

A Lei Antiterrorismo Brasileira (Lei nº 13.260/2016) e a Escalada do Discurso Penal do Inimigo

The Brazilian Antiterrorism law (13.260/2016) and the Escalation of the Enemy's Penal Discourse

Tiago Apolônio Pereira^a; Volnei Rosalen^{*b}

^aFaculdade União Bandeirante/Anhanguera, Curso de Direito, SC, Brasil.

^bUniversidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, SC, Brasil;

*E-mail: volneirosalen77@gmail.com

Resumo

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLIII, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a previsão constitucional de criminalização dos atos de terrorismo, motivo pelo qual foi publicada a Lei nº 13.260/2016. O referido texto legal constitui um degrau novo e relevante na ampliação de um “Discurso” Penal do Inimigo no ordenamento brasileiro. Este artigo objetiva verificar a presença do Direito Penal do inimigo na Lei nº 13.260/2016 – Lei Antiterrorismo, e até que ponto é possível afirmar que essa fortalece a perspectiva político-teórica de que há na sociedade um tipo de indivíduo a merecer a designação e o tratamento de *inimigo*, inclusive pelo sistema penal. O método de abordagem é o dedutivo, com trabalho de revisão bibliográfica a partir de autores que sustentam e/ou criticam a Teoria do Direito Penal do Inimigo e apresentação geral das Teorias das Penas e da Teoria do Direito Penal do Inimigo, seguida da análise da presença de tais elementos na Lei nº 13.260/2016. Sua conclusão geral é que, embora seja possível discutir a existência ou não de elementos do Direito Penal do Inimigo na Lei nº 13.260, tal lei potencializa um “discurso” penal do inimigo que tende a se expandir na sociedade e na legislação.

Palavras-chave: Teorias do Crime. Direito Penal do Inimigo. Discurso Penal do Inimigo.

Abstract

The Federal Constitution of 1988, in its article 5th., XLIII inserted in the Brazilian legal order the constitutional forethought of the terrorism acts criminalization, reason why the act number 13. 260/2016 was published. Such legal text makes a new and relevant step at enlargement on one Criminal “Speech” of the enemy on the Brazilian legal order. This paper aims to check the presence of the Criminal Law of the enemy at Act 13.260/2016 – Anti-Terrorism Law, and how far it is possible to claim that it strengthens the political-theoretical perspective that there is in society a type of individual deserving the enemy designation and treatment, including by the criminal system. The approach method is deductive, with literature review from the scholars who advocate and/or criticize the theory of enemy’s criminal law and presentation of the theories of penalties and the Theory of Criminal Law of the enemy, followed by the review of the presence of such elements in Law 13.260. Its general conclusion is that, though it is possible to discuss the existence or not of elements of enemy’s criminal law in the Act 13.260, such law increases an enemy’s criminal “discourse” which tends to expand in the society and legislation.

Keywords: Theories of Crime. Criminal Law of the Enemy. Criminal Speech of the Enemy.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLIII, trouxe consigo a previsão de criminalização constitucional do terrorismo. Após quase trinta anos da promulgação da Carta Magna, em 2016, no contexto da realização das Olimpíadas no Brasil, foi publicada a Lei nº 13.260/2016, a qual define terrorismo e traz disposições penais e processuais acerca dos atos considerados como *terrorismo*.

Na nova legislação, a vagueza das definições trazidas pelo texto legal, a previsão de tipos penais abertos, a previsão de punição de atos preparatórios descritos, em grande quantidade, são indicadores da presença de elementos característicos do que teoricamente é conhecido como *Direito Penal do inimigo*, na conformação teórica construída com base no funcionalismo sistêmico por Günter Jakobs.

A problematização do presente artigo é balizada pela seguinte questão: a Teoria do Direito Penal do Inimigo está presente e/ou é inserida nos elementos dogmático-normativos

da Lei nº. 13.260/2016? Em que medida isso pode representar o aumento da presença desses elementos no ordenamento e no discurso jurídico penal brasileiro?

Por conta de se tratar de legislação recente e de aplicação ainda limitada se propõe averiguar em abstrato se a Teoria do Direito Penal do Inimigo, em tese não adotada pela legislação penal pátria, foi ou não inserida na Lei nº. 13.260/2016.

Por fim, há também o objetivo de problematizar, em que medida uma eventual inserção da Teoria do Direito Penal do Inimigo na Lei nº 13.260/2016 – Lei do Terrorismo pode reforçar elementos de um *discurso* penal do inimigo no contexto do debate político-criminológico brasileiro.

2 Desenvolvimento

2.1 Panorâmica das Teorias do Crime

Conforme a doutrina de Cezar Bitencourt, o Direito Penal se apresenta, por um lado, como um conjunto de normas jurídicas que objetiva determinar as infrações de natureza

penal e suas sanções correspondentes, ou seja, as penas e medidas de segurança. Por outro lado, apresenta-se como um conjunto de valorações e de princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais (BITENCOURT, 2015). De acordo com o autor:

Esse conjunto de normas [Direito Penal], valorações e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça. Com esse sentido, recebe também a denominação de Ciência Penal, desempenhando igualmente uma função criadora, liberando-se das amarras do texto legal ou da dita vontade estática do legislador, assumindo seu verdadeiro papel, reconhecidamente valorativo e essencialmente crítico, no contexto da modernidade jurídica (BITENCOURT, 2015, p.19).

Assim, para Bitencourt (2015), o Direito Penal ao regular as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade funciona como meio de controle social exercido mediante o monopólio do Estado, por intermédio da *persecutio criminis*, a qual somente pode ser legitimamente desempenhada de acordo com normas preestabelecidas e concebidas em um sistema democrático.

Em sentido semelhante, Cunha (2016, p.34) explica que:

A manutenção da paz social, que propicia a regular convivência humana em sociedade, demanda a existência de normas destinadas a estabelecer diretrizes que, impostas aos indivíduos, determinam ou proíbem determinadas comportamentos. [...] Nessa tarefa (controle social) atuam vários ramos do Direito, cada qual com sua medida sancionadora capazes de inibir novos atos contrários à ordem social. Todavia, temos condutas que, por atentarem (de forma relevante e intolerável) contra bens jurídicos especialmente tutelados, determinam reação mais severa por parte do Estado, que passa a cominar sanções de caráter penal, regradas pelo Direito Penal.

Dada a importância do Direito Penal como meio de controle social, surgiram teorias a respeito do crime, ou ainda, como mencionado por alguns doutrinadores – sistemas penais -, os quais podem ser definidos como: “[...] conjunto de elementos, cuja interação, segundo determinadas teorias e por meio de um conjunto de normas (princípios e regras), forma o conceito analítico de crime” (ESTEFAM, 2018, p.208).

Das teorias do crime, ou sistemas penais, são destacadas a Teoria Clássica, também chamada de teoria causal naturalista, a Neokantista, conhecida como neoclássica, a Finalista, bem como as Teorias do Funcionalismo Sistemático e Teleológico.

Segundo Estefam (2018, p.207):

Nossos penalistas, de regra, compartimentam as diferentes concepções sobre a teoria geral do delito em ‘teorias penais’, das quais se destacam a ‘teoria clássica’, a ‘neoclássica’, a ‘finalista’ e a ‘funcionalista’. De ver, contudo, que não se trata de uma teoria, mas de um conjunto delas, organizadas de maneira sistemática; por esse motivo, parece-nos mais adequado falar em ‘sistemas penais’ (clássico neoclássico etc.). A introdução do pensamento sistemático, no final do século XIX, trouxe, sem dúvida, enormes avanços à doutrina do crime.

Levando-se em conta a importância das teorias do crime para a compreensão do tema atinente ao Direito Penal do

Inimigo e sua utilização ampliada, passar-se-á a discorrer a respeito dos núcleos teóricos das principais teorias do crime.

2.1.1 Teoria Clássica

A Teoria Clássica também conhecida como naturalista ou causal surgiu no século XIX, e teve como seu grande defensor Franz Von Litz. Caracterizou-se por um grande apego à letra da lei, ou seja, aliou-se ao positivismo jurídico que se espalhava nos ordenamentos jurídicos após o fim do Absolutismo Monárquico, haja vista que a sociedade havia vivenciado uma espécie de trauma cometido pelos abusos e arbitrariedades por parte do Estado (CAPEZ, 2011).

Sobre o assunto, relata Cunha (2016, p.176):

A teoria causalista (ou teoria causal naturalista, teoria clássica, teoria naturalística ou teoria mecanicista), idealizada por Franz von Liszt, Ernst von Beling e Gustav Radbruch, surge no início do século XIX e faz parte de um panorama científico marcado pelos ideais positivistas que, no âmbito científico, representavam a valorização do método empregado pelas ciências naturais, reinando as leis da causalidade (relação de causa-efeito).

Por conta da formação de um Estado formal e positivista, não havia campo para interpretação das leis, as quais deveriam ser cumpridas e não discutidas. Como ensina Fernando Capez (2011, p. 92), para a Teoria Clássica, o “crime é aquilo que o legislador diz sê-lo e ponto final. Se tem ou não conteúdo de crime, não interessa. O que importa é o que está na lei”. Em sentido semelhante, Masson (2017, p.150) afirma que tal teoria:

Conferiu tratamento exageradamente formal ao comportamento humano definido como delituoso, de forma que a conduta seria um mero movimento corporal que produz uma modificação no mundo exterior. A conduta, portanto, era meramente objetiva, vinculada ao resultado pela relação de causalidade. Pretendeu aplicar ao direito os mesmos métodos de observação e investigação que eram utilizados nas ciências experimentais, o que rapidamente se percebeu inaplicável no tocante a algo tão circunstancial como a norma jurídica.

Nesse sentido, a teoria causalista ao tratar a conduta de maneira meramente objetiva aponta que o crime contém dois aspectos, um objetivo composto de fato típico e antijurídico e outro subjetivo o qual integrava a culpabilidade (ESTEFAM, 2018).

Entende-se que o fato típico era composto por ação e tipicidade, ou seja, a subsunção formal da ação concreta com aquilo que estava descrito na lei. Em determinados delitos se agregava também o resultado, como nos casos de crimes materiais.

No que toca ao fato típico, está intrinsecamente presumida sua antijuricidade, resguardadas as excludentes de ilicitude. No entanto, para configurar uma causa justificante do delito bastava somente possuir o requisito objetivo, sendo que o elemento subjetivo pouco importava. Então, mesmo aquele que desconhecendo totalmente uma injusta agressão contra si ou a terceiro a repelisse, estaria atuando em legítima defesa (ESTEFAM, 2018).

Quanto à culpabilidade, esta era compreendida como o vínculo subjetivo, emocional, psicológico, ou seja, era o fator que ligava o agente ao fato por dolo ou culpa e nesta terceira fase que se averiguava a imputabilidade do agente, entendida como a capacidade de ser culpável ou não (ESTEFAM, 2018).

2.1.2 Teoria Neokantista

A corrente Neokantista, também conhecida como neoclássica, surgiu logo após a teoria clássica no fim do Século XIX e seus idealizadores são Reinhard Frank e Edmund Mezger.

O pensamento Neoclássico diverge da Teoria Clássica em alguns pontos, haja vista que esta tinha inspiração voltada ao positivismo de Augusto Comte, enquanto os neoclássicos estavam fortemente influenciados pelo Neokantismo e pela filosofia de valores (ESTEFAM, 2018).

Para Cunha (2016, p.181):

Estas ideias [advindas da Teoria Clássica] são objeto de uma forte crítica por parte do neokantismo. Pergunta-se se é possível apreciar toda a realidade com ajuda do método das ciências naturais. A resposta é negativa, porque as ciências naturais somente permitem explicar parcialmente a realidade: aquilo que igualmente se repete. Todavia, não explicam os traços que fazem relevantes um objeto em sua individualidade. Por esse motivo, junto às ciências científico-naturais, devem existir outras: as ciências do espírito, conceito que compreende as ciências da cultura, e entre elas, o direito. Essas ciências confrontam os dados da realidade com os valores da comunidade. No direito existiria uma referência permanente ao mundo dos valores, já que se recorre ao valor Justiça. Isto marca as diferenças entre as ciências do ser (naturais e exatas) e do dever ser (cultura, direito).

O neokantismo, diferentemente do sistema clássico, procurou dar fundamento autônomo às Ciências Humanas. Para esse, a peculiaridade das Ciências Humanas reside em que a realidade deve ser referida com base nos valores supremos de cada ciência (ESTEFAM, 2018).

No que se refere à estrutura do crime, a teoria Neokantista não altera a estrutura do conceito analítico de crime, compreendendo-o, também, como fato típico, antijurídico e culpável. A conduta permanece como elemento do fato típico, porém mais abrangente, aparecendo não como ação, mas comportamento, englobando a omissão. Também se deve a esta teoria a admissibilidade de valoração na tipicidade, motivo pelo qual os tipos penais compostos de elementos não objetivos não são mais vistos como anormais (CUNHA, 2016).

Sendo assim, a Teoria Neoclássica introduziu a ideia de graduar o injusto penal de acordo com a gravidade da lesão produzida, trazendo um significado social para a conduta, rechaçando o pensamento de que a conduta era apenas um movimento corporal (MASSON, 2017).

No entanto, a grande inovação do Neokantismo ocorreu no campo da culpabilidade, transportando consigo a noção de reprovabilidade do ato. Então, seguindo este pensamento, ao agente somente poderia ser imputado pena caso este podendo

agir de outro modo escolhesse cometer o crime (ESTEFAM, 2018).

Assim, por exemplo, aquele que age sob coação moral irresistível, pratica um fato típico e antijurídico, mas desprovido de culpabilidade (a despeito de agir com dolo), dada a não reprovabilidade de seu comportamento. [...] Resolve-se, com essa explicação, situações como a do gerente da agência bancária [...] que se vê compelido por um ladrão a entregar o dinheiro contido no cofre, depois de tomar conhecimento de que seus familiares encontram-se mantidos reféns por comparsas. Muito embora eventual colaboração do gerente com a subtração possa ser considerada dolosa, *não será culpável*, uma vez que a coação moral irresistível por ele sofrida torna inexigível outra conduta de sua parte (ESTEFAM, 2018, p.215).

A noção de reprovabilidade do ato idealizada pelos neokantistas ocasionou em uma grande contribuição às teorias do crime, acrescentando um novo elemento à culpabilidade, qual seja a exigibilidade de conduta diversa, fazendo com que dessa forma a culpabilidade abarcasse três elementos: imputabilidade, dolo e culpa e, agora, exigibilidade de conduta diversa (ESTEFAM, 2018).

Por fim, cabe considerar que a corrente Neoclássica, mesmo mantendo um pensamento fortemente positivista, já admitia que, em alguns casos, o fato típico exija mais do que uma mera subsunção formal, sendo tal mudança de pensamento determinante para que bem mais tarde o dolo e a culpa migrassem para o fato típico (CAPEZ, 2011).

2.1.3 Teoria finalista da ação

A corrente finalista da ação começou a ser elaborada no final da década de 1920, tendo como seu principal precursor Hans Welzel, o qual questionava a desconsideração da vontade humana na apreciação do fato típico pelos sistemas anteriores (CAPEZ, 2011).

Welzel constatou que todo comportamento humano é movido por uma finalidade, ou seja, o comportamento do homem é dirigido a uma finalidade, entendendo que o homem tem um prévio conhecimento da relação de causa e efeito, sendo possível antever o resultado de uma ação (ESTEFAM, 2018).

Cunha (2016, 183) explicando tal teoria:

Criada por Hans Welzel em meados do século XX (1930-1960), a teoria finalista concebe a conduta como comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim. A finalidade, portanto, é a nota distintiva entre esta teoria e as que lhe antecedem. É ela que transformará a ação num ato de vontade com conteúdo, ao partir da premissa de que toda conduta é orientada por um querer. Supera-se, com esta noção, a 'cegueira' do causalismo, já que o finalismo é nitidamente 'vidente'.

A doutrina penal percebeu que havia diferença entre a ação de uma lesão dolosa para uma ação de lesão culposa, mesmo o resultado do crime nas duas ações sendo idênticos. Sendo assim, o resultado não constituía elemento diversificador e sim a ação (JESUS, 2011).

Partindo da premissa de que nenhum sujeito age sem

ter uma intenção, Welzel reformula o conceito de dolo e culpa, trazendo a intenção como espinha dorsal da conduta, elucidando que não se pode analisar a ação humana sem antes entender o que de fato a moveu (ESTEFAM, 2018).

Dessa forma, o elemento subjetivo do agente é preponderante para a qualificação jurídica do crime, isto é, a finalidade é elemento inseparável da conduta, pois sem análise da vontade finalística não se sabe se o fato é típico ou não (CAPEZ, 2011).

No que toca à estrutura do crime, os finalistas entendem o crime como fato típico, antijurídico e culpável. “A grande mudança estrutural se opera realmente na culpabilidade. Dolo e culpa migram para o fato típico, o que rendeu críticas ao finalismo - que teria “esvaziado” a culpabilidade” (CUNHA, 2016, p.183).

Refletindo sobre esta questão, Cunha (2016) esclarece que a Teoria Finalista foi adotada pelo Código Penal brasileiro, embora não esteja livre de críticas pela doutrina. O autor resume as críticas suscitadas pelos doutrinadores do Direito Penal brasileiro à teoria finalista da seguinte maneira:

O finalismo é adotado pela maioria da doutrina brasileira, que entende ser a teoria adotada pelo Código Penal. Não obstante, é também objeto de algumas críticas: (I) O finalismo concentrou sua teoria no desvalor da conduta, ignorando o desvalor do resultado. (II) A teoria não explica a contento o crime culposos, pois não se concebe a ação dirigida a um fim quando o resultado naturalístico é involuntário (CUNHA, 2016, p.185).

Em contraponto, argumenta-se que a conduta culposa é também orientada por uma finalidade, embora lícita, e da qual decorre um resultado ilícito culposos. Por isso, a reprovação não recai sobre a finalidade da conduta, mas sobre os meios de que o agente lançou mão e que indiquem a imprudência, a negligência ou a imperícia (CUNHA, 2016).

A tentativa de ultrapassagem da teoria finalista pelas chamadas teorias funcionalistas (ou funcionalismo sistêmico) permite inferir a intersecção teórica (e contraditória) de dois assuntos: teoria finalista e Direito Penal do inimigo. Isto porque o discurso do Direito Penal do inimigo, no plano doutrinário penal, ganha força exatamente por sua fundamentação no chamado funcionalismo sistêmico, apresentado por seus defensores como superação da metodologia ontológica do finalismo (MARTÍN, 2007).

Na teoria finalista, com dolo e culpa (elemento subjetivo) sendo transportados para o fato típico, o homem é movido por uma finalidade, uma vontade, de tal maneira que suas intenções devem ser aferidas diante da ocorrência de um injusto. O homem é pessoa responsável por seus atos, a partir da aferição de sua finalidade, de sua vontade.

Martín (2007, p.25) expõe com notável clareza a incongruência que irá se estabelecer entre a proposta metodológica finalista e o Direito Penal do inimigo:

Por outro lado, no horizonte metodológico e político do finalismo não pode haver lugar para nenhum Direito Penal do inimigo. O ente fundamental que delimita, e ademais, configura de um determinado modo o horizonte do finalismo

é o homem contemplado como pessoa responsável. Daí se deduz por si mesmo *todo* o resto, conseqüentemente também a inclusão obrigatória do dolo no tipo de injusto dos delitos dolosos. Contrariamente, a negação da personalidade a determinados homens é o que constitui o paradigma do atual discurso sistêmico do Direito Penal do inimigo [...].

Aqui reside uma distinção de fundo e crucial. Na doutrina finalista, sendo o homem um ser responsável e que age segundo finalidades próprias, é uma pessoa, cuja responsabilidade deve ser aferida em cada ato praticado. Ao passo que nas teorias funcionalistas, base do Direito Penal do inimigo, o inimigo já não é pessoa responsável, mas aquele que está fora do direito, de tal maneira que qualquer conduta sua já esteja previamente marcada por sua condição de inimigo.

Resta-nos então analisar a posição das assim chamadas Teorias Funcionalistas, que se formulam a partir dos questionamentos suscitados às bases filosóficas do método utilizado por Welzel (o finalismo), especialmente, em seu desenvolvimento por Günter Jakobs. Vê-se de que se trata.

2.1.4 Teorias Funcionais

A Teoria Funcional pretende explicar o Direito Penal a partir de suas funções, isto é, o Direito Penal estudado e aplicado a partir de sua função social, por isso o nome Teoria Funcional. Tal teoria surgiu na década de 1970, após estudos de penalistas alemães (CAPEZ, 2011). Descrevendo o desenvolvimento de tais teorias, esclarece Masson (2017, p.153):

Iniciou-se na Alemanha, a partir dos idos de 1970, uma forte revolução entre os penalistas, com o intuito de submeter a dogmática penal aos fins específicos do Direito Penal. Como esse movimento é posterior ao finalismo, e aproveitou muitos dos seus fundamentos, é também chamado de pós-finalismo. Pretendia-se abandonar o tecnicismo jurídico no enfoque da adequação típica, possibilitando ao tipo penal desempenhar sua efetiva função de mantenedor da paz social e aplicador da política criminal. Essa é a razão do nome desse sistema funcional.

Procurando o pleno funcionamento do Direito Penal, em seu encargo originário, o funcionalismo pretende proporcionar o adequado desempenho da sociedade. Tal característica é mais importante do que seguir à risca a letra da lei, no entanto, sem descartá-la totalmente (MASSON, 2017). Cunha (2016, p.186) destaca a participação decisiva de dois autores que, pela sua posição doutrinária, expressam mais claramente os caminhos desenvolvidos pelas teorias funcionalistas:

Nascem da percepção de que o Direito Penal tem necessariamente uma missão e que os seus institutos devem ser compreendidos de acordo com ela. São teorias funcionalistas, na medida em que constroem o Direito Penal a partir da função que lhe é conferida. Visualizam o Direito Penal como uma função inserida na ordem jurídica. Conduta, portanto, deve ser compreendida de acordo com a missão conferida ao Direito Penal. São duas as principais correntes funcionalistas: o funcionalismo teleológico, de Claus Roxin e o funcionalismo sistêmico, de Günther Jakobs.

O funcionalismo apresenta duas concepções, a primeira sob a visão de Claus Roxin que defende o funcionalismo

moderado e a segunda concepção, o funcionalismo radical ou sistêmico, defendido por Gunther Jakobs (MASSON, 2017).

Há diferença na concepção quanto à incumbência do Direito Penal entre esses dois penalistas no que se refere à missão do Direito Penal, eis que Claus Roxin entende se tratar da proteção subsidiária de bens jurídicos, enquanto para Gunther Jakobs nada tem a ver com proteção e sim com a garantia da vigência e o respeito às normas (ESTEFAM, 2018).

A concepção defendida por Roxin assegura que um moderno sistema penal deve ser estruturado teleologicamente, sendo que a função primordial do Direito Penal é proteger a sociedade, proporcionando uma melhor convivência entre os indivíduos (CAPEZ, 2011).

Norteia-se com o intuito político-criminal com ênfase nos valores e nos princípios garantistas, precipuamente a proteção de bens jurídicos indispensáveis ao desenvolvimento do cidadão e da sociedade, respeitando os limites legais e, assim, o Direito Penal garante o funcionamento do sistema, pois acaba regulando o comportamento social (MASSON, 2017).

Para a análise do Direito Penal do inimigo interessa, sobretudo, o desenvolvimento teórico do Funcionalismo Sistêmico por Günter Jakobs, razão pela qual ser tratado separadamente na sequência.

2.2 Funcionalismo Sistêmico: Origem da Teoria do Direito Penal do Inimigo

2.2.1 Visão doutrinária panorâmica do funcionalismo sistêmico

A função do Direito Penal sob a visão do funcionalismo sistêmico sustentado por Gunther Jakobs é de preservar o sistema, e mostrar que a norma não pode ser violada. Para tal penalista, se o Direito Penal é acionado, significa que o bem jurídico protegido já estaria violado. Sendo assim, não se poderia dizer que a função do Direito Penal é a proteção subsidiária do bem jurídico, mas sim a garantia de validade da norma (CUNHA, 2016).

Cunha (2016, p.184) identifica a vinculação desta teoria com a noção de sistemas sociais, desenvolvida por Niklas Luhmann:

A construção desta teoria tem direta (ainda que limitada) vinculação à noção de sistemas sociais, de Niklas Luhmann, a partir da qual formula a concepção de que o direito penal é um 'sistema autopoietico'. [...] Tem suas regras próprias e a elas se submete. O funcionalismo sistêmico, portanto, repousa sua preocupação na higidez das normas estabelecidas para a regulação das relações sociais.

Em termos explícitos de função da pena, significa que para Jakobs a prevenção geral positiva é a única função da pena criminal, com as finalidades de intimidação, de correção e de neutralização, reafirmando, como questão de fundo, a validade da norma. Assim, partindo de Luhmann, a sociedade é tomada por Jakobs como um sistema, de tal maneira que as ações do indivíduo aparecem nesse sistema, influenciando as

expectativas dos membros da sociedade (BOZZA, 2008).

A função da norma é ratificar a autoridade do direito, lembrando a sociedade os padrões de comportamento considerados malquistos, assim exercendo a confiança despertada pela norma. Em suma, lei é para ser obedecida, sendo que a sua transgressão é considerada uma verdadeira infidelidade por parte do agente infrator para com o sistema, devendo esse ser prontamente punido, para que assim a autoridade da norma se restabeleça (CAPEZ, 2011).

Para o Funcionalismo Sistêmico, o Direito Penal é um sistema autônomo, autorreferente e autopoietico, tendo suas próprias regras, não se submetendo a nenhuma outra. Isto é, um Funcionalismo monista, acirrado, em que o Direito Penal se encontra fechado, não admitindo interferências externas que o limitam de alguma forma (ESTEFAM, 2018).

Por conseguinte, se o agente for desleal para com o sistema, esse deve ser punido com rigor, demonstrando assim a autoridade da lei, sendo esta conseguida com sua rígida e constante aplicação. Em resumo, na visão sistêmica, a verdadeira função do Direito Penal é aplicar o que está previamente coordenado na norma penal, eis que somente sua reiterada aplicação lhe trará o devido temor e respeito (MASSON, 2017).

Sob a óptica de Jakobs, ao infringir a norma, o transgressor não atinge a vítima como indivíduo único e sim toda a sociedade, por isso a importância da ingerência do Direito Penal, restabelecendo a segurança e afirmando a sociedade que a norma não será ludibriada. Por conta da violação da norma se constitui um enfrentamento entre o comportamento do indivíduo transgressor e a expectativa social e a pena reafirmar à sociedade a confiança que seus membros podem depositar na norma. Com a diretriz ratificada, conseqüentemente, a sociedade volta a ter confiança (PRADO, 2018).

A prática do delito é considerada uma anomalia, uma verdadeira rebelião contra o sistema, pois rompe o funcionamento do mecanismo social, sendo a norma aplicada como meio de comunicar ao agente infrator e a toda sociedade que um regulamento necessário ao desempenho da função sistêmica do Estado foi quebrado e, assim, a pena surge como reprovação dessa conduta ilícita do agente, reprimindo a desobediência à norma (CAPEZ, 2011).

Jakobs revela, em sua teoria funcional sistêmica, que em seu entendimento, a dignidade da pessoa humana não está no centro do sistema, e sim a sociedade. Dessa forma, ele define pessoa como um conceito jurídico, sendo que aquele que for infiel para com o sistema deixa de ser visto como um cidadão, não lhe sendo facultados os princípios aplicados em um processo penal democrático (COSTA, 2007).

Pela ótica do funcionalismo sistêmico e de seu particular desenvolvimento na doutrina de Günter Jakobs, o indivíduo que age contra as normas age contra o sistema social. Esta não é uma consideração teórica necessariamente nova.

O próprio Jakobs (2012) vai buscar fundamentos para

sua teoria nas construções jusfilosóficas associadas à ideia de contrato social, das quais emerge que aquele que delinque criminalmente é também um infrator do contrato. Embora recorra a ideias de Rousseau e Fichte, nas quais estaria presente a ideia de exclusão do delinquente em relação ao contrato, pelo que este se tornaria *per si* um inimigo, é em Kant e Hobbes que Jakobs busca fundar, em termos histórico-filosóficos, sua teoria.

É nestes autores e suas teorias que ele procura escorar sua construção doutrinária. Em Kant e sua visão de que aquele que, por viver em estado de natureza – e por isso mesmo – está a ameaçar o estado comunitário-legal; e em Hobbes, a partir de sua visão acerca do tratamento que deve ser dispensado ao réu de alta traição, como alguém que age contra o Estado. Em síntese, Jakobs (2012, p.28) resume, assim, os fundamentos de Kant e Hobbes que, segundo ele, contribuiriam para fundamentar sua teoria:

Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um Direito Penal do cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio – e um Direito Penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o *status* de pessoa.

A questão mais relevante, no entanto, é que, assim considerado, o funcionalismo sistêmico vai atuar como substrato teórico para o Direito Penal do inimigo e para aquele que é seu elemento chave: o inimigo não deve ser considerado como pessoa, ou seja, enquanto o cidadão é tido como pessoa, o inimigo é *indivíduo*, ou uma não pessoa.

A visão funcional sistêmica é o suporte sobre o qual se estabelecerá a clivagem entre quem pode ou não ser considerado pessoa, sobre quem pode ou não ser considerado cidadão – sobre quem supostamente escolheu permanecer “dentro” do direito, e quem supostamente escolheu ficar “fora” do direito – sustentando, portanto, o edifício do que se chama de Direito Penal do inimigo.

2.2.2 Quem é o inimigo? Quem é você?

Em decorrência da construção teórica do funcionalismo sistêmico, Gunther Jakobs desenvolveu a teoria do Direito Penal do Inimigo, sendo que elaborou um primeiro esboço dessa teoria por volta de 1990. Contudo, deu continuidade aos estudos somente no ano de 2003, momento em que assumiu a defesa do Direito Penal do Inimigo em sua obra doutrinária (MASSON, 2017). Segundo Cunha (2016, p.188):

As premissas sobre as quais se funda o funcionalismo sistêmico deram ensejo à exumação da teoria do Direito Penal do Inimigo, representando a construção de um sistema próprio para o tratamento do indivíduo considerado ‘infiel ao sistema’. Considera que àquele que se dedica a determinados crimes não se deve garantir o status de cidadão, merecendo, ao revés, punição específica e severa, uma vez que o seu comportamento põe em risco, de forma ímpar, a integridade

do sistema.

Então, aquele que apresenta uma conduta desviada não deve ser tratado como cidadão, mas sim como inimigo:

Quem, por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído (JAKOBS, 2012, p.47).

Deve-se admitir que é difícil resistir ao argumento sistêmico, dado que esse é construído com a capacidade de limitar os influxos externos e, ao mesmo tempo, absorvê-los. Em suma, o argumento sistêmico se fortalece sobre suas próprias bases. Aplicado ao Direito Penal, na forma do funcionalismo sistêmico, a explicação para o tratamento da criminalidade se fecha em si mesma, o que de alguma maneira responde também por torná-la aparentemente atraente.

Em síntese, o inimigo é excluído como pessoa, porque ele não é tido como cidadão e com os direitos inerentes ao cidadão, dado que, enquanto a função do Direito Penal do cidadão é a *contradição*, o objetivo do Direito Penal do inimigo é a eliminação de um perigo (JAKOBS, 2012). Tal perigo é representado pela simples existência do indivíduo tido como inimigo.

Não por acaso, portanto, o exemplo extremo – melhor seria dizer o *protótipo* – do inimigo é dado pelo terrorista, bem como a justificação da eclosão de medidas penais, fundamentadas na teoria do Direito Penal do inimigo, tem como marco recorrente os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 (os ataques às Torres Gêmeas do World Trade Center, nos EUA) (GARCIA, 2009).

Zaffaroni (2007), porém, recorda que a origem do conceito de inimigo remonta ao Direito Romano, tendo sido mais amplamente desenvolvida por Carl Schmitt no século XX. Então, de acordo com o autor é no *hostis* romano que se encontra o fundamento da ideia de inimigo como o *outro*, aquele ao qual se nega qualquer hipótese de direitos:

Este conceito bem preciso de inimigo remonta à distinção romana entre o inimicus e o hostis, mediante o qual o inimicus era o inimigo pessoal, ao passo que o verdadeiro inimigo político seria o hostis, em relação ao qual é sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou realização extrema de hostilidade. O estrangeiro, o estranho, o inimigo, o hostis, era quem carecia de direitos em termos absolutos, quem estava fora da comunidade (ZAFFARONI, 2007, p.22).

A origem está, portanto, no inimigo político do Estado, mas, sobretudo, naquele que é tido como estrangeiro, ou seja, o que perde o reconhecimento da condição de cidadão por uma decisão que assim o declara, como *hostis judicatus*¹. Então, a distinção de tratamento se estabelece a partir da constatação

1 O inimigo declarado (*hostis judicatus*) configura o núcleo do tronco dos dissidentes ou inimigos abertos do poder de plantão, do qual participarão os inimigos políticos puros de todos os tempos. Trata-se dos inimigos declarados, não porque declarem ou manifestem sua animosidade, mas porque o *poder os* declara como tais: não se declaram a si mesmos, são declarados pelo poder. A instituição do *hostis judicatus* romano cumpria função de deixar o cidadão em condição semelhante à do escravo, para tornar-lhes aplicáveis as penas que eram vedadas aos cidadãos (ZAFFARONI, 2007).

de que o tratamento ocorre entre *iguais* ou entre *estranhos*, entre *amigos* ou *inimigos*.

Por isso mesmo, o exemplo do terrorista aparece com força apelativa para a determinação do inimigo da sociedade. À semelhança do *hostis* romano, o inimigo protótipo – o terrorista – é também o estrangeiro, o diferente, o que já se encontra, antes mesmo de qualquer declaração, potencialmente fora da condição de cidadão.

No entanto, mesmo o argumento fundado no terrorismo parece não subsistir para justificar o tratamento de *inimigo*. Garcia (2009) aponta para dados de uma pesquisa do Instituto Brookings, tendo como base os presos na Base Naval de Guantánamo. O dado que mais significativo indica que apenas 25% dos acusados foram detidos em circunstâncias de ‘forte beligerância’, a exemplo de combates efetivos contra os EUA e de rendição às forças americanas.

Ademais, ainda que se pudesse permanecer no exemplo de Guantánamo, outro problema se abriria: grande parte dos presos foi detida em seu país, em que aquele que os declara *inimigos* é que se encontra na posição de *estrangeiro*.

O que talvez evidencie mais a problemática da definição do inimigo é exatamente o fato de ser uma definição de ordem política. Zaffaroni (2007) remete a questão à distinção estabelecida por Carl Schmitt, para quem a essência do político reside na polaridade amigo – inimigo, mas quem decide são os inimigos? A resposta de Schmitt é o político, o soberano.

É possível até que a problemática maior não esteja em constatar que a definição de inimigo seja uma decisão política, mas, sobretudo, que em sendo assim a descrição do inimigo implica o reconhecimento do amigo, ou seja, definindo o *outro* se define também quem é o *igual*. E ainda que pareça contraditório, considerar que a decisão sobre o inimigo é *política* torna ainda mais problemática a existência de uma definição *jurídica* do inimigo, atingindo o coração da teoria segundo a qual seria possível circunscrever determinados indivíduos a tal condição.

Para não simplificar a questão, é preciso ter em conta primeiro que Jakobs considera que os tipos ideais “Direito Penal do cidadão” e “Direito Penal do inimigo” nunca aparecerão de forma pura.

Segundo, e mais importante, sua defesa se sustenta sobre a necessidade de delimitar o Direito Penal do inimigo, a fim de evitar que este se entrelace ou expanda para todo o Direito Penal:

Um Direito Penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar *todo* o Direito Penal com fragmentos de regulação próprias do Direito Penal do Inimigo (JAKOBS, 2012, p.47).

A explicação parece convincente se considerada no contexto a visão sistêmica, autorreferente, e no sistema penal fechado em si mesmo.

No entanto, essa tem dificuldade de se sustentar quando se considera o problema de dizer quem é o inimigo. Mais ainda, porque se a definição do inimigo é uma definição política,

tomada pelo soberano, então, a possibilidade de uma definição jurídica do inimigo é algo que parece não existir.

A preocupação de Jakobs parecer revelar um problema central: o espraiamento do Direito Penal do inimigo para muito além de seu elemento justificativo e protótipo (o terrorismo). É difícil recusar a problemática específica do terrorismo, para a qual, talvez, o que se chama de Direito Penal nada tenha a dizer, como menciona Zaffaroni (2007), mas é inescusável que, sob leis construídas a partir deste protótipo, a ideia do inimigo se expande.

2.2.3 Caracterização do Direito Penal do inimigo

Martín (2007) expõe como caracteres positivos próprios do Direito Penal do inimigo: a) tipos penais que permitem uma ampla antecipação da punibilidade, alcançando momentos em que os atos praticados têm ainda o caráter preparatório dos atos futuros; isso decorreria de um suposto abandono do direito, de modo que o que o objeto do direito não seria mais a comissão de fatos delituosos, mas o pertencimento as organizações que atuam fora do direito. b) a desproporcionalidade das penas; o fato de punir atos preparatórios sem qualquer redução de pena em relação aos efetivamente consumados. c) especialmente na Alemanha, a identificação de leis autodenominadas leis de luta ou combate. d) restrição de garantias e direitos processuais – questiona-se a presunção de inocência, por ser contrária à exigência de veracidade no procedimento. e) normativas de direito penitenciário, que recrudescem na classificação dos internos.

Greco (2008) resume em três elementos centrais tais características, em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade e, em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas, especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada e, por último, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas.

Como o inimigo representa um perigo à sociedade, abandona-se o critério de culpabilidade antefendo a periculosidade do agente, ou seja, o Direito Penal passa a ser prospectivo, antecipando a tutela penal de tal modo que as penas são substituídas por medidas de segurança, eis que as penas têm tempo predeterminado, diferentemente das medidas de segurança. Desta forma, o inimigo pode ser retirado do convívio social por todo o tempo em que persistir a situação de perigo (MASSON, 2017).

Segundo Estefam e Gonçalves (2018), o Direito Penal do Inimigo funda sua atuação no indivíduo e não no fato, punindo o agente por suas características, sua possível periculosidade, deixando o ato concreto praticado em um segundo plano, emparelhando-se com um Direito Penal do Autor. Para Matos (2019):

Esbarramos no mesmo problema, por exemplo, da pena de morte, em que muitos condenados são inocentes e, ainda, no retrocesso que representaria voltarmos à representação

da inquisição, onde foram considerados inimigos quem não atendia aos ditames do Estado e da Igreja, e do Holocausto, em que uma nação foi considerada o inimigo e, independentemente de seus atos, os nascidos judeus eram condenados aos maus tratos e à morte.

Os direitos e garantias individuais são suprimidos dos inimigos, uma vez que não é necessária a obediência ao devido processo legal, pois o procedimento adotado é o de repúdio e intolerância ao inimigo. Sendo tolerada, inclusive, a prática de tortura como meio de prova (MASSON, 2017).

Na Teoria pura do Direito Penal do Inimigo, o inimigo é considerado uma coisa e é por isso mesmo anulado. Não é considerado mais um cidadão, a que se asseguram direitos materiais e processuais, e nem mesmo um sujeito processual. Contra esse inimigo não se justifica um procedimento penal (legal), mas sim um procedimento típico de guerra (MATOS, 2009).

Então, surgem como efeitos da aplicação do Direito Penal do inimigo: a) o Direito Penal do Inimigo pune o indivíduo pelo que ele “é” e não pelo que “fez”; b) o indivíduo pode ser considerado, normativamente, um não cidadão; c) como consequência, o inimigo não goza de direitos processuais atribuídos aos cidadãos; d) o princípio da legalidade é flexibilizado; e) o inimigo é condenado pela sua periculosidade e não pelo fato praticado; f) o Direito Penal do Inimigo combate perigos e não fatos; g) as penas são majoradas para intimidar os inimigos; h) o inimigo é considerado um combatente de guerra, sendo em relação a esse mitigado o princípio da reserva legal; etc. (GARCIA, 2009).

2.3 O Direito Penal do inimigo na Lei nº 13.260/2016 e no discurso penal

Antes da legislação antiterrorismo brasileira (de 2016), muitas análises do Direito Penal do inimigo se centravam na percepção de que tal teoria não seria aplicável ao direito por malferir princípios constitucionais como o da igualdade ou a dignidade da pessoa humana.

De acordo com Moura (2011, p.25):

Não seria possível aplicar a Teoria do Direito Penal do Inimigo, tal como ela fora elaborada, no Brasil. Termos dois tipos de indivíduos, cidadão e inimigo, feriria o princípio constitucional da igualdade. Des personalizar a pessoa e trata-la como inimigo atingiria um fundamento de nossa Constituição que é a dignidade da pessoa humana.

Ocorre perguntar então se, com a edição da Lei nº 13.260/2016, esta conclusão teria sido abalada. Ou, em outras palavras, se a edição da lei em questão serviu à introdução de elementos identificáveis como de “Direito Penal do inimigo” no ordenamento brasileiro.

A resposta a esta pergunta implica, antes de mais nada, constatar que não há uma fronteira precisa entre Direito Penal do inimigo e Direito Penal do cidadão. Esta percepção é do próprio Jakobs, e é por ele utilizada como parte da justificativa de sua proposta, dado que concebe que no Direito Penal do cidadão a função da pena é a contradição, ao passo que no

Direito Penal do inimigo a função é a eliminação de um perigo; e que nenhum dos tipos ideais aparecerá em uma configuração pura (JAKOBS, 2012)

Ora, se por um lado é possível afirmar a existência de algo que pode, no plano normativo do direito, ser descrito como Direito Penal do inimigo, a partir de determinadas características normativas, que levam em conta a função pretendida para o Direito Penal, por outro não é de se esperar que haja, em qualquer ordenamento, uma declaração formal do tipo: aqui está o Direito Penal do inimigo.

Então, o Direito Penal do inimigo não deve ser buscado de um ponto de vista normativo, visto que é algo *faticamente existente*, como bem coloca Manuel Cancio Meliá, mas não algo declarado e que porte este nome (*Direito Penal do Inimigo*) no âmbito da normatividade do Direito Penal.

Mesmo se considerado o tipo protótipo do *inimigo* – o terrorista – não existe uma descrição normativa que permita declará-lo previamente como o *inimigo*. Em outros termos: em que momento alguém é declarado como inimigo? Em que momento é ultrapassada a fronteira divisória entre uma condição de cidadão, sujeita a determinadas garantias, para uma condição de inimigo, sujeito às condições de tratamento próprio dessa condição? Martín (2007, p.157) expõe a problemática contradição da seguinte maneira:

O discurso do Direito Penal do inimigo diz encontrar esse conceito de não-pessoa, necessário para poder entrar em ação, no abandono duradouro do Direito por parte de um indivíduo, abandono este que pode ser inferido a partir de sua dedicação habitual e reiterada à prática de infrações ao Direito. [...] Porém, um Direito só pode ser infringido por quem seja destinatário de suas normas e, como reconhece o discurso do Direito Penal do inimigo, só pode ser destinatário de uma norma jurídica uma pessoa.

Então, a prática reiterada de infrações ao direito só pode ser apreciada em um processo penal que, a princípio, deve seguir as regras do Direito Penal do cidadão, ou seja, com todas as garantias do direito do cidadão. Do que se segue que, na eventual comprovação do cometimento da infração, as consequências jurídicas não podem ser distintas daquelas aplicáveis ao cidadão (ÍN, 2007).

Deste ponto, só é possível conceber um Direito Penal do inimigo no plano normativo, por suas características, armado sobre um discurso que classifica, no plano discursivo, um inimigo a partir de determinadas características que não integrarão a base normativa do Direito Penal que serão, portanto, apenas consequências desse discurso no plano legal.

À medida que tal discurso ganha consistência na sociedade, há um efeito no âmbito normativo, no qual aparece pela caracterização que lhe é doutrinariamente atribuída.

Então, no plano normativo, a Lei nº 13.260/2016 definiu condutas que seriam correspondentes àquelas que seriam praticadas pelo protótipo usual do inimigo: o terrorista. No entanto, o que se está a combater na lei não é o *terrorista* – qualquer que seja a descrição teórico-abstrata que se faça dele – e sim o *terrorismo*, ou melhor dizendo, as condutas

legalmente definidas como crime.

Retoma-se, pois, a caracterização do Direito Penal do inimigo anteriormente apresentada:

a) tipos penais que permitem uma ampla antecipação da punibilidade, alcançando momentos em que os atos praticados têm ainda o caráter preparatório dos atos futuros; isso decorreria de um suposto abandono do direito, de modo que o objeto do direito não seria mais a comissão de fatos delituosos, mas o pertencimento a organizações que atuam fora do direito. b) a desproporcionalidade das penas; o fato de punir atos preparatórios sem qualquer redução de pena em relação aos efetivamente consumados. c) especialmente na Alemanha, a identificação de leis autodenominadas “leis de luta ou combate”. d) restrição de garantias e direitos processuais – “questiona-se até mesmo a presunção de inocência, por ser contrária à exigência de veracidade no procedimento”. e) normativas de direito penitenciário que recrudescem na classificação dos internos.

Ainda que o Brasil não estivesse incluso na rota do terrorismo, por conta dos inúmeros ataques terroristas sofridos por países como os Estados Unidos da América e a França, bem como pela proximidade dos Jogos Olímpicos sediados pelo Brasil (2016), foi publicada às pressas, a Lei nº 13.260/2016, a qual passou a prever os crimes de terrorismo e seu respectivo tratamento penal.

Afora o eventual açodamento na produção do texto normativo, uma das questões postas pelo presente artigo é verificar se os dispositivos legais se amoldam ao discurso do assim denominado Direito Penal do inimigo.

Considerando que se trata de uma previsão constitucional (a determinação de criminalização e punição dos atos considerados terrorismo) uma hipótese seria testar as definições trazidas pela lei, confrontando-as com outras normas da Constituição, como aquelas que atribuem garantias no tocante ao processo penal, mas isto distanciará do objetivo do artigo, que é a análise da presença de elementos teóricos do Direito Penal do inimigo na legislação mencionada, e do reforço do discurso penal do inimigo obtido a partir dessa legislação.

De acordo com Cambi e Ambrosio (2017), o texto, aprovado pela Câmara dos Deputados, continha muitos elementos subjetivos, como o conceito de terrorismo, mutável ao longo da história, e sempre vinculado às mudanças políticas e econômicas, além de servir os interesses dos grupos no poder. Alguns desses elementos subjetivos foram vetados pela Presidência da República, por pressão popular e de movimentos sociais, mas a Lei manteve a abstração, a generalidade, a vulnerabilidade e a subjetividades. Apesar dos vetos operados e da regra do artigo 2º, § 2º, se não bem compreendida, pode continuar sendo uma ameaça aos movimentos populares. Os vetos minimizaram esses riscos quando suprimiram expressões vagas contidas no artigo 2º, § 1º, incisos II e III, que tratavam da definição dos atos de terrorismo e, também, quando deixou de criminalizar

a apologia ao terrorismo, mas remanesce, por exemplo, a criminalização aos atos preparatórios de terrorismo (artigo 5º), com a manutenção de definições excessivamente amplas e imprecisas.

Como já mencionado, a utilização de expressões vagas e abertas, que é uma das características decorrentes do discurso do Direito Penal do inimigo faz com que direitos e garantias sejam suprimidos. Como exemplo disto, tem-se a aplicação do termo vago “terror social ou generalizado” no conceito de terrorismo. Extrai-se:

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 (BRASIL, 2016).

Ao inserir termo tão vago, na norma penal, há clara contrariedade à teoria constitucional do delito, bem como às garantias fundamentadas conquistadas com o decurso do tempo e novamente se aproximando do Funcionalismo Sistemático, o qual visa proteção dos bens jurídicos a qualquer custo, haja vista que não é possível precisar o que configura um terror social, situação que poderia ensejar em uma interpretação extensiva em desfavor do indivíduo. Ainda, de acordo com Cambi e Ambrosio (2017, p.208):

Diante da utilização de expressões indeterminadas e abertas, é inegável que a lei brasileira antiterrorismo permite arbitrariedades e retrocessos na proteção dos direitos fundamentais. O principal risco da nova lei se encontra na crença de que sua aplicação vai atingir apenas o terrorista e não os cidadãos de bem, embora tal separação não seja sempre fácil e clara. Na fluidez do mundo contemporâneo, não é difícil inserir tal rótulo em qualquer pessoa, ainda que a real motivação seja a supressão de direitos fundamentais.

Cumprido esclarecer que a Lei nº 13.260/16, ao punir os atos preparatórios ao terrorismo, em seu artigo 5º, também contraria uma série de princípios constitucionais, entre esses os princípios da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade.

Não bastasse a dificuldade em definir o terrorismo em si, aliás, definição que também permaneceu vaga, o legislador trouxe a punição aos atos preparatórios e à promoção do terrorismo (arts. 3º e 5º). Desse modo, se o crime de terrorismo consumado já é demasiadamente complexo, haja vista que requer a combinação de diversas elementares objetivas e subjetivas, seus atos preparatórios exigem ainda mais cautela, haja vista que qualquer ato preparatório poderia ser considerado como preparatório ao terrorismo, já que não há como precisar qual seria um ato preparatório ou não.

Além da punição dos atos preparatórios em discordância com a teoria penal constitucional adotada, inexistente um dispositivo que regule tratamento punitivo diverso à tentativa, o que leva a aplicação da regra descrita no art. 12 do Código Penal. Assim, a tentativa de qualquer conduta descrita no art. 2º poderia ser punida com menos rigor que os meros atos preparatórios descritos no art. 5º da Lei nº 13.260/2016, eis que o máximo de diminuição de

pena pela tentativa corresponde a dois terços, ao passo que a redução pela prática de atos preparatórios é, no máximo, de metade, o que certamente fere o princípio da proporcionalidade (BRASIL, 2016).

O que pode ser mais revelador é aquele que se tornou o primeiro julgamento com a aplicação da Lei nº 13.260: a prisão de um conjunto de pessoas acusadas de terrorismo, na operação que ficou conhecida publicamente como Operação Hastag. A operação teve início em abril de 2016, com seu ponto culminante em julho de 2016, com a prisão, ao final do curso da operação, de 16 pessoas. A operação é imediatamente posterior à aprovação da Lei nº 13.260 (que foi publicada em 16 de março de 2016).

No julgamento, na 14ª Vara Federal de Curitiba, um dos acusados foi condenado à pena de mais de 15 anos por infração aos artigos 3º (promoção e participação em organização terrorista) e 5º (atos preparatórios). Os demais, afora os eventualmente absolvidos, foram todos condenados com base no artigo 3º, cujo tipo penal é: promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista.

A lei, em seu artigo 3º, acrescenta que aquele que faz parte (isto é, promove, constitui, integra ou presta auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa) de tal organização terrorista fica sujeito à reclusão de cinco a oito anos e à multa. Em sua maior parte, criminaliza ações que se supõe abstratas e, eventualmente, estarem ligadas a um possível ato terrorista, e que não exigem dano efetivo para se configurar. Prevê, ainda, a criminalização de condutas preparatórias (artigo 5º), dispensando qualquer resultado ou risco de um resultado lesivo (CAMBI; AMBROSIO, 2017).

Vislumbra-se, pois, com razoável nitidez, inclusive a partir do julgamento concreto, alguns daqueles que são considerados pela doutrina os fundamentos do Direito Penal do Inimigo, especialmente: (I) a ampla antecipação da punibilidade; e (II) a supressão de garantias processuais penais - inseridos na Lei do Terrorismo, eis que como já exposto, há dispositivos, que tipificam como crime, meros atos preparatórios à conduta delitiva, arts. 2º, 3º e 6º.

Outra marca evidente que transparece no julgado do caso Hastag diz respeito às garantias processuais. Em uma demonstração nítida de mitigação das garantias processuais penais, o TRF-4 relativizou a nulidade decorrente da arguição de acusados sem presença de defensor.

Além do que referendou aquele tribunal a condenação por condutas com alto nível de abstração e subjetividade que incluíam, segundo o acórdão: juramentos de fidelidade a pessoas consideradas líderes terroristas e comprometimento

com a causa terrorista e que as ações foram além do discurso de ódio, reconhecendo que a contenção do risco permite atuação do Estado com ampla margem de atuação e discricionariedade².

No primeiro teste concreto da Lei nº 13.260, as decisões pareceram confirmar as características teóricas que compõem o discurso do Direito Penal do inimigo. Se no plano legislativo se confirmaram as características principais atribuídas ao Direito Penal do inimigo, a primeira aplicação da legislação se manteve em linha com essa perspectiva, indo até mais longe, ao dar, pelos mecanismos de interpretação, um alcance ainda mais aberto aos tipos penais descritos.

3 Conclusão

A análise do conteúdo abstrato da Lei nº 13.260 à luz da Teoria do Direito Penal do inimigo é delicada e requer muita cautela. À primeira vista porque, em se tratando de legislação que procura coibir práticas do que é chamado de terrorismo, essa tem como base exatamente aquele que representa o protótipo do *inimigo* da sociedade.

É certo que, no caso brasileiro, o histórico de situações de violência e dificuldades em gestar políticas adequadas de segurança pública tem impulsionado discursos punitivistas e de defesa do recrudescimento da violência estatal repressiva em todos os cantos, ou seja, medidas repressivas, identificadoras de *inimigos* sociais a serem preventivamente cercados e punidos, tendem a despertar apoio público. Isso fica ainda mais evidente se o *inimigo* em questão recebe o nome de *terrorista*, o que torna ainda mais difícil estabelecer uma crítica da legislação em questão.

Como lembrado, o Brasil não fez e não faz parte de países do mundo em que se considere existir organizações terroristas, de modo que qualquer análise da legislação em questão ainda é tomada quase que completamente em abstrato.

No entanto, a julgar pelos dispositivos da lei, está fora de dúvidas que essa carrega consigo elementos normativos nítidos daquilo que tem sido chamado de *Direito Penal do inimigo*. A aplicação concreta no julgamento do caso Hastag parece confirmar, definitivamente, a tendência principal da lei: a punição ampla de atos preparatórios e a extensão da categoria *atos preparatórios* de forma aberta ao extremo.

A presença de dispositivos penais abertos no texto legal fere os direitos penais constitucionais presentes no ordenamento jurídico pátrio, haja vista que a aplicação da sanção penal deve observar os princípios da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade e, ainda, a dignidade da pessoa humana, o que certamente não restou observada na Lei Antiterrorismo brasileira que, simplesmente, elegeu o

2 Do acórdão: 7. As condutas perpetradas pelos réus ultrapassaram as meras postagens de ações da propaganda e da ideologia terrorista, pois exigiram juramentos de fidelidade a pessoas consideradas líderes terroristas e comprometimento com a causa terrorista, mediante cobrança de que os diversos participantes dos grupos manifestassem aquiescência em relação ao cometimento de atos concretos de violência coletiva e terror. 8. Relevância penal das manifestações, dado o contexto dos Jogos Olímpicos na Cidade do Rio de Janeiro e a existência de declarado comprometimento para com a futura prática de ações concretas. 9. Hipótese em que as ações foram além do discurso de ódio, para o qual a Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece que 'os Estados não podem ser obrigados a esperar a efetivação de um desastre para só então intervirem'.

terrorista como um dos inimigos do Estado, deturpando não apenas o sistema de garantias penais, mas também o Estado Democrático de Direito.

É notório que a demasiada abrangência dos tipos penais mitiga o sistema de garantias e ao revés de punir com afinco o terrorista como era a intenção do legislador acaba por dar ensejo à verdadeira legitimação para que o Estado pratique atos ilegais e extremos em nome do combate ao “inimigo”.

Ademais, não é plausível que o texto legal supracitado adote uma responsabilização antecipatória e preventiva, eis que a punição dos atos meramente preparatórios deve ser tratada como exceção e não como regra como dita a Lei do Terrorismo.

Por outro lado, ainda que se possa prever uma aplicação cautelosa da lei em questão, parece nítido que essa constitui um reforço considerável ao *discurso penal do inimigo* no âmbito do direito penal nacional. Ao incorporar a ideia de *inimigo*, a partir de seu protótipo – o terrorista – a legislação se insere em um movimento mais abrangente de ampliação do *discurso penal do inimigo* que, confirmando a visão do próprio Jakobs, tende a se espalhar por todo o sistema penal e por toda a sociedade.

Referências

AGAMBEN, G. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOZZA, F.S. Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico de Günter Jakobs. *Rev. Bras. Ciênc. Criminais*, n. 70, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 4 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 4 jan. 2019.

CAMBI, E.A.S.; AMBROSIO, F.A.R. Ameaça aos direitos fundamentais e à democracia: a lei antiterror do Brasil. *Espaço*

Jurídico, v.18, n.1, p.185-212, 2017.

CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, F.R. *Os fundamentos do funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs*. 2007. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1680/os-fundamentos-funcionalismo-sistêmico-gunther-jakobs>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

CUNHA, R.S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2016.

ESTEFAM, A. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2018.

ESTEFAM, A.; GONÇALVES, V.E.R. *Direito Penal esquematizado: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2018.

GARCIA, D.F. De Beccaria a Jakobs: panorama do sistema criminal em face da dignidade da pessoa humana. *Rev. Tribunais*, v.98, n.887, p.452-492, 2009.

GRECO, R. *Direito penal do inimigo*. 2008. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M.C. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JESUS, D. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTÍN, L.G. *O horizonte do finalismo e o Direito Penal do inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MASSON, C. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Método, 2017.

MATOS, B.F. *Direito penal do inimigo*. 2009. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5138/Direito-Penal-do-inimigo>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

MORAES, A.R.A. *Breves considerações sobre o Direito Penal do Inimigo*. 2009. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/proc_criminal/Boletins_jurisprudencia/BJ%20021.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2019.

MOURA, P.R.C. *Direito Penal do Inimigo*. *Rev. Magister Direito Penal Proc. Penal*, n.44, p.16-27, 2011.

PRADO, R. *O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs*. 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/funcionalismo-sistêmico-jakobs/>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

ZAFFARONI, E.R. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.