

ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA MANIFESTAÇÃO NA LEI DE ANTITERRORISMO

Mirele Queiroga de Oliveira¹

Tâmita Marjory Magalhães de Queiroga²

Francisco Batista de Sousa³

RESUMO

O presente trabalho aborda uma análise criminológica da teoria do Direito Penal do Inimigo, conforme o preconizado por Günther Jakobs, e a manifestação da tese em relevo no ordenamento jurídico penal brasileiro mediante a Lei nº 13.260/2016, que dispõe sobre o crime de terrorismo. A partir da constatada modernização do direito penal, advindo do processo de globalização, adentrou-se na concepção do inimigo formatada por Jakobs. Diante disto, serão traçadas as construções teóricas, filosóficas e políticas, analisando, como ponto de partida, o estudo de teorias que deram embasamento ao proposto por Jakobs. Por este aparato, se faz necessário determinar as premissas elementares da tese, sendo feita uma análise comparativa destas com as legislações infraconstitucionais brasileiras, enfaticamente, a Lei de Terrorismo, apresentando-se como uma manifestação expressa na seara penal pátria.

Palavras-chave: Direito Penal. Jakobs. Criminologia Crítica.

1 INTRODUÇÃO

O Direito surge com o desígnio de regular as relações sociais, e, em consequência disto, deve seguir o contexto social vigente, com a finalidade de coibir as condutas que ora são consideradas danosas, conturbando o convívio social e a administração estatal. Nestes ditames, o Direito Penal surge como principal instrumento de estabilização social, devendo constantemente incorporar-se ao contexto atual, tutelando os bens jurídicos válidos e necessários.

¹ Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG/CCJS – Campus de Sousa.

² Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG/CCJS – Campus de Sousa.

³ Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG/CCJS – Campus de Sousa.

Por tal viés, um Direito Penal Clássico não parece mais se coadunar com o momento contemporâneo pelo qual estamos inseridos, onde as condutas criminosas não apenas se expandiram de forma demasiada, como também evoluíram e inovaram nos meios e instrumentalização do crime, bem como em repercussão. Daí surgiram inúmeras teorias que tem como fulcro combater a nova criminalidade, advinda do processo de globalização, dentre elas, a teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida pelo jusfilósofo alemão, Günther Jakobs.

A pesquisa em questão tem a finalidade de analisar a estrutura constituinte da teoria, tanto nos moldes jurídicos-criminológicos, quanto filosóficos; as características inerentes à teoria; sua repercussão, e, essencialmente sua manifestação no ordenamento jurídico penal brasileiro; e, em caso positivo, se esta repercussão é válida e constitucional.

2 ANÁLISE JUSFILOSÓFICA E CRIMINOLÓGICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O indivíduo não nasceu para viver isoladamente. Para que haja uma adequada vivência em coletividade, fez-se necessário um sistema de regras e normas jurídicas que regulem as condutas humanas, sob pena de um Estado pautado em desordem e insegurança jurídica.

Eis a razão punitiva estatal, que tutela bens jurídicos, mediante o direito penal, essencial mantedor da ordem, pois, com arrimo em Moraes (2006, p.2), o “direito é, antes de tudo, o raio-x da ética social”.

É notório que o dever-poder de impor sanções deve ponderar uma intervenção mínima, contudo, com a atual crise que vivenciamos, é crescente a intervenção do Direito Penal para garantir os bens creditados em nossa Carta Maior.

O direito penal deve ser dinâmico; cumpra-lhe seguir o contexto social para regulá-lo adequadamente. Desta forma, o direito penal clássico não está mais apto, por si só, a suprir as demandas infracionais advindas do mundo contemporâneo que passa por uma crise moral e social.

Ainda neste aspecto, Moraes (2006, p. 27) expõe que deste processo globalizado “decorre a insegurança e o medo que tem impulsionado frequentes discursos postulantes de uma tutela da segurança pública, em detrimento de interesses puramente individuais”. Sendo assim, é certo que o conceito de Direito Penal Clássico foi rompido pelo processo de globalização e sua conseqüente macrocriminalidade.

Obviamente que o desejo de segurança é totalmente legítimo, e com razão de ser. No entanto, a sociedade exige do Estado sua pretensão e este, se omitindo, por não conseguir desenvolver uma parcela mínima de políticas públicas voltadas à soluções, por terem alto custo de implantação, faz recair sobre o Direito Penal, todo o encargo de oferecer respostas à sociedade.

Com a demasiada inovação da criminalização e a incapacidade Estatal de contenção mediante políticas públicas essenciais, tanto no quesito de repressão, quanto no que tange a reinserção do condenado na sociedade – com o fito de evitar a reincidência, recai sobre o Direito Penal a necessidade de gerir tais problemas, além de suas capacidades, posto que a intervenção jurídico-penal, tem por premissa basilar, a de ser a *ultima ratio*.

De tal forma, conforme Moraes (2006, p. 57), o direito penal que “não se presta, por si só, a diminuir a criminalidade e não consegue reeducar os condenados, acaba gerando frustrações que, como já brevemente assinalado, ativam a produção de legislações esdrúxulas”, bem como “formatam Magistrados ‘políticos’, ‘economistas’, ‘sociólogos’ e ‘benevolentes com a situação do encarcerado”.

Tal encargo culminou por influenciar uma transformação na legislação penal pátria com uma dinâmica de proliferação de leis penais que tentam acompanhar o contexto social moderno, objetivando englobar todas as esferas com teor repressivo, gerando uma hipertrofia legislativa, mediante uma tendência de criminalizar quaisquer condutas, geralmente, com leis irracionais e com penas desproporcionais.

O grande desafio doutrinário atual é analisar se todo o aparato discutido é suficiente para legitimar e amparar um pretense Direito Penal do Inimigo.

Günther Jakobs apresenta-se como adepto da escola do funcionalismo penal, basicamente dividido em duas vertentes: o funcionalismo moderado, adotado por Claus Roxin, e o funcionalismo radical, adotado por Jakobs.

O funcionalismo radical ou sistêmico proposto por Jakobs, se molda na ideia de que o Direito Penal tem como função a de estabilizar a sociedade, lhe cabendo proteger a vigência das normas, como frisa Moraes (2006, p. 108), “que danoso socialmente não é o fato que ofende o bem jurídico, senão o que contraria a validade da norma”.

No caso, a função da pena é (re)afirmar a vigência da norma, estabilizando todo o sistema social, e o direito, com arrimo em Callegari (*et al.*, 2005, p. 53), “não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação das pessoas”, cabendo ao direito penal, na visão de Jakobs, a função de proteção de suas próprias normas.

Entende Queiroz (2001, p. 121), que a consequência disto é que “ao adotar semelhante perspectiva, Jakobs acaba, em verdade, por substituir o conceito de culpabilidade pelo de prevenção geral”.

Isto porque, a sanção penal, correspondendo a uma reafirmação da norma jurídica, assume o caráter de prevenção geral positiva perante a sociedade, com a finalidade de que o conhecimento das normas e suas consequências jurídicas tenham força coercitiva apta a produzir um comportamento social esperado, e com isso, manter a estabilidade das relações sociais.

Sob o prisma desta construção jus criminológica, Jakobs propõe um sistema penal bifurcado e harmônico, onde a sanção penal tem a premissa de reestabelecer a confiança no ordenamento jurídico, que tinha sido enfraquecido em razão das transgressões penais, restaurando a fidelidade dos cidadãos. Para estes, Jakobs prevê um Direito Penal do Cidadão. Por sua vez, para aqueles que não estão dispostos a retomar esta fidelidade e, assim, demonstram a incapacidade de respeitar o sistema normativo, dar-se-á lugar a um direito diverso, qual seja, o Direito Penal do Inimigo.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO CONFORME GÜNTHER JAKOBS

Partindo-se da premissa de que Jakobs é percussor da teoria funcionalista sistêmica, ou seja, defendendo a proteção do sistema, acredita-se no crime como tripartite, contudo, a conduta ilícita para o referido doutrinador vem a ser um comportamento que viola o sistema.

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi apresentada primordialmente na década de 1980, em contexto ao conflito que se desencadeou na Alemanha, o conhecido “Muro de Berlim”. Esse marco na história alemã foi causador de diversos conflitos e hostilidades, dando luz à teoria mencionada.

Para Jakobs, o Direito Penal deve ser subdividido em duas vertentes, quais sejam, o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, surtindo em Jakobs (2007, p. 21), a ideia de que há “duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal”.

Como se pode constatar, Jakobs idealizou essa diferenciação entre pessoa e inimigo pautado em seu funcionalismo sistêmico, e isto implica dizer que a pena é voltada para quem desautoriza a norma jurídica e, leciona Jakobs (2007, p. 23), que a coação “não se dirige contra pessoa em Direito, mas contra indivíduo perigoso”. Esta pessoa em Direito é o cidadão,

isto é, aquele que se porta com fidelidade ao Direito; e o Direito, por sua vez, é a estrutura que estabiliza as relações sociais e mantém o convívio em coletividade.

O Estado é o principal mantedor da estabilidade social e deve ver os criminosos de duas formas, afirma Jakobs (2007, p. 42), “pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante a coação”, e a forma de se visualizar essa diferenciação é pensar que “quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa”, (isto porque vulneraria o direito à segurança das demais pessoas). Isso não implica dizer que todo delinquente é um adversário, senão aqueles indivíduos que não reconhecem e tampouco se submetem às normas jurídicas impostas pelo Estado.

Isto posto, de acordo com Jakobs (2007, p. 30), “o direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra inimigos: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”.

O Direito Penal do cidadão está voltado a salvaguardar e tutelar os direitos do cidadão, cabendo-lhe ser punido, como leciona Jakobs (2007, p. 17), “criminalmente como transgressor da norma penal, como indivíduo, como pessoa que praticou um crime”. Esta vertente é mais ampla e enquadra a grande maioria das pessoas e criminosos e é, efetivamente, um direito penal garantista, ou seja, reconhece os direitos e garantias do ser humano.

Em contrapartida, o Direito Penal do Inimigo estaria voltado a coibir as condutas criminosas gravíssimas e que atentem contra o Estado; sendo, portando, voltado a uma parcela restrita de criminosos. É autoritário, e com isto se pretender dizer que é um direito que elimina e suprime alguns direitos e garantias do ser humano. Sobre a temática, Pilati (2009, p. 24), esclarece que:

Jakobs propõe o tratamento diferenciado para alguns delinquentes, em especial os criminosos graves, como os terroristas, aos quais se deve aplicar não penas, mas medidas de contenção. Ou seja, ao cidadão que comete um delito, seriam asseguradas as devidas liberdades e garantias penais; o inimigo, ao contrário, não goza do *status* de pessoa e, por isso, não se deveria adotar contra ele o devido processo legal, mas um procedimento de guerra.

Logo, para Jakobs (2007, p. 33), o inimigo é a antítese do cidadão, sendo este último “pessoa que atua com fidelidade ao ordenamento jurídico” e o Direito Penal do Inimigo, com

arrimo em Moraes (2006, p. 162), “é um Direito Penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos”.

Todavia, todo indivíduo nasce com o status de cidadão. Torna-se inimigo com sua ruptura com o Estado. Mas, cumpre ressaltar que o inimigo não é aquele que comete crime grave, tampouco o reincidente, ou ainda o criminoso habitual. Para se tornar inimigo deve haver a consciência do criminoso de se colocar à margem do Estado, sem reconhecê-lo. Com isso, para Jakobs, o inimigo por excelência é o terrorista. De forma mais expansiva, Moraes (2006, p. 167), exemplifica quem são os inimigos da sociedade:

Criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas são os indivíduos potencialmente tratados como ‘inimigos’, aqueles que se afastam de modo permanente do Direito e não oferecem garantias cognitivas de que vão continuar fiéis à norma. Assim, por não aceitarem ingressar no estado de cidadania, não podem participar dos benefícios do conceito de ‘pessoa’. Uma vez que não se amoldam em sujeitos processuais não fazem jus a um procedimento legal, mas sim a um procedimento de guerra.

Assim, inimigos se enquadram no patamar dentre os indivíduos que não reconhecem, nem respeitam o Estado; que se sobrepõem ao Estado na sua atuação. Assim, pela teoria, nem todo criminoso é inimigo; tal personificação é uma exceção, uma minoria restrita adentra nessa classificação. Uma organização criminosa, em especial as facções, é um forte exemplo do ‘inimigo’, conforme dita a teoria, por ser estrutura ilícita de poder, com comando e regras próprias estranhas que desafiam o poder do Estado.

As bases filosóficas para a construção teórica desenvolvida por Jakobs remontam aos filósofos contratualistas, tais como Rousseau, Fichte, Kant e Hobbes. Nesse sentido, Gomes (2010) sintetiza o aporte teórico utilizado com relação ao inimigo, correlacionando os filósofos anteriormente citados da seguinte forma:

a) o inimigo, ao infringir o contrato cidadão, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo deve morrer como tal (Rousseau); b) quem abandona o contrato cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o ‘estado comunitário-legal’, deve ser tratado como inimigo.

Como visto, o Direito Penal do Inimigo é voltado ao combate de inimigos. De tal forma, a esses inimigos seriam aplicados um sistema diferente de punição, caracterizado pela antecipação da punibilidade; pela aplicação de penas mais altas; pela supressão e/ou relativização de algumas garantias processuais e pela ampliação dos poderes de polícia.

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO PENAL BRASILEIRO POR MEIO DA LEI Nº 13.260/2016

A discussão sobre o crime de terrorismo é tema recorrente em todo o âmbito internacional, contudo, seu primeiro debate, de forma propriamente dita, se deu na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1972.

Diante da repercussão de âmbito internacional, o Brasil assumiu o compromisso de colaborar com o combate ao terrorismo, e conforme explícito no Decreto nº 3.018/1999 aderiu à “Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, quando tiverem eles Transcendência Internacional”, comprometendo-se a executar os ditames nela prescritos.

Muito embora o Brasil tenha assumido o compromisso de combate ao crime de terrorismo, até então não se tinha regulamentado tal conduta criminosa, tipificando-a como um ilícito penal de forma propriamente dita, ainda que, por força do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal vigente, que dispõe acerca dos crimes hediondos e equiparados, tem-se um verdadeiro mandato constitucional de criminalização, onde o dispositivo em comento alerta que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia [...], o terrorismo”.

Cumprir ressaltar que os mandados constitucionais de criminalização são instrumentos por meio do qual o legislador constituinte impôs determinados bens jurídicos que devem ser resguardados pela seara penal, não facultando sua atuação, mas sim obrigando o legislador ordinário a criminalizar tais condutas. Logo, por força do mandato de criminalização previsto no inciso XLIII, do artigo 5º, da CF/88, o terrorismo é conduta ilícita penal que tinha por premissa ser regulada pelo legislador ordinário.

É notório que mesmo com o acordo assumido pelo Brasil, e regulado pelo Decreto nº 3.018/1999, de punir e regulamentar a prática de terrorismo, sendo este um mandato constitucional de criminalização em vigor desde 1988, isto é, por aproximadamente 28 anos, não houve real intenção do legislador de cumprir tal posicionamento jurídico.

O que mudou na intenção do legislador ordinário parece não ter sido o impulso jurídico, mas sim o político e social, levando-se em conta o cenário mundial envolvido por recentes atentados terroristas em diversos países, tais como o ocorrido na Cidade de Paris, em meados de novembro de 2015, que culminou em diversas mortes, bem como em razão da realização dos Jogos Olímpicos de 2016, que foram realizados no nosso país.

Após acaloradas discussões doutrinárias, a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, é sancionada, tipificando o crime de terrorismo, tratando das disposições investigatórias e processuais, bem como regulando o disposto no artigo 5º, inciso LXIII, CF/88.

A lei em questão é composta por 20 artigos, tendo como uma das finalidades a de definir o crime em comento. Nesses termos, de acordo com o artigo 2º da referida lei, o terrorismo é assim conceituado:

Consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previsto 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 e a incolumidade pública (grifo nosso).

Analisando o dispositivo supracitado e desmembrando o conceito de terrorismo trazido pela lei, temos que, para que haja o cometimento da conduta ilícita, é desnecessária uma pluralidade de agentes, uma vez que, o terrorismo pode ser cometido por um ou mais agentes.

O crime de terrorismo é classificado como comum, isto é, pode ser praticado por qualquer pessoa, desde que motivado por questões de xenofobia, preconceito de diversas espécies e discriminação, com a finalidade de promover terror social ou generalizado, bem como promovendo exposição de perigo. Basta assim, a verificação da perturbação da psique da vítima, sem perquirições, no sentido de ter-lhe causado o terror, para que haja o cometimento do crime, porém, faz necessária a efetiva exposição ao perigo dos bens tutelados.

Logo, o elemento subjetivo do tipo é o dolo direto ou indireto; este último, quando, diante do cometimento da conduta descrita como de terrorismo, se assume o risco de exposição ao perigo.

No § 1º, ainda do artigo 2º da Lei de Terrorismo, elenca-se quais são os atos de terrorismo, vindo inclusive, a determinar quais os meios e instrumentos a serem utilizados para o enquadramento no tipo penal. Dentre os principais, temos o uso e a ameaça de uso de explosivos, venenos, gases nucleares ou outros meios capazes de promover destruição em massa, bem como o porte, transporte e até mesmo guarda destes instrumentos.

A sabotagem do funcionamento, mediante mecanismos cibernéticos, violência ou grave ameaça à pessoa, de meios de comunicação, de transportes ou dos locais elencados pela lei, também constitui ato de terrorismo, assim como atentar contra a vida ou integridade física de pessoas.

A pena definida em lei para os atos de terrorismo mencionados constitui uma pena de reclusão, com variação de doze a trinta anos, sem prejuízo das penalidades relativas à ameaça ou violência, se cometidas conjuntamente.

Cumprido ressaltar que o legislador excluiu como conduta ilícita definida como terrorismo as manifestações individuais e coletivas que tenham propósito sociais e reivindicatórios, ainda, que com excesso punível, com respaldo no artigo 2º, § 2º, da referida lei, a saber:

À conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados com 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 (grifo nosso).

Também comete conduta ilícita definida como terrorismo, conforme o artigo 3º, a promoção, constituição, prestação de auxílio ou a mera integração em organização criminosa, pessoalmente ou de forma interposta, com pena de reclusão de 5 a 8 anos e multa, sem mencionar que o financiamento de práticas terroristas ou organizações terroristas, de acordo com os núcleos do tipo definidos no artigo 6º, faz recair sob o agente criminoso uma pena ainda maior, qual seja, de 15 a 30 anos.

A Lei nº 13.260/2016 visualizou o perigo advindo dos atos de terrorismo e puniu, previamente, os atos preparatórios, mediante dispositivo contido no artigo 5º, com penas equivalentes ao correspondente delito consumado, com diminuição de um quarto até metade da pena determinada.

Há também presença de majorante dos crimes, segundo o artigo 7º, onde aumentam-se as penas calculadas em um terço ou pela metade, se destes crimes resultar lesão corporal grave ou morte, respectivamente; salvo, “quando for elementar da prática de qualquer crime previsto nesta Lei”.

É possível desistência voluntária e arrependimento eficaz, nos ditames do artigo 10; tentativa de ato de terrorismo; prisão temporária, admissível em qualquer um dos crimes praticados, em acordo com o artigo 18; constrição e administração dos bens que sejam produtos ou proveitos do crime, mediante disposto nos artigos 12 a 14; bem como técnicas especiais de investigação, por força do artigo 16, previstas na Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/2013.

A competência, bastante controvertida, definida em Lei para processamento e julgamento dos crimes de terrorismo é da Justiça Federal, em razão do disposto no artigo 11 da Lei nº 13.260/2016, elucidando que os crimes em questão, para todos os efeitos legais,

“são praticados contra o interesse da União, cabendo a Polícia Federal a investigação criminal, em sede de inquérito policial, e à Justiça Federal o seu processamento e julgamento”.

Mediante esta breve análise dos dispositivos advindos da Lei nº 13.260/2016, Lei de Terrorismo, observamos que, embora tímida e imprecisa em alguns pontos, houve um avanço relevante com a definição e criminalização dos atos de terrorismo, organização criminosa, financiamento e participação direta ou indireta das mesmas, sem mencionar que a legislação atendeu ao compromisso internacional assumido e ratificado pelo Brasil há um longo espaço de tempo, além de possibilitar o aperfeiçoamento da legislação penal pátria, no sentido de enfrentar o terrorismo, que vivido por constantes inovações, assombra e atinge diversas nações, dizimando milhares de vítimas inocentes.

Adentrando no cerne da questão, ao analisar os dispositivos da Lei supracitada, observou-se uma adequação desta legislação com as características preconizadas pela teoria do Direito Penal do Inimigo.

Muito embora os doutrinadores aleguem que, apesar de haver resquícios do pensamento desenvolvido por Jakobs em nossa legislação, esta manifestação, por se apresentar de forma fragmentária, parcial e incompleta em legislações esparsas, não servia para constatar uma real presença e expressão do Direito Penal do Inimigo em nosso ordenamento. Com o advento da Lei nº 13.260/2016, como veremos *a posteriori*, houve uma adequação fiel ao modelo proposto por Günther Jakobs.

A Lei nº 13.260/2016, que regula o crime de terrorismo é uma manifestação direta do que se entende por um Direito Penal do Inimigo, isto é, um direito penal emergencial, bélico e de terceira velocidade.

Tal afirmativa é constatada mediante a estreita relação entre os ditames elencados pela teoria, quais sejam: antecipação da tutela punitiva; aplicação de penas desproporcionais; supressão e/ou relativização de garantias processuais; ampliação dos poderes de polícia; estereótipo fundado na periculosidade do agente em detrimento da sua culpabilidade; existência de um direito penal do autor; bem como um direito prospectivo. Todos esses elementos se coadunam com os dispositivos presentes na Lei de Terrorismo.

Quando o legislador, ao definir o crime de terrorismo, conforme já mencionado no artigo 2º da referida Lei, destacou que a finalidade do ato é o de “provocar terror social ou generalizado, expondo à perigo [...]”, não esclarecendo com lucidez o que efetivamente

provocaria tal temor, além de gerar um crime de perigo, não deixando claro se este perigo seria abstrato ou concreto, culminou em um tipo penal aberto, presença constante na teoria.

Ponto marcante na tipificação dos crimes de terrorismo são as exacerbações das penas a serem cominadas. A punição dos atos de terrorismo elencados no artigo 2º, e seus respectivos incisos, cominam pena de reclusão com variação de 12 a 30 anos, isto é, uma pena equivalente ao delito de homicídio qualificado, mesmo que naqueles as condutas tipificadas consistam, em grande maioria, em “ameaçar usar”, “guardar” ou mesmo “portar” instrumentos capazes de causar danos com destruição em massa.

Neste mesmo sentido, pode-se citar o artigo 6º da Lei em questão, que pune o financiamento e auxílio, direto ou indireto, de atos terroristas; a pena em questão, é de reclusão, que varia de 15 a 30 anos. Menciona-se também a presença da majorante disposta no artigo 7º, que aumenta a pena entre um terço ou até metade, a depender do resultado lesão corporal grave ou morte, respectivamente.

De tal forma, percebe-se a equivalência da Lei nº 13.260/2016 com a teoria do Direito Penal do Inimigo, que prega a cominação de penas altas para punição dos crimes cometidos pelos “inimigos”.

Outro parâmetro com o estruturado por Jakobs é o preconizado no artigo 3º da Lei de Terrorismo, que pune a integração ou participação em organização terrorista. Assim, é notável a presença de crimes de mera conduta e de perigo abstrato, uma vez que, configura-se o crime com a mera conduta do agente, sem necessidade que haja resultado, nem exigência de lesão ao bem jurídico de forma concreta para a penalização.

Característica elementar da teoria preconizada por Jakobs é a antecipação da tutela penal, sancionando, em consequência, os atos preparatórios. A antecipação da tutela tem em vista, de acordo com o pensamento funcionalista sistêmico, a proteção do sistema. A pena, portanto, assume um viés de prevenção geral positiva, e deve cumprir o papel não apenas de retribuir o mal injusto, como também de estabilizar as relações sociais.

Neste condão, o disposto no artigo 5º da Lei de Terrorismo, que pune os “atos preparatórios de terrorismo” de forma autônoma, se coaduna com o Direito Penal do Inimigo, penalizando o agente antes da execução e/ou consumação do delito, contanto que se demonstre o propósito inequívoco de consumir o fato.

Cumprido ressaltar que, muito embora se puna os atos preparatórios, não se pune a fase do *inter criminis* definida como cogitação, isto é, a fase interna do crime, onde o agente

cogita, idealiza e planeja o delito, sem, contudo, haver nenhuma forma de exteriorização do delito pensado, sendo totalmente impunível na esfera penal pátria.

Assim, a título ilustrativo, é possível punir o agente que possua produtos químicos destinados a fabricação de instrumentos capaz de produzir dano em massa, sem necessidade da produção do instrumento de forma propriamente dita, tampouco da instalação e consumação do delito. O mero porte destes produtos químicos, com o animus inequívoco de cometer atos terroristas, já enseja a punição do agente, com enquadramento no artigo 5º da Lei de Terrorismo.

A antecipação da tutela penal foi criticada enfaticamente pelos doutrinadores, posto que, aduz corrente contrária, viola o princípio da ofensividade, punindo-se com base em um direito penal do autor, isto é, analisando a periculosidade do agente.

No que pertine a ampliação dos poderes de polícia, característica do Direito Penal do Inimigo, temos a expressão no artigo 16 da Lei de Terrorismo, que direciona aos crimes desta lei à investigação, processo e julgamento destes de acordo com a Lei nº 12.850/2013, Lei de Organização Criminosa.

Neste sentido, aplica-se à Lei de Terrorismo institutos como a colaboração premiada, ação controlada, interceptação e quebra de sigilo diferenciado, bem como infiltração de agente, que de acordo com a Lei de Organização Criminosa, podem ser utilizados amplamente, em qualquer fase da persecução penal, com a finalidade de conseguir provas.

O próprio artigo 4º, inciso III, evidencia uma prevenção geral positiva, com base em um funcionalismo sistêmico, ao elencar que da colaboração premiada deve resultar, dentre outros, uma “prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa”.

É permitido às autoridades como Delegado de Polícia e Ministério Público, acesso aos dados do investigado elencado na Lei de Organização Criminosa, e agora também admitido para os crimes de terrorismo, independente de autorização judicial, o que nos parece uma relativização de direitos definidos pela Constituição, caracterizando uma supressão destes, como demarca a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Diante de todos os dispositivos mencionados, com sua respectiva correlação com a teoria desenvolvida por Jakobs, observa-se a adequação da Lei nº 13.260/2016, que regula os crimes de terrorismo, com as premissas do Direito Penal do Inimigo, estabelecendo uma legislação pátria nos moldes de uma terceira velocidade do direito penal, isto é, unindo as penas de prisão impostas com supressão de garantias processuais.

A legislação supramencionada apresenta-se como um direito prospectivo, na medida em que regula condutas que ainda não aconteceram efetivamente, punindo o agente “inimigo” de acordo com o que ele poderá fazer, baseando-se na periculosidade que este indivíduo representa, não importando sua culpabilidade, e no alto grau de perigo que suas condutas podem produzir, caso venha a se realizar.

É, portanto, uma legislação que se embasa em um direito prospectivo, preventivo, do autor e de terceira velocidade.

Por todos esses pontos, a Lei nº 13.260/2016 reflete genuinamente um Direito Penal do Inimigo, e por esses e outros motivos, mesmo com pouco tempo de vigência, já é causadora de debates acalorados e controvérsias doutrinárias no mundo jurídico penal, que certamente, ainda percorrerá um longo caminho de discussões com estudos e pesquisas relacionadas ao tema.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante o processo de globalização, adveio uma macrocriminalidade inarrável, onde os ditames pregados por um Direito Penal Clássico-Iluminista não se coadunavam com a coibição de tais crimes. Surgiu espaço para uma modernização do Direito Penal, e com os eventos terroristas que assolaram os Estados Unidos em 2001, o foco destas inovações teóricas se voltou para a teoria desenvolvida por Günther Jakobs. Apesar de alvo de inúmeras críticas, o Direito Penal do Inimigo difundiu-se em diversos ordenamentos.

Encerrado o embate, verificou-se que, com o advento da Lei nº 13.260/2016, houve uma adequação fidedigna ao modelo preconizado por Günther Jakobs em características, punições e estereótipos, findando por demonstrar uma efetiva expressão da teoria estudada, admitindo-se assim, a afirmação de que há uma manifestação do Direito Penal do Inimigo, conforme estruturado por Jakobs, em nosso ordenamento jurídico penal brasileiro, desmitificando os embates doutrinários de que a assunção disto desembocaria em uma violação à direitos e garantias fundamentais, inconstitucionalidade da lei manifestada e incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Com isto não se quer defender que as concepções desenvolvidas por Jakobs devam ser amplamente utilizadas no nosso ordenamento. Ao avesso, acreditamos que, conforme elucidado pelo próprio Jakobs, o Direito Penal do Inimigo é um direito emergencial e de exceção, apenas devendo ser aplicado quando necessário, caso contrário, eclodiria em

arbitrariedades na seara penal, ampliaria a punição apenas na camada social mais vulnerável, e, provavelmente incitaria ainda mais uma impunidade na classe favorável.

De fato, em nossa realidade cultural e social não cabe um amplo uso desta teoria, que só intensificaria os problemas existentes na seara penal e penitenciária. Desse modo, a teoria do Direito Penal do Inimigo é de aplicação emergencial, apenas devendo se manifestar em legislações que aludam sobre bens jurídicos que mereçam tutela excepcional por parte do Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016**. Disciplina o crime de terrorismo. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. **Decreto nº 3.018, de 6 de abril de 1999**. Promulga a Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, quando tiverem eles Transcendência Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3018.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito penal e funcionalismo**. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo, noções e críticas**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do direito penal: o direito penal do inimigo**. São Paulo, 2006. 314 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade de São Paulo: São Paulo, 2006.

PILATI, Rachel Cardoso. Análise crítica do direito penal do inimigo de Günther Jakobs. **Revista Jurídica – CCJ/FURB**, ISSN 1982-4858, Rio de Janeiro, v. 13, nº 25, p. 23 - 44, jan./jul. 2009.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAFFARONI, Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2013.