relativamente recentes; o significado de terrorismo foi dado no suplemento de 1798 do *Dictionnaire da Académie Française* como *système régime de la terreur*. De acordo com o dicionário francês publicado em 1796, os jacobinos tinham ocasionalmente usado o termo quando falavam e escreviam sobre si mesmos em um sentido positivo; Após o 9º Termidor, “terrorista” tornou-se um termo com reflexos criminais” (tradução nossa). LAQUEUR, Walter. **A history of terrorism**. New York: Little, Brown, 1997.

⁷⁷ PELLET, Sarah. A ambiguidade da noção de terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 10.

⁷⁸ MALUF, Elisa Leonesi. **Terrorismo e prisão cautelar: eficiência e garantismo**. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 20.

⁷⁹ Vale anotar: “...a transmigração simbólica do termo para a acepção atual é atribuída ao período compreendido entre os anos de 1791 e 1794, sob a vigência do regime revolucionário posterior à queda da Bastilha, então dirigido por Maximilien François Marie Isidore de Robespierre e Louis de Saint-Just, representantes da corrente política dos jacobinos e que consistia na condenação por Tribunal Revolucionário – a Convenção Nacional – à pena capital, sem direito a defesa ou recurso, daqueles a quem se impunha a pecha de opositores ao novo regime, em particular os realistas e os girondinos”. VERGUEIRO, Luiz Fabrício Thaumaturgo. **Terrorismo e Crime organizado**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 16.

⁸⁰ Thermidor é o décimo primeiro mês do calendário republicano, correspondendo ao período entre 19 de junho e 18 de agosto.

⁸¹ PELLET, Sarah. Op. cit, p. 10.

Ainda, Sarah Pellet traça um panorama do *terror ao terrorismo*, sendo que o primeiro se refere a política de Robespierre e o terrorismo vai ganhar força no final do século XIX com o terrorismo dos anarquistas que incitava a sociedade contra a instituições estatais. Após, com o terrorismo que desponta na Rússia onde houve o assassinato do Czar Alexandre II, em 1º de março de 1881. O que assemelhava o terrorismo anarquista e o desenvolvido em solo russo era o fato de todos se dirigirem aos órgãos estatais⁸².

Ainda, menciona-se o homicídio do Rei Alexandre I da Iugoslávia e do Ministro Francês de Assuntos Estrangeiros, Louis Barthou, perpetrado por um croata em 9 de outubro de 1934 em Marselha para que a comunidade internacional efetivamente se interessasse pelo fenômeno do terrorismo internacional. Na sequência, o Comitê para a Repressão Internacional do Terrorismo elaborou dois projetos de Convenção adotados em 1937. Na década de 60, há um crescente interesse pela questão do terrorismo, sobretudo com a escalada do sequestro de aeronaves, dando ensejo a diversas normativas internacionais destinadas ao fenômeno⁸³. Por sua vez, os atentados ocorridos nas Olimpíadas de Munique de 1972 acabou por dar ensejo a Resolução 3.034 da Assembleia Geral das Nações Unidas adotada em dezembro de 1972⁸⁴. Finalmente, é importante destacar o ocorrido no 11 de setembro de 2001 contra o World Trade Center em Nova York e contra o Pentágono em Washington D.C., despertando a necessidade da discussão acerca do fenômeno do terrorismo.

O tema terrorismo vem ganhando a cada dia mais uma posição de destaque no mundo fático em virtude do aumento da ocorrência deste fenômeno na União Europeia, em regiões da África, nos Estados Unidos, etc. a partir dos anos 2000, sobretudo com o fatídico 11 de setembro. Ainda assim, o tema sempre possuiu problemas de delimitação conceitual e está longe de um consenso doutrinário. As dificuldades quanto ao bem jurídico, as finalidades do crime e, conseqüentemente, a legitimidade do tratamento do fenômeno perante o Direito Penal é recorrente.

É importante considerar que não há um conceito uníssono de terrorismo, havendo inclinação para ressaltar o elemento subjetivo especial, a necessidade de

⁸² Idem, p. 11.

⁸³ Destaque-se a Convenção Relativa a Infrações e a Certos Atos Ocorridos a Bordo de Aeronaves, assinada em Tóquio em 1963; a Convenção para a Repressão da Captura Ilícita de Aeronaves assinada em Haia em 1970, etc.

⁸⁴ PELLET, Sarah. Op. cit, p. 13.

fins políticos, o pertencimento a organização terrorista, etc. Há quem defenda que o conceito de terrorismo nada mais é que o *terror pelo próprio terror*:

O conceito de terrorismo, sendo – como é – também uma noção jurídico-penal, apresenta uma inquestionável base antropológica e sociológica. De fato, o fenômeno do terrorismo encontra-se intimamente vinculado com o conceito de terror (CARO BAROJA): o terrorismo não é outra coisa senão a “dominação pelo terror”, quer dizer, a “sucessão de atos de violência executados para infundir terror” (assim, as definições contidas no DRAE). Ou dito de outro modo: sociologicamente o terrorismo não é mais que terror pelo próprio terror. Desta forma, resulta evidente que o terrorismo, enquanto socialmente desestabilizador, atenta frontalmente contra o cidadão, o qual aterroriza com mensagens veladas de ameaça (“a próxima vez é com você”), impedindo desse modo o normal desenvolvimento da vida pessoal e comunitária (PAWLIK)⁸⁵.

No entanto, para organizar este tópico, parte-se da ideia de Luiz Fernando Kazmierczak – por uma questão de estrutura – que enumera cinco características do crime de terrorismo, a saber: a) o discurso de terror; b) qualidade organizacional; c) finalidade Política; d) o bem jurídico tutelado; e) haveria uma diferença entre terrorismo e guerra⁸⁶. Quanto ao primeiro aspecto, aduz o autor que é necessário que essa ameaça seja real e concreta, não podendo se circunscrever a bravatas. Neste sentido também é o posicionamento de Callegari e Linhares:

Considerando-se, pois, o terrorismo como ato destinado à criação de um sentimento social de terror, pode-se perceber que a essência de seu discurso se manifesta como uma experiência subjetiva, destinada, sobretudo, a efeitos psíquicos –característica própria da manipulação de sentimentos. Em razão disso, se faz necessário compreender o terrorismo como estratégia de comunicação; ou seja, o cerne do ato terrorista se verifica não no dano material facilmente verificável e difundido de forma instantânea em nossa sociedade, mas na mensagem que acompanha o ato e que se difunde com a divulgação dos danos. O terrorismo se manifestará, portanto, não tanto em uma ameaça ou dano real, mas pela representação de um possível dano⁸⁷.

⁸⁵ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições do Direito Penal do Inimigo**. Trad. Eduardo Saad-Diniz, Gustavo Carvalho Marin e Camilla Salles. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 122.

⁸⁶ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Terrorismo: Direito Penal Constitucional e os limites de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 203-216.

⁸⁷ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. Terrorismo: uma aproximação conceitual. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, Volumen XXXV, número 98, enero-junio, 2014, p. 45.

O terrorismo acaba por assumir uma simbiose com o aspecto discursivo, a saber, é através da difusão do medo⁸⁸ via mensagens, buscando atingir o maior número de pessoas, produzindo um verdadeiro efeito traumático⁸⁹. Quando se trabalha com a ideia de medo⁹⁰, é evidente que se trata de um conceito volátil e pouco exato, todavia, isso parece ser um elemento importante para diferenciar o terrorismo do crime comum, além de seu caráter aleatório quanto às vítimas, isto é, não se almeja lesar ou matar sujeitos determinados, mas pessoas indiscriminadas⁹¹, há uma vocalização do medo⁹².

⁸⁸ O medo também é considerado por Noam Chomsky quando o mesmo fornece uma definição do fenômeno: “Bem, no meu entendimento da definição, fico com a posição conservadora; apenas pegue a definição oficial dos EUA. Os manuais do Exército dos EUA, por exemplo, definem terrorismo como “a ameaça calculada ou uso da violência para obter metas políticas, religiosas ou ideológicas, conduzidas através da intimidação e da disseminação do medo”. Então, é uma definição bruta, mas creio que é uma boa definição”. CHOMSKY, Noam. **Mídia, terrorismo e (des)informação**. *Revista Famecos*, Porto Alegre, n. 22, dez., 2003, p. 118.

⁸⁹ WALDMANN, Peter. Terrorismo: concepto, estrategia y alcance. **Cuadernos de derecho judicial**, n. 9, 1998, p. 185.

⁹⁰ “Podemos afirmar que a variedade moderna de insegurança é caracterizada distintamente pelo medo da maleficência e dos malfeitores humanos. Ela é desencadeada pela suspeita em relação a outros seres humanos e suas intenções, e pela recusa em confiar na constância e na confiabilidade do companheirismo humano, e deriva, em última instância, de nossa inabilidade e/ou indisposição para tornar esse companheirismo duradouro e seguro, portanto confiável”. BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

⁹¹ Conforme Callegari et al: “As vítimas do terrorismo não possuem nome, nem rosto. São parte da categoria considerada inferior, segundo o etnocentrismo do grupo que se considera escolhido pelos deuses, ou privilegiado pela natureza ou ainda, chamado pela história, a cumprir uma missão. Despreza a cultura coletiva, símbolos de identidade, destruindo-os como forma de demonstração de poder e de status, acompanhados por sinais públicos de humilhações intoleráveis e insuportáveis”. CALLEGARI, André Luís et al. Op. cit., p. 36-37.

⁹² “...é constante a referência ao terrorismo, antes de tudo, como mecanismo de comunicação social, isto é, como “método” de ação política utilizado por vários grupos; esta comunicação se dirige tanto ao próprio “campo” como ao campo alheio, com diversas mensagens: “ao invés de tratar os atos de terrorismo como ‘violência sem sentido’”, devem ser considerados “[...] como uma espécie de linguagem violenta”. O fenômeno do terrorismo não se pode apreender se não se tiver em conta a estratégia de comunicação que se encontra depois dos atos de violência: “[...] esta é a dialética da estratégia da luta antiimperialista: que mediante [...] a reação do sistema, a escalada da contrarrevolução, a transformação do estado de exceção político num estado de exceção militar o inimigo se identifique, [...] e, assim, mediante seu próprio terror, levante as massas que lhes são contrárias, intensifique as contradições, torne inevitável a luta revolucionária”. Ainda no argot específico, a questão está clara: a intenção fundamental na provocação do poder, na estratégia política concreta, é, antes de qualquer coisa, obter uma mudança de *status* simbólico: dito em uma palavra, o reconhecimento da condição de beligerante, como elemento definitivo para ampliar sua influência social em seu “campo”. Para isso, os terroristas são os primeiros interessados em diversas facetas da militarização da linguagem e dos modos de atuação, também em relação com suas ações voltadas para o exterior: os atentados são “ações” ou “operações”, os presos “prisioneiros”, pequenos grupos de indivíduos que se ocultam sob nomes falsos pretendem ser “exércitos”. Cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Internacionalização do Direito Penal e da política criminal: algumas reflexões sobre a luta jurídico-penal contra o terrorismo*. **Panóptica**, v. 4, n. 3, p. 17.

Assim, a delimitação⁹³ do terrorismo por sempre se apresentar de maneira teatral, espetacular e difusa. Isto é, mais do que a consecução de afetação de condutas delitivas, há a criação de uma atmosfera de pânico entre a população:

Terror não é apenas medo, ele também produz medo. Ele nunca se esgota na violência de materiais mortíferos, mas só se torna terror por meio da intenção de apresentá-lo a um público. Na instrumentalização da destruição psíquica, da qual alguém se vale para obter efeitos psicológicos nos outros, está a sua diferencia específica em relação a outras variantes políticas ou religiosas de emprego da violência. Em razão de utilizar por definição a violência psíquica para alcançar efeitos psicológicos em um determinado público (ou vários públicos), o terror está fadado ao palco e, por isso, sempre fez teatro. O teatro do terror é um espetáculo especial de pavor, seu cenário é o mundo real e suas mortes não são simuladas. O seu sentido, este teatro deve também à tríade de protagonistas, antagonistas e espectadores. Isso não impede que o medo também atinja os próprios atores – nem que as figuras sejam correlatas, mas orientadas por diferentes roteiros⁹⁴.

O segundo elemento apontado por Luiz Fernando Kazmierczak é a *qualidade organizacional*, o que significa que o terrorismo estaria adstrito a um a um grupo estruturado e organizado. Todavia, o próprio autor ressalva que este elemento é contestado pela doutrina⁹⁵. Pensa-se que de fato a questão organizacional está superada, mormente com a redação do artigo 2º, *caput*, da Lei Antiterror.

Apesar das organizações terroristas fornecerem um aparato estável, estruturado e com um poder difuso idôneo, o terrorismo já não depende mais de um grupo com estas características para que ocorra, isto é, com a possibilidade de instrumentais lesivos como conteúdos químicos, armas biológicas ou através do ciberespaço, é certo que um único sujeito poderá realizar uma severa lesão para a

⁹³ “A dificuldade em definir *terrorismo* e a proximidade entre o teor das acusações de “terrorista” explicam como não há uma ontologia do terrorista e do terrorismo, ou seja, não há uma essência que os fixe e classifique: “o crime e o terrorismo, pelo alto ou por baixo, serão defendidos ou combatidos, segundo as circunstâncias históricas, as extensões das forças em luta ou as mobilidades de conservadores e revolucionários, não podendo ser apanhados por uma teoria, da mesma maneira que não se sustenta uma ontologia do “crime (PASSETTI, 2006, p. 101). Nesse sentido, é interessante ter em mente a associação entre “terrorismo” e “crime” realizada no US Patriot Act, evidenciando o que analisa Passetti quanto a ausência de definição essencial dessas categorias, que obedecem aos resultados sempre precários e históricos estabelecidos pelo enfrentamento constante das forças sociais e de suas intencionalidades políticas”. RODRIGUES, Thiago. Guerra e Terror. In: CASTELO BRANCO, Guilherme (Org.). **Terrorismo de Estado**. 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013, p. 212.

⁹⁴ SCHERER, Sebastian. Terror. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 1, jan.abr., p. 298.

⁹⁵ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Op. cit., p. 209-213.

comunidade⁹⁶. Por isso, andou bem o legislador pátrio ao possibilitar que o terrorismo seja cometido por um único sujeito, vez que o tipo penal do artigo 2º, *caput* afirma que “o terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo”, também conhecido como “lobo solitário”.

A terceira característica apresentada por Luiz Fernando Kazmierczak é a *finalidade política* consistente na alteração política através da violência⁹⁷. Pensa-se que a finalidade no terrorismo é multifacetada, não se apresentando como um único objetivo a ser perquirido. Neste sentido, cabe planificar a ideia de Érika Mendes de Carvalho e Luiz Regis Prado que buscam esclarecer que o terrorismo possui nítido caráter instrumental, podendo estar presente a motivação política⁹⁸ ou não nas condutas delitivas, já que se verifica o propósito de ocasionar o temor, a intimidação, por meio do resultado, a saber, da maior extensão possível dos danos ou vítimas indiscriminadas e injustificadas. Corolário, o ato terrorista se caracterizaria pela intenção do agente criar através de sua ação, um clima de insegurança⁹⁹ e de medo na sociedade ou nos grupos que busca atingir¹⁰⁰.

Parece acertada a tese de Asúa Batarrita de que há três níveis a serem analisados quando da prática da conduta terrorista. O primeiro objetivo seria aquele onde se comete delitos graves como homicídios, incêndios, sequestros, etc. Corolário, o terrorismo seria a prática de delitos “comuns” que são considerados altamente reprováveis em todos os ordenamentos jurídicos, mas que se diferenciam destes em virtude de os bens jurídicos serem instrumentalizados para infundir temor perante a

⁹⁶ LLOBET ANGLÍ, Mariona. Op. cit., p. 67.

⁹⁷ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Op. cit., p. 213-215.

⁹⁸ De forma distinta, leciona Rene Ariel Dotti: “O terrorismo, em uma linguagem simplificada, pode ser definido como a prática do terror como ação política, procurando alcançar, pelo uso da violência, objetivos que poderiam ou não ser estabelecidos em função do exercício legal da vontade política. Suas características mais destacadas são: a indeterminação do número de vítimas; a generalização da violência contra pessoas e coisas; a liquidação, desativação ou retração da vontade de combater o inimigo predeterminado; a paralisação da vontade de reação da população; e o sentimento de insegurança transmitido principalmente pelos meios de comunicação”. DOTTI, Rene Ariel. **Terrorismo e devido processo legal**. CEJ, Brasília, n. 18, 2002, p. 28.

⁹⁹ Callegari e Linhares situam como uma mensagem discursiva: “Para que o discurso do terrorismo atinja a proporção devida, capaz de conduzi-lo ao sucesso pretendido, é necessário que os seus efeitos não sejam limitados às vítimas diretas de seus danos (v.g., aqueles afetados diretamente pela detonação de um artefato explosivo). O terrorismo somente atinge a disseminação do sentimento de pânico social se seus efeitos se estenderem para além das pessoas efetivamente atacadas. Consequentemente, pode-se concluir ser da essência do terrorismo um caráter aleatório da identificação de suas vítimas”. CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. Op. cit., p. 46.

¹⁰⁰ PRADO, Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. Delito Político e terrorismo: uma aproximação conceitual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 990, abr., 2018, p. 414 (este artigo foi originalmente publicado na RT sob. n. 771 no ano de 2000 e republicado no ano de 2018).

população e os poderes públicos, sendo este seu segundo objetivo. A terceira finalidade seria a de influir diretamente sobre as decisões dos poderes públicos, mas pode ser de difícil obtenção¹⁰¹. González Cussac e Fernandez Hernández caminham em sentido parecido ao indicarem três finalidades: a) imediata: relativa ao delito efetivamente cometido que serve como instrumento de atuação; b) mediata: seria o objetivo de atingir a estrutura política instituída e; c) a finalidade perseguida: assim, caso atinja as pilastras do sistema político, poderá obter êxito em sua empreitada que pode ter natureza política, religiosa, etc¹⁰².

Outra característica indica por Luiz Fernando Kazmierczak é a questão do bem jurídico¹⁰³. Esta é uma questão dogmática tormentosa e longe de gozar de unanimidade perante a doutrina penal. No entanto, por compreender que a questão requer um trabalho açodado, reserva-se a discussão para tópico futuro.

A última característica apontada por Luiz Fernando Kazmierczak é a distinção entre terrorismo e guerra¹⁰⁴ que o mesmo coloca como categoria própria de violência afastada do conceito de criminalidade comum e não se equipara a uma guerra. No entanto, o autor ressalva que apesar de uma lógica discursiva em torno da aproximação dos fenômenos, os mesmos não são sinônimos, o que parece acertado. Não se verifica um conflito armado entre dois ou mais Estados, durante certo período de tempo sob a direção de seus respectivos governos com a finalidade de forçar seus adversários a satisfazer as vontades do(s) outro(s)¹⁰⁵.

Desta espécie de conceito remanesce a dúvida se de fato é somente isso e, portanto, os problemas estariam solucionados ou se na verdade é um conceito vazio e carente de justificação. De toda sorte, parece acertada a afirmação de Kai Ambos no sentido de que a ambiguidade terminológica do *terrorismo* é uma possibilidade bem-vinda por permitir definições amplas e a dificuldade em se separar atos terroristas e os não terroristas¹⁰⁶, isto é, um conceito aberto de terrorismo cria a possibilidade de

¹⁰¹ ASÚA BATARRITA, Adela. Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental. In: ECHANO BASALDÚA, Juan I. (Coord.). **Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón**. Bilbao: Universidad de Deusto, p. 46-47.

¹⁰² GONZÁLEZ CUSSAC, José L. y Antonio FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (2008): «Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo», **Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico**, Valencia, n. 3, p. 46-47.

¹⁰³ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Op. cit., p. 215-216.

¹⁰⁴ Idem, p. 216-219.

¹⁰⁵ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 1081.

¹⁰⁶ AMBOS, Kai. **Terrorismo y ley**. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1989, p. 25.

uma valoração ampla acerca do que é um ato terrorista e de quem será o sujeito acusado de terrorismo.

Por derradeiro e de forma sintética, pode-se conceituar o terrorismo como a prática de crimes comuns por um (lobo solitário) ou mais agentes que cometem crimes, em tese, “comuns”, cujo os bens jurídicos tutelados são instrumentalizados para a consecução de seu fim. No caso brasileiro, a finalidade está adstrita a provocação de terror social ou generalizado, não sendo necessário que haja a modificação da ordem política ou a tomada de decisões por parte de qualquer autoridade pública para a sua caracterização.

A Lei 13.260/2016 delimitou o recorte punitivo no delito de terrorismo, levando em consideração as motivações e finalidades do delito. Ademais, buscou sanar a omissão legislativa que até àquele momento não havia materializado a determinação constitucional de criminalização do delito em questão. A seguir, trabalha-se com os aspectos do tipo penal que definiu o delito de terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro.

a) Análise do artigo 2º da Lei 13.260/2016: o conceito de terrorismo na norma pátria

É importante depreender a estrutura do tipo penal do artigo 2º da Lei 13.260/2016:

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

§ 1º São atos de terrorismo:

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

II – (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.

§ 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.

Quanto aos sujeitos, pode-se dizer que se trata de delito unissubjetivo, vez que o tipo penal admite a conduta individual, em que pese a possibilidade do concurso eventual de pessoas¹⁰⁷. Ainda no que tange aos sujeitos, fica evidente que é possível admitir a realização do tipo penal por meio do que se compreende como “lobo solitário” que se trata do sujeito singular que perpetra delitos de terrorismo com¹⁰⁸ ou sem vinculação com organizações criminosas constituídas para fins delitivos:

In casu, a Lei Antiterrorismo brasileira não exigiu a participação do agente em organização terrorista, o que significa que são os desejos individuais do agente, e não os fins coletivos de organização, considerados. Se, de um lado, tal eleição pode ser encarada por alguns como vantajosa por supostamente alcançar qualquer ação “essencialmente terrorista”, de outro, é passível de crítica por não haver adotado o critério da “projeção estratégica”, que, ao lado de outros requisitos, comparece como via mais segura contra a confusão entre delito de terrorismo e crimes comuns¹⁰⁹.

¹⁰⁷ De modo contrário, o tipo plurissubjetivo ou de concurso necessário será aquele em que o legislador exige uma pluralidade de pessoas (duas ou mais) para que haja a perpetração do tipo penal. Neste sentido, consulte: SALES, Sheila Jorge Selim de. Dos tipos penais pseudo- plurissubjetivos: ensaio de uma classificação que se faz em relação aos sujeitos secundários do tipo. **Revista da Associação Mineira do Ministério Público**, São Paulo, v. 7, p. 36, 1988.

¹⁰⁸ Vale dizer que André Callegari et al coloca o pertencimento a uma organização criminosa como algo imprescindível para a caracterização do delito: “Tratando-se de ato que necessariamente seja capaz de instituir um ambiente de terror generalizado na população, a estrutura organizacional é tomada aqui como uma necessidade para o alcance desse objetivo do terrorismo, podendo-se entender o “terrorismo individual como crime impossível, nos termos do artigo 17 do Código Penal”. CALLEGARI, André Luís et al. , Op. cit., p. 94.

¹⁰⁹ ALMEIDA, Débora de Souza; ARAÚJO, Fábio Roque. Art. 2º. *In*: ALMEIDA, Débora de Souza de et al. **Terrorismo: comentários, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016 e aspectos criminológicos e político-criminais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 183.

No que tanque a expressão inscrita no *caput* “por razões de”, verifica-se o elemento subjetivo especial do tipo penal¹¹⁰, consistente na motivação que deve ser clara, sob pena de não configuração do delito em comento¹¹¹. Daniela de Freitas Marques conceitua o motivo como sendo:

[...] o antecedente psíquico de todo o comportamento humano, ou seja, é o atuar consciente, com dois requisitos: *a) deliberação* ou *resolução*, as quais se manifestam na forma de autonomia ou autodeterminação do psiquismo da pessoa humana; *b) atuação da deliberação* ou da *resolução* para o alcance de um determinado fim ou de um especial fim¹¹².

A primeira motivação erigida pelo artigo é a *xenofobia*, consistente na aversão, repúdio, ódio a origem de determinado sujeito ou grupo, etc.¹¹³, lembrando que a Lei sobre Crimes resultantes de preconceito de raça ou cor (7.716/1989) já criminaliza a conduta consistente na discriminação por procedência nacional¹¹⁴, bem como o delito de injúria (artigo 140, §3º do Código Penal).

¹¹⁰ Como bem pontua Jeschek, o dolo constitui o núcleo central do injusto nos delitos dolosos e pode ser caracterizado como o elemento subjetivo geral. No entanto, ao lado do dolo estão elementos subjetivos especiais do tipo penal, configurando elementos integrantes do referido injusto penal, na medida em que caracterizam de forma detalhada a vontade de ação do autor. Se revelam como modificações da vontade típica de ação que igualmente ao dolo, acabam por mostrar a estrutura da finalidade e estão, também como aqueles referidos ao bem jurídico protegido, ao objeto da ação, assim como o modo e forma de sua lesão. Por regra geral, os elementos subjetivos do tipo servem para constituir o injusto de uma determinada classe de delito e ocasionalmente, são empregados como base para efetuar qualificações ou atenuantes do tipo básico. Cf. JESCHEK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 339-340.

¹¹¹ “Embora se verifique que a expressão “por razões de” esteja contida apenas no artigo 121, §2º, VI, do Código Penal – crime de feminicídio –, seu conteúdo faz menção à motivação das condutas delitivas. Em outras palavras, é a demonstração de um elemento subjetivo distinto do dolo, uma motivação subjetiva específica que direciona a finalidade da conduta. Por tal razão, notadamente quanto ao tipo penal em comento, verifica-se que a motivação deverá ser demonstrada claramente, sob pena de não configuração da elementar típica”. DAVID, Décio Franco et al. Art. 2º. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). **Lei antiterror anotada: lei 13.260 de 16 de março de 2016**. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 27.

¹¹² MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 94.

¹¹³ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Mixofobia: a construção dos imigrantes ilegais como “sujeitos de risco” e o tratamento jurídico-penal da imigração irregular na União Europeia como retrocesso rumo a um modelo de Direito Penal de autor. In: CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal e Globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 67.

¹¹⁴ ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Legislação criminal para concursos**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1254.

Na sequência, o tipo penal fala em *discriminação ou preconceito*. A discriminação guarda estreita relação com o conteúdo¹¹⁵ do princípio da igualdade¹¹⁶, e opera com o binômio “inclusão-exclusão”, como bem observa Flávia Piovesan:

Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade¹¹⁷.

Pode-se dizer que a discriminação funciona em seu aspecto exterior, ao passo que o preconceito consiste em uma atitude interna do sujeito nutrida por dogmas, crenças, adesão a pseudoteorias científicas, propagandas, etc. Consequentemente, revela-se como uma compreensão da realidade que se situa no campo ideológico, ao passo que a discriminação é um comportamento real¹¹⁸.

A discriminação enquanto comportamento externo de repulsa ao outro passeia por diversas normativas internacionais, sendo que muitas destas já foram ratificadas pelo Brasil. Pode-se citar a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial¹¹⁹ que pontua que “*a expressão "discriminação racial" significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública*”.

Ainda, pode-se invocar a definição de discriminação étnico-racial contida no Estatuto da Igualdade Racial como “*toda distinção, exclusão, restrição ou preferência*

¹¹⁵ “...o princípio (e direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: (a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucionais, quanto proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 544.

¹¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 398-405.

¹¹⁷ PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 192.

¹¹⁸ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do racismo: aspecto jurídico e sociocriminológicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 105-106.

¹¹⁹ Aprovada pelas Nações Unidas em 21.12.1965 e ratificada pelo Brasil em 27.03.1968.

baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada” (Artigo 1º, inciso I da Lei 12.288/2010).

O preconceito enquanto atitude interior de cada indivíduo não concede ao Direito Penal a possibilidade de endereçar uma reprovação sancionatória, a saber, somente com a exteriorização do conteúdo preconceituoso é que tal conduta guardará relevância do ponto de vista jurídico-penal¹²⁰. Portanto, o tipo penal possui uma reprovação em decorrência da realização de condutas que expressem um conteúdo odioso. O legislador penal brasileiro ao criminalizar o terrorismo no Brasil decidiu conceder essa vinculação ao conteúdo discriminatório, preconceituoso, etc. Trata-se de uma escolha político criminal que não comporta interpretação extensiva, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

O tipo penal elencou como uma das motivações, a questão da discriminação ou preconceito de *raça*. Aqui se verifica um verdadeiro desacerto do legislador penal, pois, tal conceito conduz sempre a um estigma histórico de segregacionismo racializante¹²¹, o que já não é aceitável do ponto de vista científico, vez que todo e qualquer ser humano possuem uma origem ancestral em comum¹²². Basta lembrar a Declaração Universal do Genoma Humana e dos Direitos Humanos lastreado na defesa da dignidade humana, independentemente de sua carga genética.

¹²⁰ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins, Op. cit., p. 106.

¹²¹ “Na verdade, o que define determinado agrupamento humano como raça não são as qualidades biológicas inatas do grupo, se é que as tem, mas a presença de um discurso racializante que permeia as relações intergrupais. Esse discurso é construído historicamente por quem recebe o qualificativo racial, ou por quem o manipula exteriormente (ainda que manipulação sutil e constantemente negada, como no caso brasileiro), ou por ambos. Como quer que seja, o discurso racializante não se prende às dessemelhanças físicas entre grupos contrastados, podendo, inclusive, inventá-las artificialmente. Assim, as diferenças físicas e/ou culturais entre determinados grupos não criam, elas mesmas, a ideia de raça. Podem ser capturadas, no entanto, por um discurso cujo propósito é o de agudizar ao máximo tais diferenças e de fazer acreditar que elas existem em termos raciais – a tônica discursiva, com efeito, poderá recair ora sobre o elemento biológico, ora sobre o elemento cultural, mas, em maior ou menor intensidade, ambos tendem a combinar-se”. SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Op. cit., p. 82-83.

¹²² “Como todos os homens que habitam o planeta, hoje descendem de ancestrais comuns, sendo, portanto, parentes biológicos, só existe uma raça: a raça humana. Uma variante dessa definição é a que diz ser raça a reserva de milhares de genes transmitidos hereditariamente – o indivíduo que tiver acesso àquela reserva pertence a uma raça”. BORNIA, Josiane Pilau. **Discriminação, preconceito e Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 71.

Já no que se refere à discriminação ou preconceito de *cor*, vale dizer que esta expressão tem conotação cromática da epiderme. O preconceito relacionado a este aspecto significa um prejulgamento baseado na tonalidade de pele do sujeito, redundando em ações discriminatórias em virtude deste atributo físico que o mesmo ostenta¹²³.

Por sua vez, o ato de terrorismo motivado pela discriminação ou preconceito de *etnia*, será aquele direcionado a um sujeito pertencente a determinado agrupamento humano ou grupo constituído por vínculos intelectuais como a cultura ou a língua¹²⁴. A etnia se opõe ao conceito de raça, visto que esta possui uma conotação essencialmente racial, enquanto àquela se refere a um fundamento social apto a identificar um grupo¹²⁵.

O último elemento motivador consiste no crime de terrorismo motivado por discriminação ou preconceito *religioso*. A religião possui lastro essencialmente subjetivo, cuja opção do sujeito não se depende de comprovação científica, mas mera inclinação metafísica particular¹²⁶. O ataque terrorista nesse caso se dará por conta de uma inferiorização dos dogmas e crenças de determinado sujeito e/ou grupo, cuja conduta possui o afã de eliminar o sujeito e sua fé.

Com estas motivações, verifica-se que o legislador penal pátrio pretendeu dar atenção a pluralidade que constitui o Estado Brasileiro do ponto de vista étnico, religioso, etc. Curiosamente, o artigo 2º, *caput*, da Lei 13.260/2016 não coloca como motivação e nem como finalidade a mácula ao Estado Democrático de Direito.

b) Dos atos de terrorismo

Dentre os atos terroristas do artigo 2º, §1º, inciso I se encontram os seguintes verbos nucleares: a) usar: emprego de objeto destinado para determinada finalidade;

¹²³ Idem, p. 73.

¹²⁴ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Op. cit, p. 89.

¹²⁵ BORNIA, Josiane Pilau. Op. cit, p. 75.

¹²⁶ “As religiões têm por lastro a fé e estão calcadas em dogmas não verificáveis empiricamente. Dessa forma, a divisão entre os credos é estabelecida a partir de juízos metafísicos, ocorrendo uma aparente taxionomia peculiar, já que o objeto não é empírico. Todavia, obviamente a divisão dos fiéis é estabelecida dentro de uma esfera fenomênica, baseada na profissão de fé ou no comportamento característico de determinada religião”. FUZIGER, Rodrigo. As margens de estige: o direito penal e a limitação dos crimes de ódio relacionados à religião. In: BADARÓ, Gustavo (Org.). **Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal – Volume V – Leis penais especiais II**. São Paulo: RT, 2015, p. 1225.

b) ameaçar usar: seria a promessa de uso do artefato causando temor ou intimidação; c) transportar: levar algo de um lugar para outro de maneira não pessoal, isto é, por meio de veículo automotor, barcos, aviões, etc; d) guardar: seria tomar conta, vigiar, utilizando-se geralmente da ocultação; e) portar: levar o objeto de forma que possibilite a sua pronta utilização. Exemplo: portar explosivos junto ao porta-luvas de um veículo ou em um bin (bagageiro para malas de bordo da aeronave) de um avião; f) trazer consigo: deve ser de maneira pessoal, isto é, em uma mochila, bolso da calça, etc¹²⁷.

Quanto aos objetos materiais, tem-se: a) explosivos: a Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos¹²⁸, indica que explosivo é “ toda substância ou artigo produzido, fabricado ou utilizado para produzir uma explosão, detonação, propulsão ou efeito pirotécnico”. Já para a Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas¹²⁹, artefato explosivo é: I) Arma ou artefato explosivo ou incendiário, que tenha o propósito ou a capacidade de causar morte, lesões corporais graves ou danos materiais substanciais; ou II) Arma ou artefato que tenha o propósito ou a capacidade de causar morte, lesões corporais graves ou danos materiais substanciais pela emissão, a propagação ou o impacto de produtos químicos tóxicos, agentes ou toxinas biológicas ou substâncias semelhantes, ou radiação ou material radioativo; b) gases tóxicos: é aquele capaz de causar envenenamento, lesão das vias aéreas, insuficiência cardiorrespiratória, modificação do DNA humano (o que pode elevar as chances de câncer naquele que possui contato com a substância), cegueira, óbito, etc. Relembre-se que a utilização de substâncias tóxicas é proibida desde o Protocolo de Genebra de 1925. Ainda, a Convenção Internacional sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Estocagem e Uso de Armas Químicas e sobre a Destruição das Armas Químicas Existentes no Mundo, define como substância química tóxica “toda substância química que, por sua ação química sobre os processos vitais, possa causar morte, incapacidade temporal ou lesões permanentes a seres humanos ou animais. Ficam incluídas todas as substâncias químicas dessa classe, seja qual for sua origem ou método de produção, independentemente de serem produzidas em instalações, como munições ou de outra

¹²⁷ BRASILEIRO, Renato. **Legislação criminal especial comentada**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 920.

¹²⁸ Ratificada pelo Brasil através do Decreto 3.229/1999.

¹²⁹ Ratificada pelo Brasil através do Decreto 4.394/2002.

forma”; c) veneno: seria toda substância natural (vegetal, mineral ou animal) ou preparada/química que uma vez introduzida no organismo humano será capaz de causar lesões ou morte através do processo bioquímico; d) conteúdos biológicos, químicos e nucleares¹³⁰: tratados inicialmente a partir da sigla NBQ, mas atualmente se converteu em NRBQ devido a inclusão de substâncias radiológicas, denominadas de *dirty bombs* (bombas sujas ou conhecidas como bombas de dispersão radiológica) que seria a combinação de explosivos comuns com material radioativo (ex: TNT (trinitrotolueno) combinado com material radioativo) e que seria capaz de atingir uma área maior do que aquela afeta a explosão¹³¹.

Finalmente, o artigo 2º, §1º, inciso I fala em outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa, permitindo uma cláusula aberta para que se considere outros meios semelhantes àqueles contidos no artigo em comento, aptos a causar tamanha destruição. Todavia, há riscos de um alargamento da punibilidade ao sabor do intérprete como bem afirma Débora de Souza Almeida e Fábio Roque Araújo:

[...] não se pode descurar que ao estampar a expressão “outros meios capazes de produzir danos”, a norma traz um perigoso grau de indeterminação, deixando ao intérprete a avaliação de quais meios serão ou não criminalizados. Esta situação é altamente temerária nas hipóteses de guardar; trazer consigo e portar; pois, no mundo, há inúmeros meios capazes de produzir danos, mas que podem ser utilizados para outros fins. Se tais meios fossem taxativamente elencados, os cidadãos poderiam evitar guardá-los, trazer consigo ou portá-los, protegendo-se de eventual suspeita de que estariam incorrendo em tal crime. Seria um critério de segurança. Do contrário, somente a análise do elemento subjetivo é que responderá se o agente está praticando o crime deste inc. I ou não¹³².

A crítica dos autores parece ter boas intenções, mas em virtude da volatilidade da questão, a única saída parece ser a utilização da norma penal em branco própria, onde haja a remissão a outra norma que esmiúce o conteúdo indicado. No entanto, ainda assim parece ser de difícil concretização o princípio da taxatividade penal.

¹³⁰ A Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear (promulgada por meio do Decreto Legislativo nº 267/2009), conceitua que "material nuclear" significa o plutônio, exceto aquele cuja concentração isotópica de plutônio-238 é superior a 80%, o urânio-233; o urânio enriquecido nos isótopos 235 ou 233; o urânio que contém a mistura de isótopos que ocorre na natureza, exceto na forma de minério ou de resíduos de minério.

¹³¹ Cf. ALMEIDA, Débora de Souza; ARAÚJO, Fábio Roque. Op. cit., p. 200.

¹³² Idem, p. 203.

Por sua vez, o artigo 2º, §1º, inciso IV faz uso de apenas dois verbos nucleares. São eles: a) sabotar seria a conduta de inutilizar, retardar, interromper um sistema informático, de telecomunicação, aeronáutico, etc., impedindo a normalidade de seu funcionamento; b) apoderar: seria o ato de tornar a coisa sua, comportando-se o autor como senhor da coisa e, assim, praticar condutas ao seu alvedrio. Tais condutas devem ser praticadas por meio de violência (*vis corporalis ou vis absoluta*) e/ou a grave ameaça (*vis compulsiva ou vis relativa*) apta a causar temor e incapacitar a vontade do sujeito.

Ainda, o mesmo dispositivo aduz que o sujeito poderá servir-se de mecanismos cibernéticos. Trata-se do ciberterrorismo que nada mais é que o terrorismo praticado com ferramentas cibernéticas. Uma das características da atualidade é o volume e a rapidez com que as informações se propagam pelos meios virtuais, desconhecendo qualquer fronteira. Ademais, soma-se que o ciberterrorismo pode trazer danos até mais intensos do que ataques que efetivamente visem atentar contra a vida de uma pessoa ou um grupo de pessoas, não deixando vestígios, bem como é possível que atinja simultaneamente diversos espaços (ubiquidade)¹³³.

Ademais, a forma como o sujeito poderá utilizar o mecanismo cibernético parece ampla. Isto é, pode ocorrer que o sujeito tenha acesso direto a determinado sistema informático e o utilize para os fins espúrios. De outro modo, é possível que o autor utilize meios informáticos sofisticados para ter acesso ao mesmo para que se tenha o controle total ou parcial, ainda que de forma temporária. O objeto material das condutas são: 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. Trata-se de conduta para com a coisa e não diretamente a pessoa ou grupo de pessoas, mas o ato poderá, pela via reflexa, repercutir diretamente sobre a integridade física e a vida de vítimas. Há que se destacar que a Lei Antiterror em seu artigo 7º adverte:

¹³³ Neste sentido cf. MAGALHÃES, Marcus Abreu; SYDOW, Spencer Toth. **Ciberterrorismo: a nova era da criminalidade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 41 e ss.

Art. 7º Salvo quando for elementar da prática de qualquer crime previsto nesta Lei, se de algum deles resultar lesão corporal grave, aumenta-se a pena de um terço, se resultar morte, aumenta-se a pena da metade.

Vale lembrar que o artigo 7º é aplicável a todas as figuras tipificadas na Lei Antiterror (salvo quando for elementar do crime¹³⁴) caso ocorra o evento morte e lesão corporal grave.

Importante registrar que o ciberterrorismo é uma ação extremamente sofisticada já que requer um alto conhecimento tecnológico. Veja, a rede de informações se divide em três níveis: *surface web*, *deep web* e a *dark web*. A primeira se refere ao conteúdo aberto e rastreável, podendo ser acessada por qualquer pessoa, vez que são abertas e passíveis de serem encontradas por meio de qualquer buscador (*Google, Yahoo, Bing, etc*) e ainda se encontram as informações públicas geradas sob demanda aptas a realizar busca em banco de dados (ex: busca por jurisprudência no site do Supremo Tribunal Federal, os resultados de buscas no Google, etc). É de se notar que as atividades governamentais não possuem predileção na utilização dessa camada da internet em virtude do seu fácil acesso, o que comprometeria o desenvolvimento das mesmas¹³⁵.

Já a *deep web* é o nível da rede internet em que as informações não se encontram abertas ao público a exemplo de contas bancárias, cadastros fiscais, redes privadas de órgãos governamentais, redes internas (conhecida como intranet) corporativas, etc. Essas informações possuem uma camada adicional de proteção, passando por criptografia e o seu acesso ocorre por meio de senha¹³⁶.

Por derradeiro, a *dark web/dark net* corresponde a apenas 0,5% do conteúdo veiculado na rede. Apesar de ser uma pequena fatia, é de bom alvitre ressaltar que a mesma possui conteúdos que são altamente nocivos e ilícitos, permitindo a compra e venda de drogas, troca de segredos militares, correspondências governamentais, material pornográfico ilícito, etc. Por ser um segmento da rede que não possui

¹³⁴ Neste caminho, aludida causa de aumento é inaplicável à conduta do art. 2º, §1º, inciso V, consistente em atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometida com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. Isto se deve porque a lesão corporal grave ou morte são resultados abrangidos pela elementar desse crime. Cf. ALMEIDA, Débora de Souza; ARAÚJO, Fábio Roque. Op; cit., p. 257.

¹³⁵ Idem, p. 135-136.

¹³⁶ Idem, p. 136-137.

parâmetro de licitude, há uma dificuldade de rastreamento do conteúdo veiculado em decorrência da criptografia específica, sendo que seu acesso acaba sendo navegador específico, sendo o mais conhecido o The Onion Router – TOR¹³⁷. Ao contrário do que se pensa, a *dark net* surge por meio de uma iniciativa estatal já que embora houve a criptografia de informações, as mesmas poderiam permitir a identificação, demandando que houvesse um aprimoramento no protocolo de navegação de uma forma ainda mais segura¹³⁸.

A finalidade de trazer essas informações sobre a *surface web*, a *deep web* e a *dark web* é alertar que embora o ciberterrorismo possa ocorrer na camada rastreável (*surface web*), dificilmente o mesmo é realizado por ela, pois, as informações pretendidas pelos autores se encontra na *deep web* e na *dark web*, tornando dificultosa a investigação, rastreamento e identificação do sujeito que eventualmente pratique as condutas terroristas.

O artigo 2º, §1º, inciso V, indica como conduta criminosa o atentar contra a vida ou a integridade física da pessoa. Trata-se de uma cláusula aberta, pois, a forma de cometimento será livre, a saber, poderá o sujeito utilizar arma de fogo, veículos (visando o atropelamento¹³⁹) ou outros instrumentos aptos a lesionar a vida e a integridade física das pessoas.

Curioso perceber que a redação dada ao artigo 2º, §1º, inciso V diz vida ou integridade física de pessoa no singular, o que difere do artigo 2º, §1º, inciso I que trabalha com a ideia de destruição em massa que trata de um conceito que remete a uma grande quantidade de pessoas vitimadas, desde que seja com a utilização do instrumental contido naquele artigo. Portanto, pouco importa para o ao artigo 2º, §1º, inciso V se o sujeito atente contra a vida de um ou mais sujeitos (concurso de crimes).

O inciso fala em *atentar* contra vida ou integridade física de pessoa. Tal verbo consiste na ideia de atentado ou conduta apta a causar lesão a estes dois bens

¹³⁷ Idem, p. 138-142.

¹³⁸ “Em 1997, grupo de matemáticos no Laboratórios de Pesquisas Navais em Washington, com orçamento da mesma agência DARPA, começou a desenvolver o Projeto TOR – The Onion Router e desenvolver o conceito de roteamento de informações em camadas. Em 1999, em conjunto com o Massachusetts Institute of Technology – MIT, foi desenvolvido o Free Haven Project que culminou na primeira versão do atual navegador. MAGALHÃES, Marcus Abreu; SYDOW, Spencer Toth. Op. cit., p. 140.

¹³⁹ Como ocorreu em Nice (França) em 16 de julho de 2016, quando um sujeito guiando um caminhão acabou por matar 86 pessoas e deixou 458 feridos. Já em 17 de agosto de 2017, em Barcelona, uma pessoa conduzindo uma van ingressou na *La rambla*, deixando 13 pessoas mortas e ferindo outra centena.

jurídicos, a saber, vida e integridade física. Por vida¹⁴⁰, deve-se entender a vida humana, entendida como a própria existência físico-biológica da pessoa humana, tratando-se de bem jurídico individual, sendo titular cada um dos seres humanos¹⁴¹.

Já a integridade física¹⁴² ou corporal está adstrita a concreta plenitude da estrutura físico-orgânica de cada indivíduo, a saber, a substância corpórea e à funcionalidade de seus diferentes componentes, sejam eles membros, órgãos ou tecidos, ou parte deles¹⁴³.

O inciso em comento para a sua caracterização não reivindica qualquer resultado de morte ou lesão corporal para a sua caracterização, satisfazendo-se apenas com o atentar. Há que se registrar que o artigo 7º não se aplica ao artigo 2º, §1º, inciso V, pois, a lesão corporal grave ou morte são resultados açambarcados pela elementar do crime¹⁴⁴

c) O terrorismo enquanto crime de ódio

Verificou-se que o delito de terrorismo tipificado pelo legislador brasileiro será caracterizado se for cometido por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião. Estes dados inseridos pelo legislador pátrio no tipo penal em questão deixam em aberto a questão se o crime de terrorismo seria um crime de ódio (*hate crime*).

O crime de ódio é aquele motivado em virtude de alguma afiliação da vítima – ou das vítimas – a determinado grupo¹⁴⁵, podendo ser a etnia, gênero, orientação sexual, religião, deficiência ou outras características da vítima. Soma-se a isso que o crime de ódio (*hate crime*) atinge bens jurídicos diversos como a vida, integridade

¹⁴⁰ Renato Brasileiro indica que o dispositivo não faz qualquer distinção, podendo-se incluir a vida intrauterina ou extrauterina. BRASILEIRO, Renato. Op. cit., p. 925.

¹⁴¹ Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María. **Los delitos contra la vida y la integridade personal y los relativos a la manipulación genética**. Comares: Granada, 2004, p. 6.

¹⁴² Neste sentido Cezar Bitencourt ao abordar a integridade corporal, afirma: "...A proteção legal abrange não só a integridade anatômica como também a normalidade fisiológica e psíquica. Esse bem jurídico protegido é de natureza *individual*, devendo preponderar assim, pelo menos teoricamente, o interesse particular perante o interesse do Estado". BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 609.

¹⁴³ Idem, p. 204.

¹⁴⁴ ALMEIDA, Débora de Souza; ARAÚJO, Fábio Roque. Art. 7º. In: ALMEIDA, Débora de Souza de et al. Op. cit., p. 257.

¹⁴⁵ HERINGER JUNIOR, Bruno. "Nada pessoal": multiculturalismo e crimes de ódio na experiência estadunidense". **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 69, v. 17, 2018, p. 115.

física, patrimônio, etc, pois acaba por negar a identidade da vítima e sua afiliação, pois, a mola propulsora do delito é o ódio do autor em relação a sua identidade¹⁴⁶.

Conforme Sara Alexandra de Carvalho e Almeida¹⁴⁷:

Trata-se de um comportamento em que o agressor determina as suas vítimas consoante os seus preconceitos, pois as suas ações são, sempre, ou quase sempre, motivadas por um preconceito geral, não se dirige a um indivíduo, mas sim a um grupo que possui as características da vítima. Podemos compreender estes crimes como sendo uma conduta criminal motivada, em parte, ou totalmente, pelas características de um grupo, atitudes ou apenas pela opinião negativa que se foi construindo em torno deles (APA 2010). Os atos de violência motivados pelo fanatismo e pelo preconceito ocorreram ao longo da história, como foi o caso do Holocausto. A história está, de facto, marcada por casos que, atualmente, seriam rotulados de “crimes de ódio”. Na América foram várias as pessoas que foram perseguidas por serem afro-americanos, japoneses-americanos, judeus, mormons, ou homossexuais, por exemplo.

Assim, o delito é perpetrado em virtude de determinada subjetividade que a vítima carrega¹⁴⁸, a saber, o seu pertencimento a determinado grupo social, étnico, de orientação sexual, etc. O que motiva o autor do delito, portanto, é sua aversão a vítima (ou às vítimas) e suas características pessoais. No cenário nacional, é importante recordar que dentre os objetivos previstos na Constituição Federal, há a previsão da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das diferenças sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I, III e IV), o que se pode depreender, conjugando com o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de que há um compromisso estatal para com a erradicação de condutas discriminatórias.

¹⁴⁶ Idem, p. 120.

¹⁴⁷ ALMEIDA, Sara Alexandra de Carvalho. **Os bastidores dos crimes de ódio: dimensões sociais e identitárias**. 94 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Minho, Braga, 2013. p. 7.

¹⁴⁸ “Dentre as razões que podem ensejar os crimes de ódio encontram-se o ressentimento, o medo, bem como o desejo de aprovação por seus pares. Do mesmo modo, o ofensor pode não ter sentimentos negativos contra o alvo individual, mas o ódio pode ser decorrente ao pertencimento da vítima a determinado grupo com o qual o autor não se identifica. A hostilidade também pode partir do repúdio do ofensor a todos aqueles que não pertencem ao seu grupo estimado, bem como pode ser decorrente de uma abstração, uma ideia que o desagrada, *v.g.*, o incômodo quanto à imigração”. SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de. **Crimes de ódio: racismo, feminicídio e homofobia**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 55.

A categoria dos crimes de ódio (*hate crime*) está diretamente entrelaçada com o discurso de ódio¹⁴⁹ (*hate speech*), podendo eventualmente ser uma consequência da veiculação discursiva, mas não se restringe ao mesmo. Tatiana Badaró adverte que o discurso de ódio se trata de uma série de falas e dimensões excludentes, reflexos do preconceito estruturados ao longo da história. Para que a fala seja tida como um discurso de ódio deve congregiar três elementos: a) conteúdo da mensagem: é a expressão de repulsa por um grupo ou por indivíduo que pertença ao mesmo, quando este grupo costuma ser individualizado por determinadas características, logo, o *hate speech* seria uma manifestação de ódio, desprezo ou intolerância cujo o fundamento seria o preconceito ligado a etnia, religião, gênero, deficiência física, mental e orientação sexual; b) uso típico do discurso: o discurso de ódio seria aquele utilizado para difamar, incentivar, promover, propagar e justificar o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo e qualquer outra forma de ódio lastreada na intolerância, bem como, atacar outras pessoas, desqualificando-as como possuidoras de direitos. A forma de perpetração pode ser por meio de palavras, símbolos e gestos que tenha como meta o insulto, a intimidação e o assédio a pessoas em decorrência de sua raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou religião que tenha idoneidade para promover a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas, e; c) consequências do discurso¹⁵⁰: há consequências deletérias do discurso de ódio como sentimento de estresse, ansiedade, medo, humilhação, dor, vergonha e a perda da dignidade das vítimas¹⁵¹.

¹⁴⁹“ Podemos verificar que os discursos de ódio envolvem uma série de falas e dimensões excludentes, reflexos de preconceitos que vão se sobrepondo no decorrer da história, como, por exemplo, a xenofobia, e a atualmente mais explícita, homofobia. Muitas destas aversões odiosas resultam das tensões de uma modernidade que arduamente tem reconhecido direitos às camadas antes silenciadas, mas que também é configurada socialmente por excessos e excedentes, imperando relações fundamentadas não na solidariedade ou na abertura ao outro, mas sim em um medo difusamente presente, em que a busca pelo mesmo de uma homogeneidade perdida soa como um alívio para muitos”. PRATES, Francisco de Castilho. **As fronteiras da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam**. 346f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

¹⁵⁰ “As vítimas apresentam problemas mentais e de saúde. Essas minorias sentem-se privadas de sua liberdade, impotentes para evitar o confronto. Os problemas práticos por elas enfrentados são variados. Entre outros, podemos citar: criação de barreiras no mercado profissional, como a dificuldade para encontrar um emprego ou sua desistência; abandono da faculdade; constrangimento a visitar determinados locais, negação de empréstimos”. Cf. BAKER, Milena Gordon. Reflexões sobre o “*hate speech*” (*discurso de ódio*). **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, n. 236, julho, 2012, p. 12-14.

¹⁵¹ BADARÓ, Tatiana. Criminalização do discurso de ódio e liberdade de expressão: uma análise do art. 20 da lei 7.716/89 sob a perspectiva da teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 145, v. 26, 2018, p. 535-536.

No ordenamento pátrio é possível encontrar determinadas figuras que são tidas como consequência desse discurso (v.g. artigo 140, §3º do Código Penal; artigo 3º da Lei 2.889/1956; o artigo 20 da Lei 7.716/1989¹⁵²; artigo 88 da Lei 13.146/2015, etc) que são espécies de crime de ódio, mas não se restringem aos mesmo, vez que nos casos citados a forma de perpetração se dá por meio da fala, gestos e símbolos. No entanto, ainda podemos citar delitos contra a vida – o feminicídio¹⁵³ previsto no artigo 121, §2º, inciso VI do Código Penal – que se encaixa nesta categoria, mas atinge diretamente a vida da mulher –, bem como, homicídios e lesões corporais motivadas em virtude da orientação sexual ou etnia do sujeito (embora neste caso não haja uma figura simbólica como no feminicídio).

Assim, crime de ódio não está apenas associado a questão verbal conhecida como discurso de ódio. Isto é, existem delitos de ódio de expressão e de resultado. Consequentemente, não há um único tipo penal apenas, sendo plurais e heterogêneos¹⁵⁴. Ademais, soma-se a isso que os delitos de ódio estão diretamente ligados ao preconceito compreendido como a percepção mental negativa acerca de indivíduos e grupos, bem como, a discriminação que é justamente a materialização de atitudes comissivas ou omissivas¹⁵⁵, não ficando adstrito ao aspecto discursivo. Neste sentido, Roger Raupp Rios ao trabalhar com homicídios motivados pelo ódio lembra que não se trata de uma discriminação voltada para a restrição de acesso a determinados bens ou serviços públicos, mas este crime contra a vida possui “natureza discriminatória em seu grau máximo”¹⁵⁶.

¹⁵² Vale lembrar o caso nacional paradigmático da condenação de Siegfried Ellwanger no tipo penal do artigo 20 da Lei 7.716/1989, cuja análise detalhada foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Em linhas gerais, Ellwanger era autor de obras que possuíam cunho antissemita. Processado, o mesmo foi absolvido em primeira instância, mas a decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que o condenou nas sanções do artigo 20 da Lei 7.716/1989 e posteriormente mantida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº. 82.424.

¹⁵³ Para uma crítica mais apurada, cf. DINIZ, Débora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 114, maio-jun., v. 23, 2015.

¹⁵⁴ CÁMARA ARROYO, Sergio. Delitos de ódio: concepto y crítica: ¿límite legítimo a la libertad de expresión? (1). **La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário**, Las Rozas, n. 130, v. 15, 2018, p. 4.

¹⁵⁵ Cf. RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 15 e ss.

¹⁵⁶ Neste sentido: “A justificação penal de maior intensidade voltada aos grupos vitimizados por homicídios de ódio decorre de sua natureza discriminatória em grau máximo. De fato, no homicídio motivado por ódio, não se está diante de distinção ou restrição de acesso de determinado grupo e espaços ou bens públicos. Está-se diante de conduta voltada à aniquilação, ao extermínio do grupo objeto do preconceito do agente, o que traduz grave injustiça e contrariedade ao direito em grau máximo. Trata-se de lesão intencional a direitos humanos materializada em ato discriminatório, ditada

Assim, o tipo penal de terrorismo previsto no artigo 2º da Lei Antiterror ao incluir dentre as motivações a xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, pode ser tido como um crime de ódio, o que confere uma característica muito peculiar ao crime nacional, não colocando em seu rol qualquer alusão ao Estado Democrático de Direito ou obrigar poderes públicos e/ou a autoridades a determinadas condutas. Diferentemente, o crime de terrorismo previsto no Código Penal Espanhol em seu artigo 573 considera terrorismo como sendo a comissão de qualquer delito grave contra a vida ou a integridade física, a liberdade, a integridade moral, a liberdade e incolumidade sexual, o patrimônio, os recursos naturais e o meio ambiente, a saúde pública, de risco catastrófico, incêndio, contra a Coroa, de atentado e posse, tráfico e depósito de armas, munições ou explosivos, previstos no presente Código e o apoderamento de aeronaves, navios ou outros meios de transporte coletivo ou mercadorias quando realizado para os seguintes fins: a) subverter a ordem constitucional, suprimir ou desestabilizar gravemente o funcionamento das instituições políticas, das estruturas econômicas ou sociais do Estado, ou obrigar os poderes públicos a realizar um ato ou abster-se de fazê-lo; b) alterar gravemente a paz pública; c) desestabilizar gravemente o funcionamento de uma organização internacional; d) provocar um estado de terror na população ou em parte dela. Ainda, os delitos informáticos quando cometidos com as finalidades mencionadas anteriormente (197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater).

Portanto, o tipo penal pátrio possui características próprias. Vale ainda destacar que Regina Cirino Alves Ferreira de Souza busca realizar uma diferenciação entre *crimes de ódio* e crimes odiosos (*heinous crime*), indicando que no primeiro caso haveria um recrudescimento de sanções penais ou a criação de neófitos tipos penais, pois, a motivação de ódio seria mais reprovável. Já os delitos tidos como odiosos, a autora classifica como sendo aqueles em que há um afastamento de garantias constitucionais, visto que a sociedade não se identifica com a figura do delincente.

por ódio funcionalizado e destinada a retirar, excluir aquele determinado grupo do espaço democrático de convivência institucional, com base em critérios de raça, cor, etnia, deficiência, situação de rua, sexo, gênero, orientação sexual, origem nacional ou regional etc". RIOS, Roger Raupp. Sobre a compreensão e a justificação dos crimes de ódio contra a vida (hate crimes) no direito brasileiro: reflexões a partir do debate estadunidense. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 141, v. 26, 2018, p. 139.

Com esta definição, a mesma faz menção ao Projeto de Lei n. 2016/2015 que deu origem a Lei 13.260/2016 da seguinte forma:

Intenciona-se com a menção a este Projeto de Lei alertar para as criminalizações de condutas ditas odiosas, das quais o “terrorismo” parece ser um dos maiores símbolos. Isto pois, é um exemplo paradigmático de que o medo, seguido de uma percepção social de que determinadas crimes e criminosos, devem ser tratados de maneira excepcionais, são potencializadores de implementações açodadas e que, muitas vezes, sequer reflete uma necessidade brasileira, mas forma parte de um consenso de que a segurança deve ser garantida a qualquer custo, ainda que ultrapasse a fronteira territorial e da razoabilidade¹⁵⁷.

Concorda-se em parte com a afirmação dessa autora, a saber, de fato, quando as legislações tratam do fenômeno do terrorismo, há uma propensão para a constrição de garantias constitucionais e processuais. Não obstante, no caso brasileiro, o tipo penal se revela tanto como um crime de ódio (*hate crime*) quanto um crime odioso/hediondo (*heinous crime*), sabendo que a Lei 8.072/1990 já tratou de equiparar o terrorismo aos crimes hediondos em seu artigo 2º, pois, ao inserir a aludida motivação. Ademais, o legislador pátrio elegeu de maneira taxativa que o crime em questão esteja especialmente vinculado com o preconceito.

Assim, pode-se dizer, à guisa de conclusão, que o lastro contido no tipo penal em questão visa coibir não apenas a instalação do caos, mas possui uma especial preocupação com o ódio, a saber, que as concepções negativas do autor do delito que são perniciosas à pluralidade de religião, etnia, cor, etc. que formam o Estado Brasileiro.

d) A exclusão das manifestações do rol de condutas incriminadas

A legislação antiterror brasileira procurou excluir do rol de condutas criminosas as manifestações sociais. Com isso, há uma consagração do respeito para com os direitos fundamentais. Como a definição do terrorismo é essencialmente pautada por uma política criminal, até o momento nota-se que há um comprometimento com as pilastras do Estado Democrático de Direito. Poderá ser enquadrado eventualmente

¹⁵⁷ SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de. Op. cit, p. 64.

em outros delitos como dano, lesão corporal, etc se comprovado um excesso. As manifestações populares estão excluídas da tipificação como terrorismo, o que não significa que haja uma carta branca para que haja o emprego de violência indiscriminada que ultrapasse o raio protetito dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Este esclarecimento se faz necessário, pois, parece haver uma confusão semântica.

É o que preconiza Eduardo Cambi e Felipe Ambrósio¹⁵⁸:

Os movimentos sociais, mesmo que por vezes exista a presença de pessoas infiltradas que pratiquem vandalismo ou violência (como os black blocks), não expõem a nenhum risco as instituições democráticas, sendo indispensáveis à consolidação e avanço dos direitos fundamentais, à promoção da cidadania, ao combate à corrupção, aos privilégios indevidos e às injustiças sociais, bem como ao desenvolvimento ético do País. Condutas, como as praticadas por black blocks, quando configurarem crimes comuns, têm sua resposta em nosso ordenamento jurídico, não exigindo a incidência de leis antiterror, uma vez que, nos termos da Convenção Interamericana contra o Terrorismo, ratificada pelo Brasil em 2005, “o terrorismo constitui uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais.

Ao longo da história, o Direito Penal serviu a ideais estatais de controle social em maior ou menor grau. Cesare Beccaria foi o precursor do iluminismo penal no sentido de arrefecer o poder punitivo aniquilador que visualizava o sujeito como *res*, mas o que se revela relativamente recente – sobretudo no caso brasileiro com a edição da Constituição Federal de 1988 – é que a Dogmática Penal deve compatibilizar sua atividade com os Direitos Fundamentais.

Assim, há que se verificar que os contextos históricos estão mutuamente ligados com a atividade penal. No que tange a Lei Antiterror, havia uma grande preocupação de que a mesma fosse um instrumental repressivo dos movimentos sociais que são a materialização da liberdade de expressão, manifestação e associação consagrada pela Constituição Federal que busca inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 (notadamente o artigo

¹⁵⁸ CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; AMBRÓSIO, Felipe Augusto Rodrigues. Ameaça aos Direitos Fundamentais e à Democracia: a Lei Antiterror do Brasil. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, Joaçaba, v. 18, n. 1, jan./abr. 2017, p. 198.

XIX¹⁵⁹ e XX¹⁶⁰), do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁶¹ (especialmente seu artigo 19¹⁶²) e a Convenção Americana de Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica (sobretudo o artigo 13.1¹⁶³), etc. Todos estes diplomas devem e são levados em consideração no momento de confecção das normas penais.

A interpretação penal deve ser sempre restritiva, não possibilitando a interpretação analógica *in malam partem* tendente a expandir o raio incriminador, o que significa dizer que poderia ser despicando a previsão do artigo 2º, §2º da Lei 13.260/2016, pois o *caput* define bem a conduta incriminada, não se enquadrando as manifestações sociais. No entanto, parece cristalino que por razões de política criminal, o legislador pretendeu fazer uma previsão taxativa da atipicidade da conduta.

É bom lembrar que é relativamente recente a abertura democrática brasileira que passou por uma Ditadura Militar (1964-1985) que ficou conhecida como violadora de direitos fundamentais essenciais – v.g. a vida e a liberdade –, desconsiderando e aniquilando tudo aquilo que se revelasse contrário ou divergente com o Estado naquele momento. Assim, parece que o uso simbólico dessa taxatividade se faz necessária.

Outrossim, faz-se necessário lembrar que a mídia exerce um grande papel na difusão de informação e formatação de pensamentos. Assim, não raro é possível encontrar determinados programas televisivos e periódicos que repudiam movimentos

¹⁵⁹ “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. Cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 04 de janeiro de 2019.

¹⁶⁰ “1. Todo ser humano tem direito à liberdade de reunião e associação pacífica. 2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação. 2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação”. Cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 04 de janeiro de 2019.

¹⁶¹ Ratificado pelo Brasil através do Decreto nº. 592/1992.

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

¹⁶³ “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”. Cf. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 05 de janeiro de 2019.

sociais, bem como, utilizam adjetivos como “baderneiros”¹⁶⁴, “terroristas”, “vândalos”, “desocupados”, etc., esvaziando o real significado das palavras e, ao mesmo tempo, desintegrando movimentos sociais – v.g. movimento dos trabalhadores sem-terra (MST) – legítimos que não foram criminalizados até o momento por possuírem autorização constitucional.

Vale lembrar que 2013¹⁶⁵ foi um ano intenso no que tange aos movimentos sociais, sendo que seu início se deu em virtude do aumento da passagem do transporte público e, pouco a pouco, tornou-se um movimento difuso e com demandas diversas. A resposta imediata foi a utilização do aparato policial para conter os aludidos manifestantes, detenções arbitrárias, invocação da *Lei de Segurança Nacional (LSN)*¹⁶⁶, culminando com a confecção de um manual denominado manual da ‘Operação de Garantia da Lei e Ordem (Op GLO)’ do Ministério da Defesa, em que se elegia em sua redação original como forças oponentes: a) *movimentos ou organizações*; b) organizações criminosas, quadrilhas de traficantes de drogas, contrabandistas de armas e munições, grupos armados etc; c) pessoas, grupos de

¹⁶⁴ “Nos últimos anos assistimos a uma sucessão contínua de discurso veiculados na imprensa nos quais os movimentos sociais em meio às suas ações e mobilizações são apresentados como baderneiros e criminosos, sendo os seus líderes e defensores considerados radicais, extremistas e violadores da lei. Percebe-se, ademais, a ampla utilização, por parte das autoridades públicas, de estratégias judiciais como a expedição de mandados de prisão e a negação de liminares para seu relaxamento, mesmo quando estão presentes todos os requisitos formais necessários. Quando tais movimentos reúnem pessoas em ações e atitudes reivindicatórias são estas acusadas de formarem quadrilha”. SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Criminologia e alteridade: o problema da criminalização dos movimentos sociais no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 29, v. 8, 2008, p. 62.

¹⁶⁵ GUILHERME, Vera Maria; ÁVILA, Gustavo Noronha de. “Abolicionismo penal e liberdade: reflexões em tempos de necessidade de (auto)crítica acadêmica. In: PALITOT BRAGA, Romuldo Rhemo; ÁVILA, Gustavo Noronha; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Criminologia e Política Criminal I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 132-135.

¹⁶⁶ Em um caso em que um grupo de manifestantes tombou uma viatura da Polícia Militar houve a prisão em flagrante dos mesmos, cuja a tipicidade seria o artigo 15 da Lei 7.170/1983. Alexis Couto de Brito ao analisar a situação tece a seguinte crítica: “Não se fala mais em Segurança Nacional ou do Estado, e sim de segurança, que somente pode ser entendida como a jurídica. Não se fala mais de crime contra a Segurança Nacional, e sim de crime político, que será definido como crime contrário ao Estado Democrático de Direito, passível, inclusive, de ser cometido pelo governante. Subversão, agora, é entendida como a subversão da democracia, em demagogia ou tirania, na mais pura expressão de Monstesquieu como a corrupção do sistema político. Os “inconvenientes” não podem mais ser banidos e, portanto, devem ser incorporados e ouvidos. Os representantes políticos devem ser eleitos de forma direta e livre, ainda que alguns mal escolhidos ou mal-intencionados ameacem a nação com a sua falta de técnica e compromisso cidadão. A sociedade e o Estado não são estáticos e por isso tantos programas políticos dirigentes no texto constitucional. Parece que nada no cenário atual justifica a aplicação de um diploma legal tão datado e absolutamente voltado a satisfazer uma ideologia que não mais tenta proteger o Estado como ser de vida própria, mas a reconhecer que o Estado somente existe por conta de uma relação jurídica formada por todo e cada cidadão”. BRITO, Alexis Couto de. Movimentos sociais e a segurança nacional. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 254, v. 22, 2014. p. 4.

peessoas ou organizações atuando na forma de segmento autônomos ou infiltrados em movimentos, entidades, instituições, organizações ou em OSP (órgãos de segurança pública), provocando ou instigando ações radicais e violentas; e d) indivíduos ou grupos que se utilizam de métodos violentos para a imposição da vontade própria em função da ausência das forças de segurança pública policial¹⁶⁷. Destarte, igualou-se o tratamento conferido a '*movimentos ou organizações*' a '*organizações criminosas, quadrilhas de traficantes, contrabandistas de armas e munições, grupos armados etc.*', não fazendo qualquer distinção entre as atividades lícitas e ilícitas, conferindo o mesmíssimo tratamento aos sujeitos.

Assim, pretendeu o artigo 2º, §2º da Lei 13.260/2016 prever de forma estreme de dúvidas a impossibilidade da utilização do Direito Penal em face dos movimentos sociais, privilegiando os direitos fundamentais (especialmente aqueles atinentes às liberdades) que se encontram no âmago da Constituição Federal.

e) Das finalidades do delito

O *caput* do artigo 2º da Lei 13.260/2016 ainda exige que para a configuração do delito, sejam "*cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública*".

Em decorrência da redação do artigo 2º da Lei Antiterror, exige um objetivo, pois, requer um resultado que vai além do tipo objetivo, consistente na referida *finalidade*. Tal exigência leva a classificação da figura típica como sendo um delito de tendência interna transcendente¹⁶⁸. Essa necessidade de ir além do tipo objetivo é

¹⁶⁷ Página 29. Cf. Manual da Garantia da lei e da ordem. http://www.defesa.gov.br/arquivos/File/doutrinamilitar/listadepublicacoesEMD/md33_m_10_glo_1_ed2_013.pdf. Acesso em: 07 de janeiro de 2019.

¹⁶⁸ Conforme lição de Juarez Cirino: "Os tipos penais e intenção (ou de tendência interna transcendente) se caracterizam por propósitos que ultrapassam o tipo objetivo, fixados em resultados que não precisam se realizar concretamente, mas devem existir no psiquismo do autor. A teoria distingue entre (a) tipos de resultado cortado, em que o resultado pretendido não exige uma ação complementar do autor (a intenção de apropriação, no furto), e (b) tipos imperfeitos de dois atos, em que o resultado pretendido exige uma ação complementar (a falsificação do documento e a circulação do documento falsificado no tráfego jurídico). A característica psíquica especial da intenção aparece nas conjunções subordinativas finais *para, a fim de, com o fim de etc.* indicativas de finalidade transcendentais do tipo, como ocorre com a maioria dos crimes patrimoniais". SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal. Parte geral**. 2 ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 80.

algo incrustado junto a esfera íntima do autor que devem ser levados em consideração no momento da valoração do delito¹⁶⁹.

O delito em questão desfaz a harmonia entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo, vez que sua conduta se dirige a uma lesão posterior. Isto é, não se mostra imperioso que o sujeito alcance efetivamente a lesão ao bem jurídico, vez que a criminalização em comento busca justamente antecipar a barreira punitiva em virtude do possível resultado danoso. Criminalizações antecipadas já não são uma novidade ao Direito Penal, pois, o expansionismo penal lança mão de incriminações que visem dirimir a angústia ocasionada pela insegurança.

A finalidade exigida pode ser caracterizada como pânico, temor, sensação de insegurança¹⁷⁰ e medo coletivo ocasionado pelos atos terroristas¹⁷¹. Caberia questionar qual seria a magnitude, a quantidade de (potenciais vítimas a serem intimidadas, entre outros, para que o delito seja preenchido). Não há como descrever isso de forma objetiva, sendo inegável que essa busca não apresenta consistência, pois, carece de qualquer elemento empírico apto a comprovar que de fato o *terror social ou generalizado*¹⁷² foi alcançado. Há que se perquirir se este era o real objetivo do sujeito para que então se proceda a valoração, não descaracterizando o crime em questão caso o autor não obtenha êxito com sua conduta.

Retornando, no que tange a *finalidade de provocar terror social ou generalizado a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública*, a conduta

¹⁶⁹ MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid, 1935, p. 319-320.

¹⁷⁰ Vale a pena a lição de Bauman: “Num círculo vicioso, a ameaça do terrorismo se transforma na inspiração para mais terrorismo, cuspindo em seu caminho volumes cada vez maiores de terror e massas maiores ainda de pessoas aterrorizadas – dois produtos que os atos terroristas, cujo nome deriva exatamente de tais intenções, tendem a produzir, e tramam para tal. Pode-se dizer que as pessoas aterrorizadas são os aliados mais confiáveis, ainda que involuntários, dos terroristas. O “compreensível desejo de segurança”, sempre preparado e aguardando para ser utilizado por um usuário habilidoso e astuto, e agora instigado por atos de terror difusos e aparentemente imprevisíveis, mostra-se no final como principal recurso com o qual o terror pode contar para ganhar impulso”. BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2008, p. 161.

¹⁷¹ ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p. 1256.

¹⁷² Juan Bustos Ramírez faz uma crítica interessante indicando que a legislação antiterror possui um apego ao elemento subjetivo, a intencionalidade ou o ânimo do sujeito, o que acaba por surgir no imaginário social a dicotomia entre amigo e inimigo, fazendo com que haja uma linha divisória tênue e arbitrária divisando sujeitos e cidadãos, pois, é meramente subjetiva. Assim, acaba que a legislação terrorista é um remanescente da doutrina da segurança nacional, isto é, uma priorização essencial do poder penal estatal e em consequência da insegurança na convivência social, afetando o desenvolvimento das liberdades e da igualdade. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. In: seguridad y lucha contra el terrorismo. In: LOSANO, Mario G; MUÑOZ CONDE, Francisco. **El Derecho ante la globalización y el terrorismo**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 407.

perpetrada deve ser suficientemente grave e apta a instalar uma alteração substancial da ordem natural das coisas. Todavia, é inegável que há duas dificuldades notórias: a) acessar a real intenção do autor no momento do cometimento do delito e; b) a instalação do caos é de difícil comprovação.

Para esclarecer tais dificuldades, a saber, o real propósito do autor e a efetiva provocação de terror social ou generalizado, poderia-se tomar como ponto de partida o conjunto fático-probatório. Esse “acréscimo de ofensividade” do terrorismo advém da potencialidade atemorizante oriundo da possível prática intimidatória terrorista, isto é, a partir do momento em que se externa a conduta¹⁷³.

Asúa Batarrita¹⁷⁴ argumenta que em um Direito Penal do autor que rechaça a incriminação de pensamentos ou atitudes internas, o plano psicológico das intenções só ganhará relevância enquanto for conectado a uma base fática, real e devidamente exteriorizada. Essa base empírica deve ser apta/idônea para lesar bens jurídicos. Assim, a intenção deve ser expressada em circunstâncias externas da conduta, de forma verossímil, o que poderia conter o famigerado Direito Penal do autor.

De todo modo, não se pode deixar de reconhecer que persiste o risco de uma construção solipsista de uma condenação ou absolvição. Em todo caso, o Direito Penal dirigido ao terrorismo funciona como gestão de segurança e se este é o propósito, parece que há um êxito inegável:

[...] o Direito Penal dirigido especificamente contra terroristas tem, no entanto, mais o comprometimento de garantir a segurança do que o de manter a vigência do ordenamento jurídico, como cabe inferir do fim da pena e dos tipos penais correspondentes. O Direito Penal do cidadão e a garantia da vigência do Direito mudam para converter-se em – agora vem o termo anatemizado – Direito Penal do Inimigo, em defesa frente a um risco. Desta maneira, responde-se também à questão colocada no início: a “luta” contra o terrorismo não é somente uma palavra, mas sim um conceito. Trata-se de uma empresa contra inimigos¹⁷⁵.

¹⁷³ Cf. ASÚA BATARRITA, Adela. El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, "finalidades terroristas", y conductas Periféricas. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. Op. cit., p. 273-274.

¹⁷⁴ ASÚA BATARRITA, Adela. Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental. In: ECHANO BASALDÚA, Juan I. (Coord.). Op. cit., p. 77-78.

¹⁷⁵ JAKOBS, Günther. Terroristas como Pessoas de Direito? In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61-62.

Finalmente, as *finaliades do terrorismo* por sua carga subjetiva e valorativa acabam por se assumir uma forma elástica apta a dar espaço para imputações baseadas na personalidade dos sujeitos que transpassa qualquer verificação de provas¹⁷⁶. Assim, conforme indicado por Asúa Batarrita acima, é necessário que haja uma vinculação com elementos externos que demonstrem efetivamente o que pretendia com sua conduta.

f) Crime de perigo

O legislador faz uso da técnica dos delitos de perigo. No caso do artigo 2º, *caput*, faz uso da técnica de perigo concreto. Os crimes de perigo acabam por surgir fundamentalmente a partir da sociedade de risco que trouxe novas demandas à dogmática penal, reformulando seus institutos que não repercutem diretamente sobre uma expansão do Direito Penal, mas em sua modernização¹⁷⁷.

Para a compreensão dos delitos de perigo concreto, é necessário que se trabalhe com dois conceitos, a saber, *risco* e *perigo*. O risco possui uma projeção futura e de consequências não desejadas a partir uma decisão humana. Em outras palavras, se há a possibilidade de ocorrência de dano advindo desta atitude humana, fala-se em risco¹⁷⁸. Quanto ao perigo¹⁷⁹, este pode ser entendido como uma situação

¹⁷⁶ Cf. ASUA BATARRITA, Adela. El discurso del enemigo ..., Op. cit., p. 276.

¹⁷⁷ "...o Direito Penal moderno é um Direito Penal totalmente em conformidade com as exigências do Estado de Direito, e além do mais quero enfatizar aqui de uma vez por todas que essa conformidade se realiza em um grau absoluto que a mesma não admite nem exceções nem a mais mínima relativização. O reconhecimento de que modernização do Direito Penal possa implicar uma flexibilização das garantias penais do Estado de Direito só pode ter lugar, ou a partir de uma atitude epistemológica desvinculada e distante de toda "vontade de saber", que normalmente acompanha uma ideologia conservadora e reacionária, ou – e de acordo com uma frase da linguagem cotidiana – quando se confunde a velocidade com o movimento". GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta...**, Op. cit., p. 110.

¹⁷⁸ "...perigo como uma situação de fato objetiva, e *risco* como um atributo da conduta humana que pode ou não causar um perigo, será compreensível a atribuição dos substantivos às realidades a eles correspondentes. Diante desta conceituação, seria correto limitar o termo *perigo* apenas para indicar situações em que estivesse presente uma efetiva ameaça a um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Apenas os delitos de perigo concreto mereceriam a denominação de crimes de perigo. Os delitos de perigo abstrato, que tratam apenas de ações arriscadas, com potencialidade de lesão ou exposição a perigo de bens jurídicos, mas não exigem a presença fática do mesmo, seriam, portanto, mais bem definidos como delitos de *risco* ou periculosidade". BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 216.

¹⁷⁹ Há duas teorias existentes que visam conceituar o perigo no Direito Penal, a saber, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. Conforme Paulo José da Costa Junior: "O perigo (teoria subjetiva) não é uma entidade concreta, e sim uma representação da mente humana. Um *ens imaginatios*. Trata-se, pois, de uma hipótese, não de um fato. De uma abstração subjetiva, não de uma

de fato objetiva, onde se mostra uma probabilidade¹⁸⁰ de produção do resultado. Ademais, para a delimitação do perigo é oportuno o conhecimento de regras da experiência, aprofundando e valorando o conteúdo e sentido interpretativo e integrador deste processo fático¹⁸¹. Assim, o perigo será um conceito normativo e relacional enquanto pressuposto dogmático para a devida imputação, através de um duplo juízo (*ex ante* e *ex post*) conectados a critérios de experiência com um referencial de probabilidade, jurídico-penalmente compreendido de um dano que possa eventualmente ocorrer¹⁸².

O legislador que pretende utilizar determinada situação perigosa, ele não olha de forma inicial para o dano a ser causado ao bem jurídico, vez que o mesmo é meramente hipotético e sim para a situação de colocação do bem jurídico em perigo, apta a se revelar um resultado desvalioso¹⁸³. Outra característica é que não se mostra possível a descrição por meio do tipo penal¹⁸⁴ de toda e qualquer conduta que cause

realidade. O perigo, enquanto possibilidade¹ (ou probabilidade) de um dano, não tem existência real e concreta. A mente humana, pela sua natural imperfeição, paga seu tributo por não poder abarcar todas as condições ou causas de um fenômeno. Por vezes, reputa ameaçadora uma condição inofensiva. Teme o desencadear de um evento que não se verifica. Imagina possível, ou provável, a efetivação de um dano que não se realiza. Possibilidade ou probabilidade são filhas da ignorância e do erro. São frutos da limitação do conhecimento humano. Apregoam os adeptos da teoria objetivista que o perigo consubstancia um trecho da realidade. Não é mero fruto do nosso conhecimento (imperfeito), mas um *ens reale*, estribado na experiência cotidiana. O fato de não se efetivar aquilo que se julgara possível significa que outras condições se juntaram àquelas que deveriam produzir o evento, neutralizando-as. Estas é que escaparam ao conhecimento humano, o que não tira a realidade das demais, que teriam realmente operado, não fora a força oposta por estas. Encontram eco na realidade objetiva tanto o perigo quanto a possibilidade (*rectius*: probabilidade) da sua transmutação em dano efetivo. Como ação perigosa, portanto, só se pode reputar aquela que contenha em seu bojo a potencialidade danosa, segundo a experiência. A divergência que se interpõe entre os objetivistas e subjetivistas é muito menor do que aparenta ser, à primeira vista. Isto porque, enquanto os subjetivistas veem o perigo como produto do conhecimento humano imperfeito, não lhe atribuem uma conceituação fantástica, sem qualquer base naturalística. Ao passo que os chamados objetivistas, mesmo repelindo a noção de perigo como simples abstração mental (falam de uma possibilidade ou probabilidade objetiva), reconhecem a relatividade do juízo probabilístico”. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo causal**. 4 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 63-64.

¹⁸⁰ Neste sentido: “O perigo precisa ser originado por uma das condutas especiais do agente descritas em cada fato típico. A lei não conhece crimes de perigo gerais descritos apenas pelo resultado. Tais condutas têm, todas, a tendência de provocar o resultado de perigo reprovado, ou seja, são, portanto, estágios preliminares da causação adequada”. BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal: parte geral**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 184.

¹⁸¹ FARIA COSTA, José. **O perigo em Direito Penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 611.

¹⁸² Idem, p. 620.

¹⁸³ ALBRECHT, Diego Alan Schöfer. **Crimes de perigo concreto: critérios de acertamento e fundamentos materiais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 63

¹⁸⁴ SILVEIRA, Renato Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: RT, 2006, p. 116; SILVEIRA, Renato Mello Jorge. A busca da legitimidade dos crimes de perigo abstrato no Direito Penal Econômico. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, n. 238, p. 6-7, set. 2012.

perigo, devendo o perigo ser considerado como resultado – resultado de perigo –, implicando um juízo de desvalor sobre a conduta que ocasione o resultado de perigo ao objeto jurídico.

Os crimes de perigo¹⁸⁵ – independente da espécie que seja – necessitam inicialmente de um juízo *ex ante* em virtude do conceito de perigo¹⁸⁶. Contudo, há que se fazer ainda um juízo *ex post*, com vistas a detectar se de fato houve um resultado de perigo como se verifica nos seguintes artigos do Código Penal: 250 (incêndio), 251 (explosão) e 252 (uso de gás tóxico ou asfíxiante) que trabalha com a redação de “*expor a perigo a vida*”.

Para a consideração do juízo *ex ante*, haverá a consideração de um intenso perigo ao bem jurídico protegido, cuja a fundamentação será com base em dados empíricos (podendo fazer o uso de dados e experimentos de outras ciências, por exemplo). Em um segundo momento faz-se a demonstração do resultado de perigo ao objeto de proteção, o que diferenciará dos delitos de perigo de abstrato¹⁸⁷.

O juízo *ex post* nos delitos de perigo concreto¹⁸⁸ indicará a possibilidade de dano ao bem jurídico ou, em outras palavras, o perigo concreto. Ao contrário dos delitos de resultado material em que se demanda a comprovação da causalidade entre conduta e resultado, nos crimes de perigo concreto o juízo de valoração possui uma função distinta, é dizer, há que se verificar se o bem jurídico está no raio de eficácia da gênese do perigo. Por conseguinte, os crimes de perigo concreto não se satisfazem apenas com a noção de perigo contida no tipo, mas se reclama algo mais que é a demonstração efetiva de que foi causado um perigo¹⁸⁹ ao bem protegido. Assim, o

¹⁸⁵ “...os crimes de perigo concreto representam a figura de um ilícito-típico em que o perigo é, justamente, elemento desse mesmo ilícito-típico, enquanto nos crimes de perigo abstracto o perigo não é elemento do tipo, mas tão-só motivação do legislador”. Cf. FARIA COSTA, Op. cit., p. 620-621.

¹⁸⁶ ALBRECHT, Diego Alan Schöfer. Op. cit., p. 140.

¹⁸⁷ Idem, 143.

¹⁸⁸ “Há perigo concreto quando a produção de um dano é iminente. Não basta a possibilidade (apenas) imaginada. Ao contrário, é preciso que exista uma probabilidade de um evento danoso baseada em circunstâncias objetivamente constatadas”. BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. Op. cit., p. 183.

¹⁸⁹ No juízo *ex post* será possível conhecer efetivamente as consequências da conduta, vez que o perigo supõe um juízo sobre as possibilidades de que sobrevenha uma lesão. Cf. MENDOZA BUERGO, Blanca. El delito ecológico: configuración típica, estructuras y modelos de tipificación. In: JORGE BARREIRO, Agustín. **Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español**. Granada: Comares, 2005, p. 109-150.

juízo *ex post* avaliará não somente o perigo criado, mas também a proximidade de lesão ao bem jurídico¹⁹⁰.

Por consequência, para que haja os delitos de perigo concreto, o juízo de desvalor é bifronte, a saber, há um desvalor da ação e um desvalor do resultado – ocorrência de colocação do bem jurídico em perigo. Isso deve ser levado em consideração como diferença substancial entre os delitos de perigo concreto e os delitos de perigo abstrato¹⁹¹. Outrossim, a caracterização do *perigo* deve ser realizado com base em dados ontológicos apto a informarem a presença do perigo.

O legislador penal da Lei Antiterror fez uso desta técnica penal ao inserir no artigo 2º, *caput*, a terminologia “*expor a perigo*”, o que leva a concluir que não se faz necessário uma efetiva lesão a qualquer bem jurídico, mas bastará que os mesmos sejam expostos a perigo.

2.3 O bem jurídico-penal na Lei Antiterrorista

Primeiramente, cumpre destacar que o bem jurídico¹⁹² não se confunde com o objeto da conduta – *v.g. o corpo humano no delito de homicídio*¹⁹³ –, não podendo ser entendido como puramente físico como as pessoas ou coisas, mas como atributos destas, compreendidos como necessários para a sua manutenção¹⁹⁴. Ademais, o bem jurídico é, ao mesmo tempo, um objeto de preferência como um valor vinculado a finalidade da ordem jurídica que circunda a proteção da pessoa humana e um objeto

¹⁹⁰ Cf. TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a. Peligro abstracto y garantías penales. *In*: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Cord.). **El nuevo Derecho Penal Español: estudios penales em memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz**. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 798.

¹⁹¹ Para isso, confira a lição de Pierpaolo Cruz Bottini: “O tipo de perigo abstrato é técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 113.

¹⁹² Para o aperfeiçoamento: PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de direito penal brasileiro. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 218-225.

¹⁹³ “...não se deve confundir bem jurídico tutelado com objeto material do crime. No crime de homicídio, por exemplo, objeto material é o corpo humano, bem jurídico é a vida. Isso revela, conforme acentuamos de início, que o objeto de tutela são valores ético-sociais, não apenas as coisas materiais sobre que recai a ação criminosa”. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 21.

¹⁹⁴ TAVARES, E. X. Juarez. **Bien jurídico y función en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 47.

de referência, como pressuposto de validade da norma ou de sua própria eficácia ao subordiná-lo a demonstração de lesão ou colocação em perigo.

A justificação da criminalização do terrorismo através do postulado básico a partir do qual o Direito Penal se constrói, a saber, *a exclusiva proteção de bens jurídicos*, parece ser o maior desafio de quem ousa trabalhar com essa temática. Não raro, há um verdadeiro sentimento de impotência e a busca de justificação do injustificável.

Parece acertada a ideia de Claus Roxin no sentido de que em um Estado Democrático de Direito, as normas jurídico-penais deveriam ter como objetivo assegurar aos cidadãos uma coexistência livre e pacífica. Conseqüentemente, já não se pode ter como norte somente as condições individuais, mas é preciso que hajam instituições estatais que potencializem as realizações humanas como a administração da justiça, um sistema monetário, etc¹⁹⁵.

A primeira questão que emerge é se há autonomia de bem jurídico, isto é, se além dos bens jurídicos tradicionais como a vida, integridade física, patrimônio, liberdade, etc., haveria um objeto jurídico distinto que autorizasse um tipo penal independente. Não raro, invoca-se quase sempre a ideia de incolumidade pública, paz pública e a sensação de segurança para o fim de preencher este espaço:

No entanto, para que isso ocorra, faz-se necessário que o ato praticado viole necessariamente outros bens jurídicos, como a vida, patrimônio, liberdade, integridade física, dentre outros. Assim, um ato terrorista que provoque a morte de várias pessoas, além de violar o bem jurídico vida, atinge também o sentimento de paz e tranquilidade com a disseminação do medo. Mas não é só. Devido a instrumentalidade das vítimas, a ação realizada rem um outro destinatário, que é a mensagem transmitida através do terror, isso faz com que o terrorismo, enquanto finalidade política, venha atingir o Estado com violações ao sistema democrático¹⁹⁶.

A partir da ideia de proteção de bens jurídicos que passa a fundamentar a missão do Direito Penal¹⁹⁷ proporciona como norte a impossibilidade de criminalização

¹⁹⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 17-18.

¹⁹⁶ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Op. cit., p. 215-216.

¹⁹⁷ “Atualmente, com a proliferação de dispositivos penais próprios do que se convencionou chamar de novo (ou moderno) Direito penal, nos encontramos com bens jurídicos que há alguns anos não eram considerados como tal, por exemplo: o meio ambiente, as relações de consumo, os sistemas econômicos, os direitos sobre o software etc. Desse modo, a de- pendência de um conceito de bem

de condutas vagas e distantes dos princípios de garantia. No entanto, mostra-se um desafio depreender determinados objetos jurídicos como ocorre com a Lei Antiterror. O que essa norma busca proteger?

Sob o olhar da criminologia proposta de Maurício Stegemann Dieter, há uma indefinição premeditada na conceituação do terrorismo:

[...] salta aos olhos a persistente indeterminação do termo, pela qual se chega a compreender que a indefinição de terrorismo não é o resultado frustrante da tentativa de dominar o fenômeno pelo significativo, mas uma condição perpetuada deliberadamente pelo discurso oficial, que encontra no “não-conceito” a possibilidade de legitimar o uso da força contra grupos marginalizados e inimigos políticos identificados conforme a ocasião. Em suma, não há definição porque não interessa ao poder repressor limitar o uso da categoria autorizativa: quanto mais indefinido o conceito, melhor, pois maior o âmbito de criminalização autorizado. A falta de definição não é um problema para o poder, porque o que é fundamental em relação ao termo terrorismo é seu uso político. O único que importa, neste sentido, é manter o monopólio do poder de rotular como terrorista quem quer que seja¹⁹⁸.

É necessário conceituar o bem jurídico em questão e, ainda, verificar a *ratio* de incriminação. É possível conceituar bem jurídico como sendo:

[...] o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade, individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. Assim, a ordem de valores constitucionalmente relevantes e inerentes a essa especial modalidade de Estado constitui um paradigma do legislador penal infraconstitucional. A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada¹⁹⁹.

jurídico que não é muito preciso leva a uma instabilidade da proposta. Se não se sabe precisamente que característica deve o bem jurídico ter para ser reconhecido como digno de proteção penal, dizer que a missão do Direito penal é a proteção de bens jurídicos não significa dizer muito. Ainda assim, esta proposta é mais garantista, se comparada com a tese dos autores que reconhecem como missão do Direito penal a estabilização da norma. Isso porque, ao menos, é possível fazer depender a intervenção penal do reconhecimento de que o bem jurídico afligido pela conduta é essencial ao desenvolvimento do ser humano na sociedade”. BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 39.

¹⁹⁸ DIETER, Maurício Stegemann. Terrorismo: reflexões a partir da criminologia crítica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 75, nov.-dez., 2008, p. 304-305.

¹⁹⁹ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 4 ed. São Paulo: RT, p.44.

Filia-se a tese de Llobet Anglí de que o bem jurídico ofendido nos crimes de terrorismo é triplo: a) o primeiro bem jurídico a ser violado é aquele concreto por cada delito comum, a saber, a vida, integridade física, liberdade, etc. b) em segundo lugar seria a paz pública consistente em uma acepção de estado coletivo de tranquilidade e sossego; c) por último, a Democracia seria afetada, eis que teria repercussão sobre decisões políticas²⁰⁰.

Na legislação Antiterror Brasileiro em seu artigo 2º, *caput*, o legislador elege como bens jurídicos a integridade física e a vida (quando ele coloca “pessoa” no tipo penal, parece ser essa a conclusão), o patrimônio, paz pública ou a incolumidade pública. Portanto, verifica-se uma proteção tanto de bens jurídicos individuais (vida, integridade física e patrimônio) quanto de bens jurídicos coletivos²⁰¹ (paz pública e incolumidade pública).

Pode remanescer a dúvida acerca da legitimidade do tipo penal em comento, já que as condutas tidas como terroristas poderiam ser enquadradas em tipos penais já existentes como o homicídio, lesão corporal, disparo de arma de fogo, etc. No entanto, conforme já se abordou, o terrorismo se difere dos crimes comuns por instrumentalizar bens jurídicos visando alcançar um fim, o que concede a *ratio* para a incriminação.

2.4 O terrorismo como crime internacional

Uma pergunta a ser feita é: o terrorismo já é um crime internacional? Tal discussão não é exatamente nova, todavia, torna-se a cada dia mais intensa. Isso porque, quando foi iniciado o trabalho referente a feitura do Estatuto de Roma, não foi

²⁰⁰ LLOBET ANGLÍ, Mariona. Op. cit., p. 40-41.

²⁰¹ “Os bens jurídicos coletivos devem ser definidos a partir de uma relação social baseada numa satisfação de necessidades de cada um dos membros da sociedade ou de uma coletividade, em consonância com o sistema social. Não hão de ser fundamentados, pois, sob uma ideia tradicional, vislumbrando-se um caráter microssocial, mas própria e particularmente macrossocial. Assim, deixando a *latere* a dimensão individual e de dignidade, ter-se-á, com eles, a ideia referente ao funcionamento do sistema, ou seja, a processos ou funções que este venha a cumprir para que, justamente, possam estar materialmente asseguradas as bases e as condições do mesmo, isto é, as relações microssociais, os mencionados bens jurídicos individuais”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: RT, 2003, p. 62.

possível a obtenção de um consenso geral acerca da tipificação e catalogação do terrorismo enquanto delito autenticamente internacional²⁰².

Mireille Delmas-Marty lembra que o aparecimento do direito internacional penal surge a partir de dois processos diferentes. O primeiro se refere às contingências de guerra e as ilicitudes cometidas durante este período. A segunda manifestação é denominado pela autora de “*criminalização de vocação permanente*”, como sendo resultado de pressão contínua que resulta das necessidades práticas caracterizada pelos empecilhos de processamento de infrações organizadas em escala internacional ou transfronteiriças ou, ainda, decorrente de demandas éticas que podem não ser praticadas durante situações de guerra – v.g. a tortura. Assim, neste segundo caso elencado pela penalista, o processo de criminalização teria como gênese a definição internacional das incriminações²⁰³.

Neste sentido, Mireille Delmas-Marty afirma:

Ao contrário do processo ligado às situações de guerra, a criminalização começa, neste caso, pela internacionalização das incriminações, enquanto a fase de internacionalização do julgamento, pela criação de um Tribunal Penal Internacional, continua ainda em estado de projeto (ver Notas sobre o estágio dos temas apresentados). E mesmo no que diz respeito apenas às incriminações, o processo só se inicia por um determinado número de convenções que propõem uma definição internacional da infração penal (e, às vezes, da sanção). Um projeto mais ambicioso, de “Código Penal Internacional”, que reuniria o direito penal dos conflitos armados e algumas outras incriminações, havia sido lançado logo após a guerra (projeto de 1951, remanejado em 1954), depois esquecido de 1954 a 1981. Retomado

²⁰² “Los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el crimen de agresión son crímenes de derecho internacional. Estos así llamados «crímenes fundamentales (*core crimes*) son los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto»; y están sujetos a la competencia de la Corte Penal Internacional¹³⁴. La cuestión de si otros delitos aparte de los ya considerados dentro de la competencia de la Corte, como el tráfico de estupefacientes o el terrorismo, son punibles directamente por el derecho internacional, es controvertida. En este punto el derecho internacional se encuentra en pleno desarrollo. Producto de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, ha vuelto a tener actualidad sobre todo la cuestión de si y bajo qué circunstancias los actos terroristas deben valorarse como crímenes de derecho internacional. Independientemente de la dimensión, en ocasiones considerable, de los delitos terroristas, el terrorismo em cuanto a tal no es un crimen de derecho internacional. Las aspiraciones de extender la competencia de la Corte Penal Internacional a los delitos terroristas no contaron respaldo mayoritario en la Conferencia de Roma. Aunque los delitos terroristas cumplirán con frecuencia los requisitos típicos de los crímenes de derecho internacional, por ejemplo de los crímenes de lesa humanidad o de lo crímenes de guerra, debe siempre probarse en el caso individual la existencia de los requisitos del crimen de derecho internacional”. WERLE, Gerhard. **Tratado de Derecho Penal Internacional**. Trad. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 77-78.

²⁰³ DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004, p. 517.

a pedido da Assembleia Geral da ONU, não foi adotado até hoje (da mesma forma como também não foram adotados diversos projetos de origem não-governamental, como o da Associação Internacional de Direito Penal, denominado Código Bassiouni, de 1981)²⁰⁴.

Mireille Delmas-Marty ainda trabalha com a ideia de colocar o terrorismo enquanto crime contra a humanidade, vez que em algumas situações as vítimas são visadas em virtude de um grupo étnico, racial, nacional, religioso, etc., ou em casos de atentados cegos:

É portanto a “despersonalização” das vítimas que, chegando à negação de sua humanidade, fundamentaria o crime contra a humanidade, inclusive em determinados casos qualificados hoje como terrorismo. O que emanaria assim de modo implícito da noção penal de crime contra a humanidade é a consagração de uma humanidade plural, envolvendo ao mesmo tempo a singularidade de cada ser e sua igual vinculação com a comunidade humana²⁰⁵.

Desde então essa discussão não foi finalizada. Antes, é necessário esclarecer que o Direito Internacional Penal possui uma distinção entre delitos construídos com base em tratados internacionais e crimes internacionais autênticos. Os crimes decorrentes de acordos são essencialmente transnacionais, sendo objeto de convenções gerais para a repressão de delitos a exemplo da *Convenção a Tortura da ONU*. Cabe ainda mencionar que esses delitos dizem respeito somente ao Estado, isto é, cabe a eles o cumprimento dos acordos outrora entabulados, prevenindo e reprimindo tais delitos²⁰⁶.

Especificamente em relação ao Terrorismo, Kai Ambos aponta que o terrorismo deve ser considerado como um crime transnacional baseados em tratados internacionais, isto é, um delito que acaba por obrigar os Estados a atuarem. No entanto, a falta de precisão (especialmente o elemento objetivo de um ato criminal) demonstra que não há um consenso na comunidade internacional para que o

²⁰⁴ Idem, p. 522.

²⁰⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre o universalismo e o relativismo de valores? In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Barueri: Manole, 2004, p. 72.

²⁰⁶ AMBOS, Kai. Creatividade judicial en el tribunal especial para el Líbano: ¿Es el Terrorismo un crimen internacional? **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, 3ª época, nº. 7 (enero de 2012), p. 161.

terrorismo seja elevado a uma definição do terrorismo enquanto autêntico crime internacional²⁰⁷.

Da mesma forma, Kai Ambos analisa a internacionalização do terrorismo a partir de três critérios. O primeiro deles diz respeito ao terrorismo como sendo a comissão de qualquer ato delitivo que cause a morte ou lesões corporais a qualquer pessoa ou um dano severo a propriedade pública ou privada. Em segundo critério seria a consideração do terrorismo como uma ameaça a importantes valores universais. Já o terceiro critério diz respeito a uma determinação clara do que seria esse delito internacional. Assim, segundo o penalista, os dois primeiros critérios já estão preenchidos, mas o terceiro ainda padece de eficácia, resultando que o delito em questão segue sendo um delito transnacional – ainda que próximo de ser um autêntico crime internacional²⁰⁸.

Por ora não há qualquer previsão de que o terrorismo venha a se tornar um crime internacional. Todavia, filia-se a concepção de Kai Ambos de que embora o terrorismo não seja um crime internacional, ele é um delito transnacional. Neste sentido, basta ver que os atentados terroristas já não se circunscrevem mais a única jurisdição com autores e vítimas de mesma nacionalidade, mas com autores, lugares e vítimas de diferentes origens.

²⁰⁷ Idem, p. 173.

²⁰⁸ Cf. AMBOS, Kai; TIMMERMANN, Anina. Terrorismo y Derecho Internacional Consuetudinario. *In*: AMBOS, Kai; MALARINO Ezequiel; STEINER, Christian. **Terrorismo y Derecho Penal**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 41-45.

3 SOBRE A REALIZAÇÃO DOS ATOS PREPARATÓRIOS DE TERRORISMO COM O PROPÓSITO INEQUÍVOCO DE CONSUMAR TAL DELITO

Agora merece atenção a questão do *iter criminis* tangenciando os atos preparatórios de terrorismo, bem como, de que modo essa construção dogmática pode servir a constrição de direitos fundamentais, seleção de sujeitos previamente escolhidos não pelo o que fizeram, mas pelo o que são, entre outros²⁰⁹. Cabe ressaltar que ao compulsar a literatura referente aos atos preparatórios e o início da execução, verifica-se uma dificuldade em alcançar essa delimitação de forma cirúrgica.

Conforme afirma Hans Welzel, todo o delito doloso seria a realização de uma vontade. Sendo que essa conduta de realizar pode permanecer nas etapas iniciais ou levar a cabo toda a execução delitiva, sendo o percurso formado por diversos graus. Conseqüentemente, a pergunta a ser realizada e esclarecida é a respeito do momento em que se inicia a punição da conduta considerada ilícita²¹⁰.

O *iter criminis* se destina a construção de um caminho necessário a ser preenchido pelo o agente no momento da realização do delito, passando pela ideação à consumação. Portanto, é correto afirmar que o *iter criminis* possuiria uma fase interna (cogitação) e de uma fase externa (atos preparatórios, executórios e consumação).

Conseqüentemente, as fases delitivas podem ser planejadas da seguinte forma: a) *cogitatio*, sendo esta a ideação criminosa; b) *conatus remotus*, consistente nos atos preparatórios; c) *conatus proximus* que são os atos executórios; d) *consumatio*, por fim, referente a consumação²¹¹. Classicamente, o Direito Penal não

²⁰⁹ Neste sentido é primorosa a seguinte lição: “O poder punitivo seleciona preferentemente a partir de características pessoais socialmente adquiridas. Entre as incomensuráveis pessoas que realizam condutas típicas, apenas algumas são selecionadas, quase sempre por corresponderem a estereótipos; poucas, entre as pessoas selecionadas empreenderam um esforço considerável para vulnerabilizarem-se. Ou seja, na seleção criminalizante real não predomina o critério da conduta realizada, e sim o da vulnerabilidade ao poder punitivo. Tal realidade seletiva não desmerece a relevância da teoria da ação; pelo contrário, faz ressaltar sua estratégica função política de impor um requisito de exterioridade e alteridade ao procedimento discriminatório da criminalização secundária, que na pós-modernidade penalística responde ao “risco” dos contingentes humanos marginalizados com um programa de encarceramento massivo que foi adequadamente chamado de atuarial”. ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. **Direito Penal brasileiro. Segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 79-80.

²¹⁰ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Trad. Juan Bustos Ramírez. 11 ed. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1970, p. 259.

²¹¹ Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 172.

se interessaria por todas as fases, importando identificar a partir de que momento há a afetação da ilicitude jurídica²¹².

Especialmente no que tange à esfera íntima em que se inicia a ideação do delito (já que o mesmo é um processo ininterrupto), verifica-se que incide o princípio “*cogitationis poenam nemo patitur*” que em linhas gerais significaria que ninguém deve ser penalizado pelos seus pensamentos²¹³. Consequentemente, não se depreende qualquer tipicidade nesse caso.

Outrossim, é importante expor que a criminalização primária acontece através de dois fundamentos essenciais: a) *núcleo de tipos* que exige lesão aos bens jurídicos essenciais como a vida, integridade física, liberdade, etc.; b) *delitos de perigo* em que a punição é lastreada em uma antecipação que requer somente a configuração do perigo para o objeto jurídico

Parece pacífico que o Direito Penal deve intervir a partir do início da execução do delito, o que excluiria os atos preparatórios e a cogitação. No entanto, é bem verdade que em virtude de razões de política-criminal, o legislador decide em alguns momentos antecipar essa barreira, elegendo atos preparatórios como condutas relevantes e passíveis de punição como se verifica no artigo 288 (quadrilha) e 291 (petrechos para moeda falsa)²¹⁴.

²¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. São Paulo: RT, 1997, p. 236.

²¹³ Cláudio Brandão recorda que a cogitação (*nuda cogitatio*) já foi objeto de preocupação do Direito Penal: “Na história do Direito Penal, todavia, já se deu relevância à *nuda cogitatio*. Isso se deu no Direito Penal nazista, que era idealizado pela Escola de Kiel, donde devemos destacar o nome do professor Schaffstein. Para a Escola de Kiel, o Direito Penal é um Direito de luta, que deve servir aos ideais superiores da raça ariana. O crime é originado por bacilos que se encontram no ser humano e deve ser combatido antes que o sujeito pratique a ação, pois, a função do Direito Penal é evitar que os delitos aconteçam. Assim, o Direito Penal é um direito da periculosidade, que deve punir o agente antes que ele comece a delinquir, basta que haja a ideação criminosa para ser imputada ao sujeito como pena. Dizem, ainda, os teóricos do Direito Penal nazista que a vontade de delinquir só pode ser captada pelos líderes do povo, pois estes podem apontar quem age contra o são sentimento popular”. BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 172.

²¹⁴ “O passo seguinte é a preparação da ação delituosa que se constitui os chamados atos preparatórios, que são externos ao agente que passa da cogitação à ação objetiva: arma-se dos instrumentos necessários à prática da infração penal, procura o local mais adequado ou a hora mais favorável para a realização do crime etc. De regra, os atos preparatórios também não são puníveis, apesar da opinião dos positivistas, que reclamam a punição como medida de prevenção criminal (teoria subjetiva), uma vez que o nosso Código Penal exige o início da execução. No entanto, algumas vezes, o legislador transforma esses atos, que seriam meramente preparatórios, em tipos penais especiais, fugindo à regra geral, como ocorre, por exemplo, com “petrechos para falsificação de moeda” (art.291); “atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento” (art. 238), que seria apenas a preparação da simulação de casamento (art. 239) etc. De sorte que esses atos, que teoricamente seriam preparatórios constituem, por si mesmos, figuras delituosas. O legislador levou em consideração o valor do bem por esses atos ameaçados, em relação à própria perigosidade da ação ou simplesmente à perigosidade do agente, que, por si só, já representam uma ameaça atual à segurança do Direito”.

3.1 A impunidade dos atos preparatórios

A partir do tópico anterior, explicou-se como se dá o *iter criminis*, a saber, o caminho a ser percorrido pelo autor no momento da execução do delito. Cabe agora massagear a questão dos atos preparatórios, para então realizar a prospecção do artigo 5º da Lei Antiterror, verificando seus acertos e desacertos.

Sobre atos preparatórios, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, afirmam:

A regra geral é a de que o *iter criminis* começa a ser punível quando começa a atividade executiva, por serem atípicos os atos preparatórios, embora às vezes, o legislador transforme esses atos em tipos penais especiais, quebrando a regra. Por isso pode seguir dois caminhos diferentes, consistindo o primeiro em estender o proibido para além do âmbito da tentativa, para abranger uma parte da atividade preparatória, ou seja, alterar o alcance que possui a fórmula geral do art. 14, II, CP, dando-lhe a função de dispositivo ampliador da tipicidade. Este primeiro método não dá lugar a qualquer tipicidade independente, mas tão-só a uma exceção da regra do art. 14, II, do CP. Outro método adotado pela lei é a tipificação independente de certos atos preparatórios, que dá lugar a uma tipicidade própria, ou, por outras palavras, a um delito independente, com a consequência de que, por sua vez, este admitirá a tentativa, o que não pode ocorrer na hipótese anterior. O primeiro grupo de casos de punição dos atos preparatórios compõe-se de delitos incompletos, mais amplos que a tentativa; o segundo, de delitos completos, que, por sua vez, admitem a tentativa²¹⁵.

Jiménez de Asúa afirma que os atos preparatórios seriam aqueles que não constituem a execução do delito arquitetado, mas acabaria por indicar a *intenção* do agente em seu intento delitivo que tende a preparar sua execução. Porém, o autor indica que na prática, a divisão entre os atos preparatórios e os atos executórios não é nada fácil. Ainda, a penalização dos atos preparatórios só faria sentido se o mesmo apresentar um perigo relevante, isto é, estiver próximo do cometimento do ilícito²¹⁶.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 401.

²¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa: doutrina e jurisprudência**. 6 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 14-15.

²¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de Derecho Penal: la ley y el delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 472.

Díez Ripollés recorda que a Escola Clássica do Direito Penal considerava que os atos preparatórios deveriam ser impunes, salvo algumas exceções. As razões é que o fenômeno não constituía uma infração de normas penais, podendo apresentar um significado equivocado, pois, não permitiriam concluir com segurança se as condutas estariam orientadas para a comissão de um delito. Para ilustrar tal questão, o autor coloca como exemplo o ato de ficar em frente ao banco olhando quem entra e sai pode ser apenas um curioso, pode estar esperando alguém ou se preparando para um roubo. Soma-se a isso, a impunidade do ato preparatório beneficiaria o ato da desistência do delito, vez que o autor poderia optar por não prosseguir com seu intento. Como último elemento, a Escola Clássica coloca que a conduta não seria dotada de suficiente gravidade. Igualmente, Díez Ripollés lembra que para a Escola Positiva, os atos preparatórios seriam puníveis na medida em que demonstram que o sujeito é dotado de periculosidade para o cometimento delitivo²¹⁷.

Apesar da definição, há uma grande controvérsia em torno da possibilidade do adiantamento das barreiras de punição para com os atos preparatórios, isto é, ainda que a punibilidade, via de regra, comece com os atos executivos, em determinadas ocasiões se compreende que em virtude de um perigo, permita-se a criminalização *ex ante*.

3.2 Preparação e execução: lineamento sobre as teorias existentes

O início da execução demonstra o momento em que o Direito Penal se “interessa” em termos punitivos pela conduta engendrada. Na execução delitiva, o autor atua no plano externo com o fito de realizar a conduta idealizada, sem imprescindível que a mesma seja clara e inequívoca quanto ao seu objetivo, a saber, a consumação delitiva.

Como se viu acima, os atos preparatórios, em regra, não são passíveis de punição, salvo quando o legislador decide dizer expressamente que determinadas condutas já em seus atos iniciais merecem ser punidos. Portanto, apesar de ser uma exceção à regra, verifica-se ao menos o respeito ao princípio da taxatividade ao se declarar expressamente o quê e como se pune. Já a tentativa possui fundamentação

²¹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *Derecho Penal Español: parte general en esquemas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 488.

na nocividade, vez que aguardar a efetiva afetação do bem jurídico à sociedade pode ser catastrófico²¹⁸.

Cláudio Brandão alude sobre a punição da tentativa:

Por isso a parte geral estabelece uma forma de ampliação dos tipos penais previstos na parte especial do Código Penal. Note-se que a parte especial do Código Penal é um catálogo de tipos penais que apresentam descrições de condutas delituosas em sua forma consumada. Por conta da necessidade de proteção de bens jurídicos, por uma interpretação sistemática das partes geral (que estabelece o conceito de tentativa) e especial (que descreve o tipo penal), existirá a relevância penal da realização incompleta dos tipos penais, quando obedecidos os requisitos estabelecidos na própria lei para tal relevância²¹⁹.

Apesar dessa divisão doutrinária do *iter criminis* em cogitação, preparação, execução e consumação, nem sempre se revela cristalino a quem observa se houve a transposição entre a preparação e execução – que é objeto da pesquisa. Assim, a teoria da tentativa objetiva esclarecer qual o início da execução e, conseqüentemente, marcar o início da punibilidade do injusto. Para tanto, há basicamente três teses que estão comprometidas em trabalhar a questão da tentativa (o momento em que o delito passa a ser punido): as objetivas, as subjetivas e as mistas.

Farré Trepas alude que a *teoria objetiva*²²⁰ era satisfatória para responder aos delitos consumados e ao mesmo tempo apontava a solução a ser encarada naqueles que a lesão ao direito não havia se produzido. Nesta perspectiva, a punibilidade da tentativa está ancorada na periculosidade objetiva da ação, cuja as ações externas se encontram em uma relação causal com o delito almejado. Em outras palavras, no delito consumado se castigaria aquela ação que realizou o resultado e na tentativa a

²¹⁸ Acerca da fundamentação da punição da tentativa, recomenda-se: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal. Parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 658.

²¹⁹ BRANDÃO, Cláudio. Op.cit., p. 170.

²²⁰ É a adotada pelo direito brasileiro. Nas lições de Claudio Brandão: “Entre as teorias sobre a punibilidade da tentativa, a que nos interessa mais de perto é a objetiva, porque é a adotada no Ordenamento Jurídico pátrio. Ela foi elaborada por Feuerbach e desenvolvida por Carrara. Para a teoria objetiva, a tentativa é punível porque há um perigo ao bem jurídico e essa exposição a perigo acarreta um dano público. O dolo é igual em todas as fases do fato (preparação, execução e consumação), portanto o que diferenciará a tentativa da preparação é o âmbito objetivo: o perigo próximo da realização do resultado típico 21. A teoria objetiva apregoa uma diferenciação na pena da tentativa, que obrigatoriamente deverá ser mais branda do que a do crime consumado, posto que no crime consumado haverá o dano efetivo ao bem jurídico, enquanto no tentado, um perigo de dano”. BRANDÃO, Cláudio. Da tentativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37 n. 147 jul./set, 2000, p. 254.

punição seria para a ação causalmente adequada para produzi-lo, isto é, a ação perigosa²²¹. Na aferição da conduta perigosa para a *teoria objetiva*, seria crucial o juízo *ex ante* de um observador imparcial baseado na sua experiência *ex post* e, conseqüentemente, a tentativa apareceria a partir de uma avaliação de uma ameaça imediata para o bem jurídico, pois, o curso causal desenvolvido levaria a uma correspondência com o tipo penal²²².

Há efeitos colaterais da *teoria objetiva*²²³ (característica da doutrina penal liberal do século XIX com Feuerbach na Alemanha e Carrara²²⁴ na Itália) da tentativa. São estes: a) a impunidade dos atos preparatórios, pois, estes se encontram demasiadamente longe da lesão do bem jurídico já que a conduta não apresenta uma periculosidade objetiva; b) uma menor punição da tentativa já que objetivamente a colocação em perigo é menos grave que a lesão ao bem jurídico e; c) haveria a impunidade da tentativa inidônea (também chamada de crime impossível) uma vez que não coloca o objeto jurídico em perigo²²⁵.

Vale lembrar que a teoria objetiva se subdivide em *teoria objetivo-formal* e *teoria objetivo-material*. A primeira classifica a tentativa como sendo o início da ação típica, sendo que os atos anteriores são preparatórios e as ações posteriores são executivas. Ainda, tal teoria opta pela exclusão do dolo como elemento caracterizador da tentativa²²⁶, o que acabaria por redundar em situações dúbias (v.g. não se poderia

²²¹ FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa del delito: doctrina y jurisprudência**. Barcelona: Bosch, 1986, p. 5-6.

²²² MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal parte general: formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho**. Actualizado por Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf. Trad. Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 25.

²²³ A consequência que se retira desta teoria não somente a atipicidade da tentativa inidônea, mas também a de que haverá tentativa quando o bem jurídico, concretamente, não corrido algum perigo: aquele que entrar em uma habitação na qual existe para furtar não cometerá tentativa de furto. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 28.

²²⁴ "A teoria objetiva foi elaborada por Feuerbach e desenvolvida por Carrara. Para a teoria objetiva, a tentativa é punível porque há um perigo ao bem jurídico e essa exposição a perigo acarreta um dano público. O dolo é igual em todas as fases do fato (preparação, execução e consumação), portanto, o que diferenciaria a tentativa da preparação é o âmbito objetivo: *o perigo próximo da realização do resultado típico*. A teoria objetiva, adotada no Código Penal brasileiro, apregoa uma diferenciação na pena da tentativa, que obrigatoriamente deverá ser mais branda do que a do crime consumado, posto que no crime consumado haverá o dano efetivo ao bem jurídico, enquanto no tentado um perigo de dano". BRANDÃO, Cláudio. Op.cit., p. 176.

²²⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal parte general*. 7 ed. Barcelona: Reppertor, 2005, p. 337.

²²⁶ Neste sentido é pertinente a crítica de Paulo César Busato: "...os problemas com essa teoria são claros. Por exemplo, no furto, o núcleo do tipo é subtrair. Sendo assim, somente a partir do contato físico do autor com a *res furtiva* seria possível falar em tentativa de furto. Segundo esse entendimento, o sujeito que arrombasse a porta de uma residência e lá ingressasse e estivesse abrindo um cofre com o emprego de uma furadeira, sendo flagrado no exato instante em que lograsse abrir o cofre, somente

concluir se o ferimento na vítima se trata de uma lesão corporal consumada ou homicídio tentado)²²⁷.

A *teoria objetivo-material* reconhece como insuficiente a realização de algum dos elementos do tipo penal e traz o critério do bem jurídico como elemento a ser valorado na consideração da tentativa, é dizer, revela-se necessário que haja um efetivo perigo ao bem jurídico protegido pelo tipo. A avaliação se dá a partir de um aspecto objetivo através da exposição do bem jurídico a perigo e a atualidade temporal²²⁸. A *teoria objetivo-material* não é exatamente uma inovação de tese, mas um acréscimo à *teoria objetivo-formal*.

Fala-se ainda na *teoria objetivo-individual* que apregoa que os atos anteriores ao da execução devem estar diretamente ligada ao plano do autor. Para tal teoria, a tentativa começa a partir da atividade com a qual o autor, segundo seu plano delitivo, se coloca em relação imediata com a realização do tipo objetivo²²⁹, devendo-se partir da ação típica do tipo objetivo (subtrair, matar, etc.).

Já a *teoria subjetiva*²³⁰ se preocupa com a ação contrária ao direito por parte do autor. Consequentemente, a punição está direcionada a conduta que se revela contrária ao mandato de proibição jurídico-penal, isto é, a violação a uma norma proibitiva²³¹, dando atenção a questão do dolo em detrimento da colocação ou não em perigo do bem jurídico²³². Mir Puig afirma que a perspectiva subjetiva foi defendida na Itália pela Escola Positiva (Garofalo) e, em parte, graças ao finalismo proposto por Hans Welzel²³³. As consequências, segundo o autor (Mir Puig), seriam: a) uma tendência a ampliação da esfera dos atos executivos passíveis de punição,

poderia ser punido por dano ao patrimônio particular e violação de domicílio, o que parece totalmente fora da realidade". BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 663.

²²⁷ Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 212.

²²⁸ SATO, Catherine Ruriko. **Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa: limites da antecipação da tutela penal**. 223f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 114.

²²⁹ WELZEL, Hans. Op. cit., p. 263.

²³⁰ Cf. SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. Fundamento da punibilidade da tentativa. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, n. 0, v. 1, 2004, p. 56.

²³¹ FARRÉ TREPAT, Elena. Op. cit., p. 12.

²³² Cf. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe. Breve análisis sobre la tentativa. **Revista Michoacana de Derecho Penal, Morelia**, n. 45-46, 2005, p. 224.

²³³ Para Welzel, a tentativa começa com aquela atividade com a qual o autor, segundo seu plano delitivo, se coloca em relação com a realização do tipo delitivo. Assim, há que se partir da ação típica do tipo penal (*v.g. subtrair*) e soma-se a necessidade da comprovação individual sobre se autor, segundo seu plano delitivo, se colocou em atividade imediata a realização típica. Cf. WELZEL, Hans. Op. cit., p. 263.

adiantando o momento passível de punição e, conseqüentemente, a redução dos atos preparatórios impuníveis²³⁴; b) haveria, outrossim, uma igual punição da tentativa e da consumação, pois, a falta do resultado não conduziria a um delito menos grave; c) finalmente, haveria a punição da tentativa absolutamente inidônea, posto que a inidoneidade objetiva não começa a partir da perfeita vontade criminal²³⁵.

Farré Trepât tece duras críticas à *teoria subjetiva*. A primeira ela nomeia de *teoria subjetiva como consequência de um estado totalitário*, onde ela relembra que a fundamentação essencialmente subjetiva, focada na vontade, é marca do Direito Penal nacional-socialista que influenciou a doutrina alemã dos anos 30²³⁶, isto é, a preocupação não era lastreada na lesão de bens jurídicos, mas na contradição com o *ordenamento moral do povo*, como a realização moralmente reprovável que se referia a uma contrariedade da conduta do autor para com a comunidade. Corolário, a prevalência de elementos subjetivos acabou por conduzir a um direito penal de autor, onde havia o desprezo sobre a lesão dos objetos jurídicos, igualando a punição da consumação e da tentativa.

Já as teorias mistas partem do pressuposto da vontade delitativa como fundamento para a punibilidade, mas creem como necessário limitá-lo por meio de questões objetivas como o fato de quebrar a confiança da comunidade na ordem jurídica, sendo a *teoria da impressão* a mais conhecida. Nas palavras de Jescheck-Weigand, a teoria intermediária leva em consideração o elemento de merecimento da pena de tentativa. Assim, a vontade será levada em consideração de forma combinada dirigida a quebra de confiança da comunidade, menoscabando a

²³⁴ Neste sentido: “A teoria subjetiva define tentativa pela *representação* do autor, ações representadas como *executivas* no plano do autor caracterizam tentativa, porque portadoras de vontade hostil ao direito; ações representadas como preparatórias no plano do autor não caracterizam tentativa. É óbvio que a natureza preparatória ou executiva das ações realizadas depende do plano do fato e, portanto, da representação do autor, mas a ausência de parâmetros objetivos para identificar a representação do autor cria problemas insuperáveis: amplia a tentativa punível na direção da tentativa inidônea e reduz o espaço das ações preparatórias, permitindo, por exemplo, a punição da tentativa de aborto com meio ineficaz em mulher não grávida, suficiente para configurar a vontade hostil ao direito contida na representação do autor”. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 213.

²³⁵ MIR PUIG, Santiago. Op. cit, p. 337.

²³⁶ Como influência dos aspectos subjetivos, Muñoz Conde em seu dossiê sobre Edmund Mezger recorda que o autor alemão fez dogmática entre 1933 e 1945, sistematizando e racionalizando sua interpretação e aplicação do Direito Penal positivo, mas visando adaptar às ideias nazistas. Assim, pela via da interpretação teleológica foi admitido sem problemas a analogia como fonte do Direito Penal “conforme o são sentimento do povo alemão” que no fundo representava a vontade do Führer. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo: estudios sobre el Derecho Penal en el nacional-socialismo**. 4 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 389.

segurança jurídica. De outra forma, a punição se lastreia na vontade, mas a punição estaria adstrita a essa perturbação na comunidade. As consequências político-criminais da adoção dessa teoria seriam: a) a adoção de critérios objetivos para a delimitação de atos preparatórios e atos de execução; b) A atenuação facultativa da pena da tentativa segundo sua perturbação social; c) a impunidade da tentativa irreal²³⁷.

Feita essa apresentação sobre as teorias que fundamentam a punibilidade da tentativa, a saber, o início da execução, passar-se-á a análise do artigo 5º da Legislação Antiterror, expondo de forma crítica como a mesma se processa.

3.3 O adiantamento das barreiras punitivas como (i)legítima tendência político-criminal na Lei Antiterror: atuação pela prevenção

Eugenio Raúl Zaffaroni ao trabalhar com a questão “o que fazer com o *terrorismo?*”, alerta que em momentos de crise, sempre há de surgir reformas legislativas penais que são sempre incapazes de promover segurança frente ao inimigo de plantão. Todavia, tais reformulações são sempre aproveitadas desde para eliminar indesejáveis, controlar os excluídos, criar novas fontes de arrecadação ou cobrar proteção²³⁸.

Ainda, o autor retro mencionado leciona que ao se criarem tipos penais de terrorismo, é possível que isso dê origem à impunidade, vez que quase sempre maculam o princípio da legalidade e, conseqüentemente, haveria sua declaração de inconstitucionalidade. Soma-se a isso que todos pretendem incorporar elementos subjetivos²³⁹ de difícil constatação.

A celeuma radica no artigo 5º da Lei 13.260/2016:

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

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

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

²³⁷ MIR PUIG, Santiago. Op. cit, p. 337-338.

²³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 185-186.

²³⁹ Idem, p. 186-187.

I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou
II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

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

Conforme bem adverte Paulo César Busato, o problema que se instaura em relação ao artigo 5º da Lei 13.260/2016 nada diz sobre o núcleo do tipo, podendo significar uma gama de coisas. Portanto, representaria uma verdadeira ausência de técnica legislativa, especialmente pela clara violação ao princípio da legalidade²⁴⁰.

Não se desconhece as recentes produções que advogam em favor do artigo 5º da Lei Antiterror sob a justificativa de que o mesmo seria um instrumento legítimo de evitação de resultados²⁴¹. No entanto, não parece correto coadunar com tal pensamento em virtude da manifesta ausência de técnica legislativa que se faz presente na figura em questão. Adiciona-se a isso de que o Direito Penal apesar de partir do ideal de *exclusiva proteção de bens jurídicos*, quase sempre falha em sua missão. Logo, nada se evita com as incriminações penais, embora as teorias da pena busquem justificar determinados objetivos presentes na construção de figuras delitivas.

Ademais, como bem pontua João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem, o tipo penal previsto no artigo 5º da Lei Antiterror traz uma infinidade de problemas, especialmente no que tange a limitação do que seria o ato preparatório, a violação do princípio da proporcionalidade, especialmente em virtude de o delito de terrorismo tentado previsto no artigo 2º da Lei. Note:

O problema se agrava para se determinar os atos preparatórios, uma vez que os tipos abertos de terrorismo se tornam escancarados. 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 Código Penal (art. 12). Com efeito, a tentativa de qualquer das condutas conjugadas (§ 1.º com o *caput* do art. 2.º) 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

²⁴⁰ BUSATO, Paulo César. Art. 5º. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). Op. cit., p. 89-90.

²⁴¹ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Op. cit.**, p. 315 e ss.

redução pela prática de atos preparatórios é, no máximo, de metade. Tal interpretação, parece ser uma afronta ao princípio da proporcionalidade²⁴².

Ademais, apesar de o artigo 5º se apresentar como verdadeiro adiantamento das barreiras de punição, há quem defenda a necessidade de que o agente cometa uma pluralidade de condutas para que haja o perfazimento da conduta inscrita na norma incriminadora, vez que o tipo em questão aduz “*realizar atos preparatórios*”. Conseqüentemente, nota-se uma dificuldade e uma falta de técnica abissal no referido tipo penal em virtude de um desbordamento dos princípios penais de garantia – mormente o princípio da taxatividade, exclusiva proteção de bens jurídicos e outros – e uma abertura valorativa ainda maior para que se coloque em discussão quais seriam esses atos preparatórios em questão. Adiante, indicar-se-á outra dificuldade radicada no elemento consistente no “*propósito inequívoco de consumir tal delito*”.

No Direito Brasileiro já parece assente a punição de atos preparatórios como se verifica no artigo 288 (quadrilha) e 291 (petrechos para moeda falsa), mas nestes casos se verifica uma obediência ao princípio da legalidade, isto é, tais tipos penais indicam quais são as condutas incriminadas, o que não ocorre no presente caso. É sempre importante que o legislador em sua atividade incriminadora se guie para esquadriñar a conduta da maneira mais certa possível, sempre em ordem de gradação quanto a turbação do bem jurídico, sendo os delitos de lesão os preferíveis, na sequência os delitos de perigo concreto e, por fim, o delito de perigo abstrato. Ainda que se realize a incriminação via delitos de perigo abstrato, não se pode coadunar com a conduta incriminada que esteja baseada somente em juízos valorativos hipotéticos, sem um arcabouço científico. Os delitos de perigo abstrato obedecem a dois pressupostos: aferição do limite dos riscos permitidos e não permitidos e, em um segundo momento, extrai as condutas mais gravosas que caracterizam o conceito de perigo que é passível de delimitação penal. Ocorre que no crime de atos preparatórios de terrorismo, a conduta não obedece a esses pressupostos. No tipo de *atos preparatórios de terrorismo*, a figura está longe de ser clara como bem aduz Paulo César Busato:

²⁴² MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt do. Os atos preparatórios na nova Lei “Antiterrorismo”. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 284, v. 24, 2016, p. 12.

[...] o aparente núcleo do tipo é realizar, que não é capaz de traduzir absolutamente nada desvinculado de seu objeto. Ao ser um verbo transitivo direto, é preciso avaliar que quem realiza deve realizar algo. Esse algo seriam atos preparatórios. No entanto, atos preparatórios é uma expressão que em nada pode esclarecer o conteúdo do núcleo do tipo, por ser ela própria uma expressão que pode traduzir uma multiplicidade de coisas²⁴³.

Por conseguinte, o que está em jogo é a legalidade da norma que não se sustenta já que não faz previsões mínimas de quais são os atos preparatórios. Pode-se questionar que como o artigo 5º, *caput*, possui uma relação de subordinação com o artigo 2º da Lei 13.260/2016, lá estariam os parâmetros dos atos preparatórios. Todavia, não é o que parece. Ocorre que no presente caso, o artigo 5º pune a preparação da preparação, como se vê:

[...] o agente está “fabricando” em sua casa um explosivo (para usar em um ato terrorista). Essa preparação vem antes do “transportar e do trazer consigo” (algo capaz de gerar danos ou promover destruição em massa). Ou seja, aqui estamos de uma preparação da preparação (estando o bem jurídico em posição muito distante). A incidência do direito penal, nesse caso, é muito problemática, como veremos, porque o risco ou a ofensa ao bem jurídico anda é bastante tênue²⁴⁴.

Este é o problema do artigo 5º, *caput*. Ainda, o artigo 5º, §1º indica que incidirá nas mesmas penas aquele que organizar, transportar ou municiar indivíduos que viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade (inciso I) ou fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade (inciso II). Tais incisos também são manifestação de uma “*preparação da preparação*” delitiva, pois, não colocam qualquer bem jurídico em risco.

Ainda, o artigo 5º, §1º, inciso I²⁴⁵ temos as seguintes condutas: a) recrutar: cooptar, aliciar, convocar, convidar ou atrair; b) organizar: estruturar, ordenar e sistematizar; c) transportar: é levar de um lugar para outro; c) municiar: prover e

²⁴³ BUSATO, Paulo César. Art. 5º. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). Op. cit., p. 90.

²⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. Art. 5º. In: ALMEIDA, Débora de Souza de et al. Op. cit., p. 236.

²⁴⁵ Lembrando que a denominada “*Operação Hashtag*” foi o primeiro caso brasileiro em que se incriminou sujeitos na Lei Antiterror e, especialmente no artigo 5º, §1º, inciso I. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/04/politica/1493929233_074812.html. Acesso em 15 de dezembro de 2018. O conteúdo da sentença pode ser acessado: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/Evento-613-SENT1.pdf>. Acesso em 15 de dezembro de 2018.

abastecer. Não se exige qualidade especial do agente no que tange do sujeito nestes casos²⁴⁶.

Já o artigo 5º, §1º, inciso II incrimina as seguintes condutas: a) fornecer: prover, ministrar, entregar, dar, produzir, gerar, colocar à disposição; b) receber: aceitar, acolher, adquirir, alcançar. Treinamento seria a aquisição de competências e habilidades para realizar determinada atividade, pouco importando se o mesmo é real, no sentido de adquirir habilidades para manejo de explosivos, armas de fogo, conteúdo biológico, etc ou apenas teórico por meio de vídeos, aulas e outros.

O artigo 5º, §1º, inciso I e II possuem uma melhor redação, isto é, indicam quais são as condutas incriminadas, mas nem por isso possuem uma coerência sistemática, vez que se trata da “preparação da preparação”, não colocando em perigo qualquer bem jurídico, pois, trata-se condutas genéricas não exigindo que das mesmas se originem resultados de dano ou de perigo a qualquer bem jurídico²⁴⁷. No entanto, o tipo penal de atos preparatório viola, sobretudo, dois princípios penais, a saber, o *princípio da legalidade* e o *princípio da ofensividade*.

A necessidade de construção dos tipos penais de maneira clara e precisa não é novidade. Cesare Beccaria já no século XVIII com sua obra *Dos delitos e das penas* (publicado pela primeira vez em 1764) já tratava da necessidade de clareza²⁴⁸ das leis penais. Esse opúsculo é atemporal, embora siga esquecido – intencionalmente ou não – por parte dos penalistas. De qualquer forma, seu legado é a necessidade de limitar o poder punitivo por meio de uma rede de filtros principiológicos. Destaca-se o

²⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. Art. 5º. In: ALMEIDA, Débora de Souza de et al. Op. cit., p. 235.

²⁴⁷ Décio Franco David e Luiza Borges Terra ao analisarem o artigo 3º da Lei 13.260/2016 (o crime de organização terrorista), já tecem duras críticas ao adiantamento das barreiras de punição: “Ao se criminalizar condutas como integrar, ou o mero colaborar, apura-se inexistir lesão, tampouco colocação em perigo, de um bem jurídico penal. Sendo assim, com a previsão típica do artigo em comento, admitir-se-á no ordenamento jurídico brasileiro figuras que adiantam – ainda mais – as barreiras de imputação, ocorrendo a transformação de atos preparatórios, que eventualmente poderiam ser puníveis, ou ainda formas de participação que talvez nem cheguem a contribuir para a organização, em delitos autônomos”. DAVID, Décio Franco; TERRA, Luiza Borges. Art. 3º. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). Op. cit., p. 90

²⁴⁸ Conforme verifica-se no seguinte excerto: “Se a interpretação das leis é um mal, é evidente que outro mal é a obscuridade que essa interpretação acarreta; e ele será ainda maior se as leis forem escritas numa língua estranha ao povo e que o submeta a dependência de uns poucos, sem que se possa julgar por si mesmo qual seria o êxito da sua liberdade, ou de seus semelhantes, a não ser que uma língua fizesse de um livro solene e público um outro quase privado e doméstico. Que deveremos pensar dos homens, ao ponderar que é esse costume inveterado de boa parte da Europa culta e ilustrada? Quanto maior for o número dos que compreenderem e tiverem entre as mãos o sagrado código das leis, menos frequentes serão os delitos, pois não há dúvida de que a ignorância e a incerteza das penas propiciam a eloquência das paixões”. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 48.

princípio da taxatividade – corolário do princípio da legalidade – como postulado necessário na construção de toda e qualquer norma penal:

O postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme²⁴⁹.

Assim, o que se verifica é uma clara violação ao princípio da legalidade²⁵⁰, pois não se descreve exatamente o que se pretende proibir. E, ainda, acredita-se que há uma nítida violação ao princípio da ofensividade²⁵¹ (o limite material de incriminação) em virtude do tipo penal não colocar qualquer bem jurídico – e.g. vida, integridade física, patrimônio, etc. – em perigo (abstrato ou concreto).

3.4 Incoerência sistêmica: da (im)possibilidade de aplicação da desistência voluntária e arrependimento eficaz no delito de atos preparatórios de terrorismo

A Lei Antiterror faz uma previsão explícita da possibilidade de se aplicar a desistência voluntária e o arrependimento eficaz em seu artigo 10:

²⁴⁹ LUISI, Luiz. Op. cit., p. 22.

²⁵⁰ Sobre a maneira de redação da norma penal, vale a lição de Juarez Tavares: “As fórmulas sintéticas indicam que o legislador não está suficientemente convencido de como irá tipificar determinada conduta, mas assim mesmo, o faz como exercício puro e simples do poder. Como a norma penal é norma de conduta, será preciso que essas fórmulas sintéticas reproduzam exatamente o que se tem em vista com o discurso legislativo, isto é, não deixam dúvidas do que se quis proibir. Assim, só será permitido o seu uso, em último caso e desde que a conduta proibida, em face do conhecimento que dela possui a comunidade, por força da experiência de vida ou da constante e reiterada observação, se mostre como substancialmente clara. Esta exigência, portanto, se destina, em primeiro plano, ao legislador. Ao julgador, cumpre de qualquer modo verificar se no caso concreto, em face dos preceitos referentes aos direitos fundamentais, esta norma traça efetivamente, em relação ao seu contexto, os limites precisos da intervenção estatal, podendo, caso contrário, declarar a sua atipicidade por invalidade”. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 188.

²⁵¹ Recomenda-se: D’Avila, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Art. 10. Mesmo antes de iniciada a execução do crime de terrorismo, na hipótese do art. 5º desta Lei, aplicam-se as disposições do art. 15 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal²⁵².

Antes de adentrar nas críticas ao referido artigo, vale a pena verificar o que são esses dois institutos, as teorias cabíveis²⁵³ e aplicação²⁵⁴. Após transpassar a linha divisória entre atos preparatórios impuníveis e a execução punível, começa-se a possibilidade de punição para o fato concreto. Tal situação já não pode retroceder ou ser anulada perante o mundo. Todavia, por razões de política-criminal, há uma “*ponte de ouro*” para extirpar a pena a ser imposta ao agente²⁵⁵.

A primeira a ser trabalhada²⁵⁶ teoria acerca da desistência é denominada da “*ponte de ouro*” (*teoria político-criminal*) tendo como precursor Feuerbach²⁵⁷ que defendia que a isenção de pena seria um estímulo²⁵⁸ ao autor a abandonar a tentativa antes que haja a consumação do delito²⁵⁹. Érika Mendes de Carvalho adverte que esta teoria já não encontra grande aceitação nos dias atuais, embora parte da doutrina

²⁵² Por sua vez, a redação do artigo 15 do Código Penal é: Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

²⁵³ O trabalho não pretende esgotar todas as teorias acerca da desistência voluntária. Portanto, caso o leitor pretenda conhecer com profundidade a temática, recomenda-se: Vide CARVALHO, Érika Mendes de. **Comportamento postdelictivo y fines de la pena**. Lima: Ara Editores, 2008 p. 84 e ss

²⁵⁴ Para Luiz Regis Prado: “Embora não seja pacífica a doutrina a respeito do tema, a orientação que parece ,aos correta é aquela segundo a qual a desistência voluntária e o arrependimento eficaz têm a natureza jurídica de *causas pessoais de exclusão da punibilidade*, por razões de política criminal (“*ponte de ouro* – teoria político-criminal), visto que a sanção deixaria de ser justificável tanto do ponto de vista da prevenção geral como da prevenção especial. Ou, ainda, porque o agente é merecedor de perdão, da benevolência, pois ao retornar ao abrigo da lei voluntariamente, desfaz a impressão negativa de sua conduta provocou na comunidade (teoria da graça ou prêmio”. PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 9 ed. São Paulo: RT, 2014.

²⁵⁵ Cf. LISZT, Von. **Tratado de Derecho Penal. Tomo III**. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Hijos de Reus, 1917, p. 20.

²⁵⁶ Roxin argumenta que a teoria mais antiga a explicar essa supressão da pena é a *teoria jurídica*, vez que a desistência voluntária excluiria o fato como tal (consistente na tipicidade e antijuricidade que se conhece atualmente), o que ocasionaria um impedimento jurídico da punição. Cf. ROXIN, Claus. Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho Penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n. 3, 2001. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html. Acesso em: 22 de dezembro de 2018.

²⁵⁷ Neste sentido: ROXIN, Claus. Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho Penal. Op. cit.

²⁵⁸ Juarez Cirino adverte que esta teoria recebe algumas críticas: “A crítica apresenta várias objeções: a) a promessa de exclusão da pena não exerceria influência sobre a decisão do autor, e seria desconhecida da população; b) a prática judicial parece indicar que a desistência da tentativa pode ter todos os motivos possíveis, menos suprimir uma pena já efetiva”. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 220.

²⁵⁹ Cf. JESCHEK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 578.

a encampe e a combine com demais critérios para ofertar uma fundamentação plural da impunidade da desistência²⁶⁰.

Uma segunda teoria compreendida como majoritária é chamada *teoria da graça ou prêmio*²⁶¹ entende que se deve premiar a desistência voluntária da tentativa e o Estado renuncia sua pretensão punitiva. Neste sentido, Jescheck-Weigand argumenta que o sujeito que desiste é merecedor de benevolência, pois, o sujeito acaba por anular a impressão perturbadora causada na comunidade²⁶².

Atualmente, há quem sustente a impunidade da resipiscência com base nos *fins da pena*²⁶³. Entre seus defensores, pode-se citar Claus Roxin que afirma que não se sustenta a possibilidade de castigo na desistência voluntária a partir dos fins da pena: nem as necessidades de prevenção geral ou especial, tampouco as retribuições pela culpabilidade exigem um castigo²⁶⁴. Em suas palavras:

[...] é indubitável que a desistência na tentativa não é um problema jurídico-penal, mas um problema especificamente político-criminal. O conceito de voluntariedade, ao qual está vinculado o efeito liberador de pena da desistência, deve ser interpretado normativamente, e através da teoria dos fins da pena. No caso de alguém que erguera o braço para desferir seu golpe mortífero o abaixar, porque, no último instante não encontra a coragem de matar a vítima, não pode ser de interesse para a voluntariedade da desistência a pergunta, empiricamente quase insolúvel, sobre se para o agente era psicologicamente possível prosseguir. Decisivo é, muito mais, que a desistência pareça irracional segundo a perspectiva do ofício criminoso (nach den Maßstäben des Verbrecherhandwerks), e, por isso mesmo, represente uma volta para a legalidade. Se for este o caso, como no meu exemplo, então deve ser afirmada de uma vez a voluntariedade. Porque quilo que o próprio autor reparou antes do advento do resultado não lhe precisa ser retribuído. Uma intimidação geral seria despicienda, e também o fim de segurança e emenda da pena desaparece. Determinante é não a força da pressão sobre a

²⁶⁰ Vide CARVALHO, Érika Mendes de. Op. cit., p. 84 e ss.

²⁶¹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2.^a ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 839 e ss.

²⁶² Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 579.

²⁶³ Interessante a crítica de Pierangeli e Zaffaroni: "...não acreditamos que se deva rechaçar de plano os argumentos daqueles que fundam a desistência e o arrependimento na "ponte de ouro" e no "fim da pena", mas estes podem e devem ser considerados como suportes auxiliares que servem de fundamento à desistência como causa de impunidade. Na realidade, numerosos são os casos em que a desistência cumpre o papel de "ponte de ouro" e em que a pena se manifesta como desnecessária. Essa comprovação fornecerá sempre elementos que reforçarão o fundamento da impunidade da tentativa desistida, mas não poderá constituir, por si mesma, o seu fundamento, posto que são razões de *caráter eventual* e não são necessárias para a mesma". ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. 14-15.

²⁶⁴ ROXIN, Claus. Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho Penal. Op. cit.

motivação psicológica, que leva o autor a desistir, mas a circunstância de que, numa análise global de seu comportamento, permaneceu o desistente no caminho do direito. O paradoxo psicológico com o qual a jurisprudência desde muito se teve de ocupar, qual seja, o de que a voluntariedade da desistência se torne tanto mais difícil, quanto mais fortes as reservas de consciência que afastaram o agente da consumação, é superado e dissolvido pela perspectiva aqui esposada²⁶⁵.

Para que haja uma distinção entre a desistência voluntária, é importante verificar a diferença entre tentativa inacabada e acabada. A primeira é aquela em que o autor não realizou todas atividades necessárias para produzir o resultado. Para isso, é importante que o autor renuncie completamente a realização das condutas futuras, não se caracterizando o instituto caso haja uma pausa ou uma definição de nova data para cometer o delito em questão²⁶⁶. Já na tentativa acabada, as ações realizadas são suficientes para o resultado, cujo êxito depende apenas da normalidade dos fatores causais, sendo imprescindível uma nova ação para evitar o resultado²⁶⁷.

Assim, a desistência voluntária se refere ao sujeito que pretende não prosseguir com seu intento criminoso por sua vontade, não sendo a voluntariedade sinônimo de espontaneidade, portanto, caso um terceiro convença (sem que haja coação) o autor a seguir em seu plano delitivo, há a voluntariedade²⁶⁸. Zaffaroni, Alagia e Slokar relembram a fórmula de Frank para caracterizar a voluntariedade que estaria sintetizada assim: *“não quero ainda que possa e não existe se digo não posso embora eu queira”*²⁶⁹. Aduzem que a motivação em cessar os atos executivos, a saber, a voluntariedade pode ser movida por questões de valores pessoais ou vergonha e, mesmo assim seria um “não posso”, não se podendo dizer que nestes casos não seja voluntária. Em síntese, a desistência voluntária possui duas faces: a) objetiva: o autor deve cessar a execução do fato; b) subjetiva: a desistência deve ser voluntária²⁷⁰.

²⁶⁵ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 75-77.

²⁶⁶ Cf. WESSELS, Johannes. **Direito Penal (aspectos fundamentais)**. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976, p. 142; Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Op. cit.**, p. 221.

²⁶⁷ Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Op. cit.**, p. 221

²⁶⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Op.cit.**, p. 178.

²⁶⁹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Op. cit.**, p. 840.

²⁷⁰ Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Op. cit.**, p. 212

Já o arrependimento eficaz será aquele em que o autor praticou todos os atos de execução, mas inicia um novo curso causal eficaz apto a evitar o resultado. Vale citar o exemplo de Cláudio Brandão:

É o caso, por exemplo, do filho que, para matar o pai e ficar com a herança, coloca veneno em sua comida; se, após o pai fazer a refeição, o filho ministra o antídoto e evita a morte, houve a figura do arrependimento eficaz e, com isto, afasta-se a tentativa do crime de homicídio²⁷¹.

O legislador penal da Lei Antiterror criou uma situação *sui generis* ao permitir a desistência voluntária e o arrependimento eficaz para com o crime de atos preparatórios de terrorismo. O leitor já atento imediatamente vai perceber que há uma incongruência dogmática gravíssima, já que para a aplicação da desistência voluntária requer o início da execução para a sua aplicação e o arrependimento eficaz – a resipiscência – existe que o sujeito atue eficazmente para afastar a lesão ao bem jurídico violado. Todavia, percebe-se que o legislador em seu artigo 5º da Lei Antiterror descreveu a conduta típica como “realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito”. Assim, há que se verificar algumas situações.

O legislador da Lei Antiterror adiantou a barreira de punição para os atos preparatórios, conseqüentemente, há o impedimento da aplicação deste instituto. Paulo César Busato argumenta que se o artigo 5º se trata da prática de atos preparatórios, surgem duas possibilidades: a primeira seria a interpretação literal e assim se exigiria que o autor praticasse mais de um ato para que haja sua configuração ou, de outro modo, bastaria a prática de um único ato preparatório (o que parece ser o sentido da norma). Caso haja a adesão a primeira corrente a cessação poderia se dar entre o primeiro e o segundo ato, mas se permitiria, ao mesmo tempo, que o fracionamento dos atos entre vários distintos e sucessivos contribuintes para o ato terrorista restassem todos eles impunes. De outro giro, na segunda hipótese, bastando um único ato preparatório, a conduta não seria passível de fragmentação e, como tal, de tentativa, tendo como consequência da impossibilidade de fatiar o *iter criminis* que não haveria que se falar em tentativa e,

²⁷¹ BRANDÃO, Cláudio. **Op.cit.**, p. 178.

por conseguinte, a impossibilidade da aplicação da desistência voluntária e do arrependimento eficaz²⁷². Ainda, vale acrescentar o que segue:

[...] poder-se-ia pretender que atos que não se relacionam de modo algum com o terrorismo pudessem ser considerados atos de execução dos atos preparatórios de terrorismo. Assim, por exemplo, àquele que fosse adquirir os componentes elétricos para a montagem de um detonador (ato preparatório de crime de terrorismo), teria, por exemplo, que sacar dinheiro de um caixa eletrônico para a compra, tomar o ônibus que vai para a rua em que fica a loja de material eletrônico e pegar uma senha de atendimento na loja. Poderia, neste caso, interromper a realização de qualquer destes atos (que nada tem a ver com terrorismo) repentinamente desistindo de realizar a aquisição²⁷³.

Portanto, mostra-se uma incongruência tal previsão, já que por questões dogmáticas, restaria impossível a aplicação do instituto. Parece que por razões de política-criminal – ou de forma ingênua – o legislador pretendeu dar um estímulo àquele que se lança para condutas tidas como terroristas, mas se esquece que a má redação do artigo 5º acaba por fadar ao fracasso a aplicação do instituto.

²⁷² BUSATO, Paulo César. Art. 10º. *In*: BUSATO, Paulo César (Coord.). Op. cit., p. 119.

²⁷³ *Idem*, p. 119.

Conclusão

Com o término do trabalho, pode-se chegar a algumas conclusões dentro do tema proposto. A primeira se refere ao fato de que o Estado de Direito corre risco, pois, a sua forma de atuar frente ao terrorismo é manifestamente excepcional. Isto é, o Estado que possuía matiz democrática agora assume contornos de Estado de Exceção conferindo tratamento de Direito Penal do Inimigo ao terrorista. Isto é, se o sujeito não oferta segurança cognitiva, legitima-se que haja uma atuação estatal desbordada de qualquer regra geral.

O que preocupa é que o Direito Penal que se orienta por um prevencionismo e procura punir muito mais o sujeito pelo o que ele é e representa do que por uma conduta eventualmente praticada recrudesça o Direito Penal do autor em detrimento do Direito Penal do fato. São as lesões aos bens jurídicos que demandam atenção do Direito Penal, no entanto, é inegável que está ocorrendo um distanciamento deste ideal.

Soma-se a isso que no caso brasileiro a Doutrina da Segurança Nacional ao contrário do que afirmam, não findou com o término do regime ditatorial pátrio, a saber, não houve uma varredura da doutrina do ordenamento jurídico, pois, a mesma é apta a pertencer ao imaginário jurídico de que se deve proteger a segurança e atuar para sua concretização. Assim, o espectro da Segurança Nacional se encontra latente nas incriminações que estão sendo produzidas.

O poder punitivo deve ser controlado, sob pena de um retrocesso jurídico. Todavia, o que chamou a atenção é que a norma que outrora foi utilizada para limitar o poder estatal, agora é instrumentalizada com o fito de capilarizar os tentáculos punitivos. Sendo assim, o que preocupa agora a ciência criminal é a atividade legislativa sendo conduzida de modo fabril. Há tempos o Estado entendeu que tudo é possível quando se possui o selo de legalidade. Ainda que após as atrocidades cometidas pelo nacional-socialismo a comunidade jurídica tenha se debruçado para transcender esse positivismo ortodoxo, as produções legislativas seguem subrepticamente expandindo as incriminações, a redução de garantias mínimas e, conseqüentemente, recrudescendo o encarceramento em massa.

Quanto ao conceito de terrorismo propriamente dito, apresentou-se que o terrorismo consiste na prática de crimes comuns, cujo os bens jurídicos são

instrumentalizados para conseguir um fim pretendido pelo agente. No caso pátrio, foi exposto que o terrorismo elegeu uma motivação que fornece contornos de crimes de ódio, vez que o autor do delito atuará em virtude de um preconceito seu para com a característica que a vítima ostente. Soma-se a isso que o crime de terrorismo brasileiro é pluriofensivo, violando bens jurídicos individuais e coletivos. Assim, a *ratio* incriminadora do terrorismo reside no fato das condutas terroristas instrumentalizarem bens jurídicos diversos com o fito de provocar terror, daí a razão pela qual se mostra necessário a tipificação do delito em questão de maneira autônoma.

Outro aspecto que foi analisado é que o crime de terrorismo brasileiro pode ser caracterizado como um crime de ódio ao estabelecer que o delito deve ser cometido por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião já que deve ocorrer uma aversão do autor para com a vítima para que o leve a perpetração dos delitos em comento, o que dá tons muito peculiares ao crime de terrorismo brasileiro.

Outrossim, levantou-se a hipótese de o terrorismo ser um crime autenticamente internacional e, conseqüentemente, estando submetido às regras do Tribunal Penal Internacional. Concluiu-se que no momento o que se tem é que o mesmo é um crime transnacional, obrigando os Estados na repressão desta conduta delitativa, mas não há até o momento a sinalização de que este fenômeno passará aos domínios do Direito Penal Internacional.

Quanto aos atos preparatórios de terrorismo na Lei Antiterror, apresentou-se que o mesmo possui graves inadequações dogmáticas, especialmente a violação ao princípio da legalidade e da ofensividade por não apresentar uma redação clara ou um mínimo grau possível de lesão a qualquer bem jurídico. O que ficou patente na pesquisa é que a falta de técnica da redação típica pode conduzir a um alargamento punitivo ou inviabilizar a o enquadramento de uma conduta naquele dispositivo, já que o crime previsto no artigo 5º possui uma relação de subordinação para com o artigo 2º da Lei 13.260/2016.

Todavia, como já dito, o poder punitivo estatal sabe que tudo é possível quando se possui o selo de legalidade. Logo, o que se revela como uma figura típica risível, na verdade, pode ser uma cartada legislativa certa, a saber, permitir uma figura volúvel para que se incrimine a situação e a pessoa ao alvedrio do intérprete. A busca desenfreada pela instalação de uma segurança social que possui terreno fértil em uma

sociedade marcada pelo medo diário possui seu preço, afinal, chegará o momento em que tudo poderá ser delito com tipos penais vagos que se recusam a obedecer ao princípio da taxatividade.

Ainda, mostrou-se que o instituto da desistência voluntária e do arrependimento eficaz ficam prejudicados em relação ao delito de atos preparatórios de terrorismo, pois, os mesmos requerem que o sujeito ingresse na execução para a sua aplicabilidade e, como exposto, os atos preparatórios antecedem o início da execução. Para tanto, foi apresentada a distinção entre a tentativa acabada e inacabada, visando conceituar cada um dos institutos em espécie.

Finalmente, a pesquisa foi feita com base em uma revisão bibliográfica nacional e estrangeira, especialmente a espanhola, com vistas a atingir um panorama geral do fenômeno e, sobretudo, objetivando uma análise minuciosa do crime de terrorismo e de atos preparatórios junto a Lei 13.260/2016.

Referências

- ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. **Direito Penal e Constituição: uma leitura do Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALBRECHT, Diego Alan Schöfer. **Crimes de perigo concreto: critérios de accertamento e fundamentos materiais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- ALMEIDA, Débora de Souza; ARAÚJO, Fábio Roque. Art. 2º. *In*: ALMEIDA, Débora de Souza de et al. **Terrorismo: comentários, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016 e aspectos criminológicos e político-criminais**. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ALMEIDA, Sara Alexandra de Carvalho. **Os bastidores dos crimes de ódio: dimensões sociais e identitárias**. 94 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Minho, Braga, 2013.
- AMBOS, Kai. Creatividad judicial en el tribunal especial para el Líbano: ¿Es el Terrorismo un crimen internacional? **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, 3ª época, nº. 7 (enero de 2012)
- _____. **Derecho Penal del enemigo**. *In*: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. V. 1. Buenos Aires: B de F, 2006.
- _____. Os terroristas também têm direitos: Bin Laden não devia ter sido executado – nem mesmo em um conflito armado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 223, v. 19, junho, 2011.
- _____; ALKATOUT, Josef. A Justiça foi feita? A legalidade da morte de Bin Laden sob o Direito Internacional. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 8, set.-dez., 2011.
- _____. **Terrorismo y ley**. Lima: Comissão Andina de Juristas, 1989.
- ASÚA BATARRITA, Adela. Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental. *In*: ECHANO BASALDÚA, Juan I. (Coord.). **Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón**. Bilbao: Universidad de Deusto.
- _____. El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, "finalidades terroristas", y conductas Periféricas. *In*: CANCIO MELIÁ,

Manuel; DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. V. 1. Buenos Aires: B de F, 2006.

AMBOS, Kai; TIMMERMANN, Anina. Terrorismo y Derecho Internacional Consuetudinario. *In*: AMBOS, Kai; MALARINO Ezequiel; STEINER, Christian. **Terrorismo y Derecho Penal**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015.

AUGIMERI DE GOES LIMA, Thadeu. Neoconstitucionalismo: um breve panorama. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 22, p. 156, ago. 2015. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/406>>.

BADARÓ, Tatiana. Criminalização do discurso de ódio e liberdade de expressão: uma análise do art. 20 da lei 7.716/89 sob a perspectiva da teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 145, v. 26, 2018.

BAKER, Milena Gordon. Reflexões sobre o “*hate speech*” (*discurso de ódio*). **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, n. 236, julho, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o estado democrático de direito. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 9, v. 2, 2003.

BATISTA, Nilo. A violência do Estado e os aparelhos policiais. **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, ano 2.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2008

_____. **Tempos líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BICUDO, Hélio. **Segurança Nacional ou Submissão**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Teoria geral do delito**. São Paulo: RT, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal: parte geral**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BORNIA, Josiane Pilau. **Discriminação, preconceito e Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2 ed. São Paulo: RT, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Da tentativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37 n. 147 jul./set, 2000.

BRASILEIRO, Renato. **Legislação criminal especial comentada**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BRITO, Alexis Couto de. Movimentos sociais e a segurança nacional. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 254, v. 22, 2014.

_____. **Direito Penal. Parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015

_____. O preso como inimigo: a destruição do outro pela supressão da existência comunicativa. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio/ago., 2012.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. In-seguridad y lucha contra el terrorismo. *In*: LOSANO, Mario G; MUÑOZ CONDE, Francisco. **El Derecho ante la globalización y el terrorismo**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

CALLEGARI, André Luís et al. **O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à lei de terrorismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. Terrorismo: uma aproximação conceitual. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, Volumen XXXV, número 98, enero-junio, 2014.

CÁMARA ARROYO, Sergio. Delitos de ódio: concepto y crítica: ¿límite legítimo a la libertad de expresión? (1). La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário, **Las Rozas**, n. 130, v. 15, 2018.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico**. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMBI, Eduardo; AMBROSIO, Felipe Augusto Ambrosio. Lei Antiterror Brasileira (Lei 13.260/2016): ameaça à democracia e aos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 130, abr., 2017.

_____. Ameaça aos Direitos Fundamentais e à Democracia: a Lei Antiterror do Brasil. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, Joaçaba, v. 18, n. 1, jan./abr. 2017

CANCIO MELIÁ, Manuel. Internacionalização do Direito Penal e da política criminal: algumas reflexões sobre a luta jurídico-penal contra o terrorismo. **Panóptica**, v. 4, n. 3.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Érika Mendes de. **Comportamento postdelictivo y fines de la pena**. Lima: Ara Editores, 2008.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Medo do crime: uma abordagem a partir das estratégias preventivistas. *In*: PALITOT BRAGA, Romuldo Rhemo; ÁVILA, Gustavo Noronha. **Direito Penal, processo penal e criminologia**. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2018.

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

CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte. **Revista DIREITO GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, 2010.

CHOMSKY, Noam. **Mídia, terrorismo e (des)informação**. *Revista Famecos*, Porto Alegre, n. 22, dez., 2003.

COGAN, Arthur. **Crimes contra a segurança nacional**. São Paulo: RT, 1976.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo causal**. 4 ed. São Paulo: RT, 2007.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

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

D'Avila, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

DIETER, Mauricio Stegemann. Terrorismo: reflexões a partir da criminologia crítica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 75, nov.-dez., 2008.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. **Derecho Penal Español: parte general en esquemas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

DINIZ, Débora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 114, maio-jun., v. 23, 2015.

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

DELMAS-MARTY, Mireille. A aposta planetária. **Margem, Dossiê: Norma e Diferenças**, São Paulo, n. 4, dez., 1995.

_____. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre o universalismo e o relativismo de valores? *In*: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Barueri: Manole, 2004

_____. **Os grandes sistemas de política criminal**. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004

DOTTI, Rene Ariel. **Terrorismo e devido processo legal**. *CEJ*, Brasília, n. 18, 2002.

FARIA COSTA, José. **O perigo em Direito Penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FARRÉ TREPAT, Elena. **La tentativa del delito: doctrina y jurisprudência**. Barcelona: Bosch, 1986.

_____. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho Penal. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.**, Puebla, n. 19, 2007.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7 ed. São Paulo: RT, 2011.

FUZIGER, Rodrigo. As margens de estígio: o direito penal e a limitação dos crimes de ódio relacionados à religião. *In*: BADARÓ, Gustavo (Org.). **Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal – Volume V – Leis penais especiais II**. São Paulo: RT, 2015.

GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe. Breve análisis sobre la tentativa. **Revista Michoacana de Derecho Penal, Morelia**, n. 45-46, 2005.

GUILHERME, Vera Maria; ÁVILA, Gustavo Noronha de. "Abolicionismo penal e liberdade: reflexões em tempos de necessidade de (auto)crítica acadêmica. *In*: PALITOT BRAGA, Romuldo Rhemo; ÁVILA, Gustavo Noronha; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Criminologia e Política Criminal I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L. y Antonio FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (2008): «Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo», **Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico**, Valencia, n. 3.

GRACIA MARTIN, Luis. **O horizonte do finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUILHERME, Vera Maria; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Abolicionismos penais**. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

HERINGER JUNIOR, Bruno. "Nada pessoal": multiculturalismo e crimes de ódio na experiência estadunidense". **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 69, v. 17, 2018.

JAKOBS, Gunther. Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. *In*: JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2 ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006, p. 34.

_____. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. Luiz Moreira e Eugenio Paccelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigência de la norma?**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004b

_____. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

_____. Sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo. *In*: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoas no Direito? **Novos Estudos**, São Paulo, n. 83, 2009.

JESCHEK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de Derecho Penal: la ley y el delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

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

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Conceito de delito à luz da Constituição Federal de 1988. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 11, p. 18-20, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em:

<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/140/140>>.

_____. **Terrorismo: Direito Penal Constitucional e os limites de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2017

LAMARCA PEREZ, Carmen. Sobre el concepto de terrorismo (a proposito del caso Amedo). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, tomo 46, 1993.

LISZT, Von. **Tratado de Derecho Penal. Tomo III**. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Hijos de Reus, 1917.

LLOBET ANGLÍ, Mariona. **Terrorismo y “guerra” contra el terror: limites de su punición en um Estado Democrático**. 2008. Tesis (Tesi Doctoral) – Department de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

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

MAGALHÃES, Marcus Abreu; SYDOW, Spencer Toth. **Ciberterrorismo: a nova era da criminalidade**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2018.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal parte general: formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho**. Actualizado por Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf. Trad. Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt do. Os atos preparatórios na nova Lei “Antiterrorismo”. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 284, v. 24, 2016.

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

MENDOZA BUERGO, Blanca. El delito ecológico: configuración típica, estructuras y modelos de tipificación. *In*: JORGE BARREIRO, Agustín. **Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español**. Granada: Comares, 2005.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid, 1935.

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

_____. *Derecho penal parte general*. 7 ed. Barcelona: Reppertor, 2005

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal do inimigo**. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo: estudios sobre el Derecho Penal en el nacional-socialismo**. 4 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: comentários à Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013**. São Paulo: RT, 2013.

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

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

PASCUAL, Alejandra Leonor. **Terrorismo de Estado: a Argentina de 1976 a 1983**. Brasília: UNB, 2004.

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

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições do Direito Penal do Inimigo**. Trad. Eduardo Saad-Diniz, Gustavo Carvalho Marin e Camilla Salles. São Paulo: LiberArs, 2014.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 9 ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. **Direito Penal do Ambiente**. 4 ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. Bem jurídico-penal e constituição. 4 ed. São Paulo: RT.

_____; CARVALHO, Érika Mendes de. Delito Político e terrorismo: uma aproximação conceitual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 990, abr., 2018, p. 414.

_____; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de direito penal brasileiro. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRATES, Francisco de Castilho. **As fronteiras da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam**. 346f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

_____. Sobre a compreensão e a justificação dos crimes de ódio contra a vida (hate crimes) no direito brasileiro: reflexões a partir do debate estadunidense. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 141, v. 26, 2018.

RODRIGUES, Thiago. Guerra e Terror. *In*: CASTELO BRANCO, Guilherme (Org.). **Terrorismo de Estado**. 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

ROMEO CASABONA, Carlos María. **Los delitos contra la vida y la integridade personal y los relativos a la manipulación genética**. Comares: Granada, 2004.

ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Legislação criminal para concursos**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho Penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n. 3, 2001. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Inimigo e pessoa no Direito Penal**. São Paulo: LiberArs, 2012.

- SALES, Sheila Jorge Selim de. Dos tipos penais pseudo-plurissubjetivos: ensaio de uma classificação que se faz em relação aos sujeitos secundários do tipo. **Revista da Associação Mineira do Ministério Público**, São Paulo, v. 7, p. 36.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal. Parte geral**. 2 ed. Florianópolis: Conceito, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: RT, 2013.
- SATO, Catherine Ruriko. **Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa: limites da antecipação da tutela penal**. 223f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- SERRANO-PIEDecasas, José Ramón. Fundamento da punibilidade da tentativa. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, n. 0, v. 1, 2004.
- SCHERER, Sebastian. Terror. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 1, jan.abr.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Criminologia e alteridade: o problema da criminalização dos movimentos sociais no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 29, v. 8, 2008
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2 ed. São Paulo: RT, 2011.
- SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do racismo: aspecto jurídico e sociocriminológicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SILVEIRA, Renato Mello Jorge. A busca da legitimidade dos crimes de perigo abstrato no Direito Penal Econômico. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, n. 238, p. 6-7, set. 2012
- _____. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: RT, 2006.
- _____. **Direito Penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: RT, 2003.
- SIMON, Jonathan. **Governing through crime: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear**. New York: Oxford, 2007.

SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de. **Crimes de ódio: racismo, feminicídio e homofobia**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000

_____. **Bien jurídico y función en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. **O estado de exceção a partir da obra de Giorgio Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2015.

TELES, Edson. Entre justiça e violência: estado de exceção nas democracias do Brasil e da África do Sul. *In*: SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson. **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010.

TERRADILOS BASOCO, Juan M^a. Peligro abstracto y garantías penales. *In*: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Cord.). **El nuevo Derecho Penal Español: estudios penales em memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz**. Pamplona: Aranzadi, 2001.

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

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

WALDMANN, Peter. Terrorismo: concepto, estrategia y alcance. **Cuadernos de derecho judicial**, n. 9, 1998.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Trad. Juan Bustos Ramírez. 11 ed. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1970.

WERLE, Gerhard. **Tratado de Derecho Penal Internacional**. Trad. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Mlxofobia: a construção dos imigrantes ilegais como “sujeitos de risco” e o tratamento jurídico-penal da imigração irregular na União Europeia como retrocesso rumo a um modelo de Direito Penal de autor. *In*: CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal e Globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal (aspectos fundamentais)**. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

WILKINSON, Paul. **Terrorismo político**. Trad. Jorge Arnaldo Fortes. São Cristóvão: Artenova, 1974.

ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. **Direito Penal brasileiro. Segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa: doutrina e jurisprudência**. 6 ed. São Paulo: RT, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El crimen de Estado como objeto de la criminología. *In*: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; GONZÁLEZ MARISCAL, Olga Islas (Coord.). **Panorama internacional sobre justicia penal: política criminal, derecho penal y criminología**. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZILLI, Marcos. O terrorismo como causa, o horror como consequência e a liberdade como vítima. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos. **Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo**. São Paulo: Fórum, 2014.