

JEAN CARLOS DE OLIVEIRA

TERRORISMO:

A TIPIFICAÇÃO DE ATOS PREPARATÓRIOS NA LEI 13.260/2016 SOB A LUZ DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito, Habilitação em Direito do Estado, da Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná para cumprimento parcial dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professora orientadora: Doutora Priscilla Placha Sá

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

JEAN CARLOS DE OLIVEIRA

TERRORISMO:

A TIPIFICAÇÃO DE ATOS PREPARATÓRIOS NA LEI 13.260/2016 SOB A LUZ DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito, Habilitação em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof^a. Dra. Priscilla Placha Sá

Orientadora – Departamento de Direito Penal e Processual Penal da UFPR

Prof^a Dra. Katie Silene Cáceres Arguello

Departamento de Direito Penal e Processual Penal da UFPR

Prof. Dr. Décio Franco David

Departamento de Direito Penal e Processual Penal da UFPR

Curitiba, 23 de novembro de 2018.

Aos meus amigos, à minha família e à Professora Priscilla Placha Sá, o meu eterno agradecimento. À Meiriana Silveira dos Anjos, a minha eterna admiração e carinho.

RESUMO

O objetivo do presente texto é a abordagem crítica da Lei 13.260/16 e das ações estatais que dela derivaram com foco em seu artigo 5º, que criminalizou os atos preparatórios de terrorismo. A metodologia utilizada foi a análise da doutrina atual acerca do tema, que é limitada, bem como a utilização do direito comparado e análise sintático-pragmática das legislações aplicáveis ao terrorismo junto à Lei 13.260/16 sob a óptica da aplicação da presunção de inocência como regra da ordem jurídica nacional. O objetivo específico se revela na demonstração da inconstitucionalidade e violação da presunção de inocência pelo artigo 5º da Lei 13.260/2016 e na confirmação de uma tendência global de antecipação das barreiras de punição. Para produção do presente texto foi necessária uma introdução robusta sobre a questão, seguida de uma análise do conceito do crime de terrorismo no Brasil para, na sequência análise dos atos preparatórios de terrorismo sob a luz da presunção de inocência e do direito penal do inimigo. A partir do exposto foi possível concluir que no tratamento jurídico aplicável ao crime de terrorismo há a incidência manifesta do direito penal do inimigo, ocasionando a supressão de direitos individuais de forma brusca e a expansão do poder punitivo do Estado. Ora, a Lei elencou condutas que se enquadram como tipos penais amplos, flexibilizando o poder punitivo estatal, já que o ordenamento jurídico permite tratamento especial para determinados criminosos, a ponto de violar a própria lógica do *iter criminis*, ou seja, uma conduta humana típica, antijurídica e culpável. Logo, o artigo destinou-se a analisar tais elementos de direito material sob a óptica da Constituição da República e de elementos da legislação infraconstitucional calcada em tratados internacionais à luz da presunção de inocência e do direito penal do inimigo, concluindo pela incoerência de tal dispositivo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Terrorismo. Lei 13.260/2016. Presunção de Inocência. Direito Penal do Inimigo. Atos Preparatórios.

ABSTRACT

The objective of this text is a critical approach to Law 13.260/16 and the state actions that derived from it, focusing on its article 5, which criminalized the preparatory acts of terrorism. The methodology used was the analysis of the current doctrine on the subject, which is limited, as well as the use of comparative law and syntactic-pragmatic analysis of the laws applicable to terrorism in Law 13.260/16 from the perspective of the application of the presumption of innocence as rule of the national legal order. The specific objective is revealed in the demonstration of unconstitutionality and violation of the presumption of innocence by Article 5 of Law 13.260 / 2016 and in the confirmation of an overall trend of anticipation of punishment barriers. For the production of this text a robust introduction on the subject was necessary, followed by an analysis of the concept of the crime of terrorism in Brazil for, following analysis of the preparatory acts of terrorism in light of the presumption of innocence and criminal law of the enemy. From the above, it was possible to conclude that in the legal treatment applicable to the crime of terrorism there is a clear incidence of the criminal law of the enemy, causing the suppression of individual rights abruptly and the expansion of the punitive power of the State. However, the Act has listed conduct that is broadly defined as a criminal offense, rendering the state punitive power more flexible, since the legal system allows special treatment for certain criminals, to the point of violating the very logic of *iter criminis*, that is, a typical human conduct, unlawful and guilty. The article was therefore intended to analyze these elements of substantive law from point of view of the Constitution of the Republic and elements of legislation based on international treaties in the light of the presumption of innocence and the criminal law of the enemy, and concluded by the incoherence of such legal provision.

KEY WORDS: Terrorism. Law 13.260 / 2016. Presumption of Innocence. Criminal Law of the Enemy. Preparatory Acts.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O TERRORISMO NO BRASIL	9
2.1 Bem jurídico: o conceito e a definição de terrorismo segundo a Lei 13.260/16	12
3 A TIPIFICAÇÃO DOS ATOS PREPARATÓRIOS, A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO	15
3.1 Legislação antiterrorista e a presunção de inocência	19
3.2 Aplicação da Lei 13.260/2016.....	27
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	28
REFERÊNCIAS	30

1 INTRODUÇÃO

As problemáticas envolvendo o terrorismo são reiteradamente discutidas pela mídia e pelo Direito, porém o foco sempre se voltou aos eventos ocorridos em meio a Europa ocidental e a América Anglo-Saxã, ocasionando a aparência de que tais fatos não atingem de forma tão grave quanto, ou ainda mais, o restante da comunidade global, como a América Latina: tal premissa não se sustenta. Primordialmente, em razão da realização das Olimpíadas de verão no Rio de Janeiro em 2016, os olhos do mundo ocidental voltaram-se ao Brasil, eis que se tratou de grande evento, com a participação de inúmeras figuras relevantes no cenário político ao redor do mundo, inclusive autoridades do alto escalão europeu e americano, proporcionando notoriamente um ambiente propício a ações terroristas. Indubitavelmente isso impulsionou a promulgação da Lei 13.260/16 e a execução de medidas antiterrorismo no País, as quais já se delinearam durante a Copa do Mundo de Futebol em 2014.

O terrorismo, em sentido mais abrangente, como é abordado pelas grandes potências mundiais, não é objeto do presente texto, já que se trata de tema amplíssimo: o presente tema limita-se à abordagem da questão perante o Brasil no que diz respeito ao artigo 5º da Lei 13.260/2016 e outras legislações aplicáveis sob uma óptica funcionalista, cotejando a presunção de inocência¹ e o direito penal do inimigo aos dispositivos da Constituição da República. A pesquisa justifica-se na medida em que o tema, sendo notoriamente atual, encontra-se em constante debate e, nos últimos anos, tem atingido com mais intensidade o âmbito latino.

Ora, o mundo vive atualmente a maior crise migratória de todos os tempos² em razão dos conflitos armados no Oriente Médio entre o Estado e as forças rebeldes classificadas muitas vezes como terroristas, sendo o Brasil um dos grandes acolhedores da população fragilizada desses locais (segundo a OIM, em 2015, a população imigrante do Brasil era de 0,34% do total da população residente)³. Os imigrantes no Brasil encontram, em 73% dos casos até o ano de 2015, um ambiente respeitoso e sem preconceitos, apesar das dificuldades

¹ Neste texto, entende-se a presunção de inocência como regra/dever de tratamento, como será exposto no subcapítulo 3.1.

² ANISTIA INTERNACIONAL. ONG. **Não há uma crise migratória na Europa, mas uma crise de morte de migrantes e refugiados.** 2015. Disponível em: <https://anistia.org.br/noticias/nao-ha-uma-crise-migratoria-na-europa-mas-sim-uma-crise-de-morte-de-migrantes-e-refugiados/>. Acesso em: 30/10/2018.

³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÃO. ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Migração Mundial.** Disponível em: <https://www.iom.int/world-migration>. Acesso em: 21/08/2018.

burocráticas com o processo de imigração⁴, porém há situações em que se configuram casos críticos, como os de xenofobia, fato que agride de forma vicinal a recente Lei de Migração, promulgada em 24 de maio de 2017 (Lei 13.445 de 2017) e abre espaço ao chamado terrorismo doméstico, conforme artigo 2º da Lei 13.260/16.

O Brasil possui o maior território da América Latina e, por consequência, muitas regiões de fronteira e diversas embaixadas e consulados: faz-se necessária política de prevenção e abordagem ao terrorismo de forma mais clara. O Brasil integra o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI), cuja presidência lhe foi incumbida no período de julho de 2008 a junho de 2009, contudo o País nunca atuou de forma incisiva no combate ao terrorismo. Por exemplo: a partir de 2014, contra o Estado Islâmico, o Governo do Brasil optou por não se envolver, fazendo valer o princípio da não intervenção insculpido na Constituição da República, porém foi alvo de críticas pela comunidade internacional⁵.

Reitera-se que a discussão sobre o terrorismo no Brasil surgiu antes da atual legislação, inclusive havendo outras leis aplicáveis, como a 13.170 de 2015, que visa a rastreabilidade de bens e serviços que possam ser utilizados em atos terroristas, além do Decreto 5.639, de 26 de dezembro de 2005, que promulgou a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002.

O terrorismo é crime de difícil compreensão, pois se trata de um fim, para o qual se requer a prática de outros delitos, usualmente incêndios, explosões, uso de toxinas, entre outros, restando muitas vezes incerto o motivo pelo qual tal ato é praticado. Outrossim, o terrorismo pode ser entendido, por muitas vezes, como ato de insurgência contra um governo extremista. No Brasil tal problemática também se mostra presente, já que a atual lei antiterror possui dispositivos que podem ser

⁴ BRASIL. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Assessoria de Comunicação do Ministério da Justiça. Pesquisa revela situação de migrantes, apátridas e refugiados.** Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=26669&catid=8&Itemid=6. Acesso em: 21/08/2018.

⁵ NUNES, Paulo Henrique Faria. Terrorismo no Brasil: análise crítica do quadro normativo e institucional. **Revista de la Facultad de Derecho**, nº42, Montevideo, jun. 2017 . In: Scielo Uruguay. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652017000100027&lang=pt. Acesso em: 15/10/2017.

interpretados de tal maneira que seja possível a restrição à liberdade de expressão da população, como já ocorrera em relação ao movimento *Black Bloc*.⁶

A tipificação dos atos preparatórios pode ser ponderada à luz das notas de Claus Roxin, considerando a ação típica como a realização de um risco não permitido, deduzindo a conduta jurídico-penal relevante do objetivo do direito penal, qual seja o de defender o indivíduo dos riscos sócio-políticos intoleráveis. Tal ideia vai além do simples dogmatismo e tematiza com problemas fundamentais da sociedade moderna, permitindo questionamentos empíricos.⁷ Na criminalização dos atos preparatórios de terrorismo há necessidade de comprovação de um propósito inequívoco do cometimento de atos de terrorismo, que não podem ocorrer senão por meio de investigações empíricas que derivem provas concretas, caso contrário, estar-se-ia antecipando barreiras de punição, aplicando pena a uma conduta que sequer chegou a ser tentada.

Cotejando a ideia acima exposta à teoria do direito penal do inimigo, vale salientar o pensamento crítico de Zaffaroni, o qual afirma como hipótese básica desta corrente que o *jus puniendi* estatal sempre recaiu sobre determinados indivíduos destacados como inimigos da sociedade e do Estado, negando de forma legitimada a estes seus direitos fundamentais garantidos inclusive no âmbito internacional (direitos humanos), ou seja, a própria Lei discrimina-os e que tal condição é totalmente incongruente ao paradigma do Estado Democrático de Direito, mas sim característico de um Estado absolutista.⁸

Pois bem, restando minimamente claro que o Brasil de fato possui relação próxima com o combate ao terrorismo, justifica-se a presente pesquisa ao se propor a análise crítica dos pontos de maior polêmica da lei 13.260/16, referentes ao conceito de terrorismo e à tipificação de seus atos preparatórios, à luz da realidade concreta e da presunção de inocência.

2 O TERRORISMO NO BRASIL

Como delineado, em que pese a lei antiterrorismo brasileira ser recente, a preocupação com tal conduta é mencionada já há um tempo no ordenamento pátrio,

⁶ GAZETA DO POVO. **A Resposta da Justiça aos *black blocs***. 2018. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaao/editoriais/a-resposta-da-justica-aos-black-blocs-3byt9a_a2dwz_p0u5gdqlljs0pj/. Acesso em: 20/08/2018.

⁷ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª Ed. Trad.:Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 80-81.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad.: Sérgio Laramão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11.

ainda que de forma menos específica. Apesar de haver previsão constitucional para o crime de terrorismo desde 1988, tanto como sendo um princípio fundante da República o repúdio ao terrorismo (artigo 1º, inciso VIII, da Constituição da República), bem como dispendo que a lei deverá considerar tal conduta inafiançável (o que não possui grandes efeitos pragmáticos), mas também insuscetível de anistia, graça ou indulto, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (artigo 5º, inciso XLIII, CR), ressalto que também já havia menção pela Lei de Segurança Nacional (artigo 20º da Lei 7.170 de 1983).

As condutas interpretadas como atos terroristas ensejam debates em diversas searas jurídicas (Penal, Constitucional, Internacional, Processual Penal e Direito Comparado), contudo sendo o foco a política criminal pertinente e o direito material aplicável, tem-se que o crime de terrorismo, ao lado do tráfico de drogas, ocupa papel de destaque no cenário da cooperação penal internacional.

O terrorismo, sob aspecto interno, possui reflexos tanto para a segurança pública, quanto para a defesa nacional, o que acarreta repercussões complexas no tratamento da questão, por exemplo no que diz respeito à atuação dos órgãos de repressão em ações antiterroristas. No Brasil, cabe à Polícia Federal investigar, como polícia judiciária, casos suspeitos de terrorismo, contudo, como mencionado, tal crime envolve uma série de fatores que possibilitam a colaboração de diversos agentes de repressão e investigação, como a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) e as próprias Forças Armadas.

A elaboração e promulgação da Lei 13.260/16 foi evidentemente açodada por parte do Congresso Nacional, ocasionando adversidades e ignorando diversos pontos problemáticos sobre o tema, como bem expuseram Loguercio, Giorgi e Lopes: a tramitação da Lei durou pouco mais de seis meses, impedindo a participação social de forma ampla e, conseqüentemente, não se levou em consideração a complexidade do fenômeno terrorista, a dificuldade, internacionalmente reconhecida do labor de se conceituar e combater juridicamente o terrorismo, o risco de, em nome da guerra ao terror, restringir ou até extinguir direitos fundamentais, como o de reunião e manifestação, além da análise superficial do conjunto normativo já existente, o que, segundo os autores, inviabiliza

a identificação da necessidade de uma reforma legislativa e de sua eventual extensão.⁹

Vale salientar a breve utilização do direito comparado como instrumento de exemplificação. Focando na realidade latina, cabe elencar as legislações de outros países para que se possa compreender de forma mais clara a brasileira, afinal o Brasil foi o último país da América do Sul a tipificar o terrorismo:

Nos anos 1980, debates semelhantes aos ocorridos no Brasil aconteceram em alguns países vizinhos. Nota-se que o Chile possui uma lei antiterrorismo desde 1984. Embora o atual Código Penal colombiano seja de 2000, o de 1980 já tipificava o terrorismo (art. 187). O Peru, em virtude do combate a grupos extremistas (v.g. Sendero Luminoso) aprovou legislação específica no governo Fujimori; não obstante, alguns dispositivos foram declarados inconstitucionais no início deste século.¹⁰

Masi definiu o terrorismo como a prática do terror como ação política, que procura alcançar, com o uso da violência, objetivos que poderiam, ou não, serem atingidos pelo exercício regular de direito¹¹, criando necessariamente um sentimento de afronta generalizado ao poder vigente. A questão em pauta encontra amparo justamente na aplicação de conceitos como este à realidade brasileira e de outros países latinos – veja-se, por exemplo, o movimento “Sul é meu País”, que visa o desmembramento dos estados sulistas do restante do Brasil; caso algum atentado seja praticado em nome desse movimento, este poderia ser considerado um ato de terror com cunho separatista pelo conceito acima exposto.

Segundo Zaffaroni, os sistemas processuais penais latinos buscam e atingem o inimigo de formas semelhantes: por exemplo, através da aplicação da prisão provisória como um confinamento cautelar por tempo indefinido. Para o nobre autor, o Direito Penal atualmente opera com base na periculosidade do inimigo, não de

⁹ LOGUERCIO, José Eymard; GIORGI, Fernanda Caldas; LOPES, Antonio Fernando Megale. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016 - "Lei antiterrorismo". 2016. In: **Migalhas**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239952,11049-Lei+n+13260+de+16+de+marco+de+2016+Lei+antiterrorismo>. Acesso em: 10/11/2017.

¹⁰ NUNES, Paulo Henrique Faria. Terrorismo no Brasil: análise crítica do quadro normativo e institucional. **Revista de la Facultad de Derecho**, nº42, Montevideo, jun. 2017. In: Scielo Uruguay. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652017000100027&lang=pt. Acesso em: 15/10/2017.

¹¹ MASI, Carlo Velho. Terrorismo e a Inalienabilidade dos Direitos Fundamentais: reflexos na legislação brasileira em elaboração. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, nº 54, jun-jul. 2013, p. 30.

seus atos concretos em si, mas simplesmente na periculosidade da mera suspeita de seus atos¹². Ora, é exatamente o que ocorre na tipificação de atos preparatórios.

2.1 Bem jurídico: o conceito e a definição de terrorismo segundo a Lei 13.260/16

Pois bem, a Lei 13.260/16 concretizou o mandado de criminalização constitucional previsto pelo artigo 5º, inciso XLIII da Constituição da República, o qual estabelece o terrorismo como crime inafiançável e insuscetível de anistia, graça ou indulto, sendo que por sua prática podem ser responsabilizados os mandantes, os executores e os que, podendo evita-lo, se omitirem. Em suma, nota-se clara preocupação do constituinte brasileiro com a severa punição ao terrorismo, sobretudo por tal mandado se encontrar no Título II da Constituição da República, caracterizando-se, portanto, como uma cláusula pétrea.

Segundo Suarez, há três abordagens principais acerca do conceito de terrorismo, a primeira elege o conceito de terrorismo como ação islâmica para incutir o terror, a segunda analisa o terrorismo a partir de seu contexto político e a terceira visa conceituar o terrorismo através de suas estratégias de ação¹³. Já de acordo com Peterke¹⁴:

[...] o terrorismo é uma estratégia de comunicação de grupos que lutam na clandestinidade contra determinado sistema ou ordem (econômica, política, religiosa, entre outras). Sendo assim, eles dependem da mídia como um cúmplice involuntário.

No que se refere à legislação infraconstitucional promulgada em 2016, tem-se que a mesma estabeleceu, em seu artigo 2º, um conceito do crime de terrorismo, visando dirimir a dúvida que ainda pairava sobre o tema, afinal, é imprescindível a tipificação clara e objetiva das condutas criminosas para que o direito material e o direito processual penal atuem de forma eficaz e garantista sobre os indivíduos: fatalmente o legislador não obteve sucesso.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 109-110.

¹³ SUAREZ, Marcial A. Garcia. Terrorismo e política internacional: uma aproximação à América do Sul. **Contexto Internacional**, vol.34, nº2, 2012. In: Scielo. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292012000200001&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 11/11/2017.

¹⁴ PETERKE, Sven. Obrigações Internacionais para a Criminalização do Terrorismo e Modelos de Implementação: principais opções para o legislador brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, nº 204, 2014, p. 111.

Verifica-se que a Lei em pauta não dispõe de uma definição de terrorismo na verdade, mas tão somente de um conceito, qual seja a prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos no artigo 2º da Lei Antiterrorismo¹⁵, 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”. A norma não define terror, social ou geral e, como se sabe, também não há definição pacífica para os conceitos de ordem pública apresentados pela Lei.

No Chile, a Lei Antiterrorismo, em que pese não tipificar atos preparatórios explicitamente, autoriza a prisão preventiva sob mesmos motivos demasiadamente subjetivos e frágeis como os da lei brasileira, além de permitir a prisão e condenação de menores inimputáveis quando se trata do crime de terrorismo, conforme Lei chilena nº 18.314/84¹⁶, artigo 1º, veja-se:

En la mayoría de los casos por terrorismo el fundamento para denegar la libertad es la gravedad del delito, y este a su vez es uno de los criterios que por mandato legal debe seguir el juez para establecer la existencia de un peligro para la seguridad de la sociedad. Considerando que los delitos de terrorismo son siempre graves, y sus penas son también muy altas, las posibilidades de obtención del beneficio de ser procesado en libertad se difumina, máxime si debe cumplirse con la restricción constitucional. Así, como efecto de la aplicación combinada del art. 140 del CPP y del art. 19 N° 7 letra e) de la Constitución, la prisión preventiva se transforma en una verdadera pena anticipada.¹⁷

¹⁵ § 1º São atos de terrorismo:

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

II - (VETADO);

III - (VETADO);

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

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

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

¹⁶ CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Ley 18.314 de 16 de mayo de 1984. **Site da Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.** Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29731>. Acesso em: 15/09/2018.

¹⁷ DÍAZ, Myrna Villegas. El terrorismo en la Constitución Colombiana. **Revista de Derecho (Valdivia)**, vol.29, nº2, Valdivia, 2016. In: Scielo. Disponível em:

Segundo Roxin¹⁸, o propósito basilar ao se criminalizar alguma conduta humana traduz-se na proteção a um bem jurídico, que é o índice, limitador do poder penal do Estado, sendo a Constituição o melhor meio de se definirem os bens jurídicos. No que tange ao crime de terrorismo, como já mencionado anteriormente, se está diante de um delito fim, o qual se vale de delitos meio para sua concretização. Neste sentido, observa-se que o Legislador nacional estabeleceu delitos gerais cometidos com uma finalidade específica, mas indefinida, autorizando a previsão de uma pena mais severa.

Não obstante, como bem salientaram Fernandes e Terra¹⁹, há duas correntes acerca da questão acima, a primeira afirma que o terrorismo não se trata de crime autônomo em razão do crime meio, isto é, o bem jurídico tutelado é o mesmo (exemplo: explosão de um ônibus com passageiros trata-se de homicídio, logo o único bem jurídico albergado seria a vida, independentemente se a explosão foi causada com a finalidade de causar terror).

Porém, há uma segunda corrente, que afirma o terrorismo como delito agressor de bens jurídicos distintos. Os autores acima mencionados ainda ressaltam que dentro desta última corrente há duas divisões: a primeira afirma que há proteção a dois bens jurídicos diferentes e autônomos, um primeiro individual, como a vida, e um segundo supraindividual, como a incolumidade pública. Já a segunda vertente afirma que o terrorismo lesiona o bem jurídico individual, modificando o supraindividual conforme a finalidade do crime no caso concreto, assim os delitos de terrorismo teriam diferentes bens jurídicos tutelados a depender da finalidade do ato concreto. A segunda divisão foi a adotada pela Lei 13.260/16.

Ante todo o exposto, percebe-se que a legislação nacional ainda não conseguiu tipificar de forma inequívoca o crime de terrorismo a ponto de impedir a aplicação genérica de princípios demasiadamente abertos, como o de paz, incolumidade e ordem pública. Justamente nesta toada, Fernandes e Terra²⁰ afirmaram que a legislação brasileira não delimitou um caráter político, limitando-se

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502016000200014&lang=pt. Acesso em: 10/10/2017.

¹⁸ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Organização Alair Leite. Tradução de Luís Greco *et alii*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36. Disponível em: http://www.marcialpons.com.br/wp-content/uploads/2014/08/L-37_tira-gosto_Novos-estudos-de-direito-penal_Claus-Roxin.pdf. Acesso em: 10/09/2018.

¹⁹ FERNANDES, Álvaro Antanavicius; TERRA, Luiza Borges. O Crime de Terrorismo: um olhar sobre a punibilidade dos atos preparatórios. In: **Lei Antiterrorismo: Lei 13.260/2016**. Coord.: Gabriel Habib. Salvador: Editora JusPodium, 2017, p. 21.

²⁰ *Ibidem*, p. 24.

a estabelecer a finalidade do crime de terrorismo a causar terror social ou generalizado, ao contrário do que se observa na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83), a qual menciona o terrorismo em seu 20º artigo, denotando um aspecto político, mas ainda sem definir qualquer conceito, veja-se:

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

Outrossim, imprescindível salientar o Projeto de Lei 5.065/2016 da Câmara dos Deputados, que altera o artigo 2º da Lei 13.260/2016, dando nova redação ao seu *caput* e ao seu § 1º, inciso V, acrescentando os incisos VI, VII e VIII ao seu § 1º, e revogando o seu § 2º. A proposta expande o artigo 2º da Lei 13.260/2016, ou seja, o conceito legal de terrorismo, aduzindo que também configuram atos de terror aqueles que sejam cometidos por motivação ideológica, política, social e criminal, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública, a incolumidade pública e a liberdade individual, ou para coagir autoridades, concessionários e permissionários do poder público, a fazer ou deixar de fazer algo. Sendo o presente PLC aprovado, a liberdade de expressão, isto é, a própria democracia brasileira restará drasticamente afetada, eis que será possível o enquadramento de condutas republicanas de protesto popular como atos de terrorismo: um verdadeiro regresso.

Isso posto, temos que há uma tendência pela criminalização de determinados criminosos tratados como inimigos do Estado e da Sociedade. Como afirmou Zaffaroni, trata-se de uma avanço em detrimento do direito penal garantidor dos direitos humanos ao ponto de se antecipar as sanções penais, quebrando “barreiras de punição (até os atos preparatórios), na desproporção das consequências jurídicas”.²¹

3 A TIPIFICAÇÃO DOS ATOS PREPARATÓRIOS, A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 14.

Feita a exposição imprescindível do conceito de terrorismo, parte-se para análise de seus atos preparatórios. Sabe-se que o conceito analítico de crime estabelece o chamado *iter criminis*, o qual possui um lapso entre a idealização do delito e sua consumação. Este espaço compreende os atos de preparação e execução. Os atos de execução *per se* podem ser punidos em alguns tipos, qualificando a tentativa; já os meramente preparatórios são irrelevantes ao Direito Penal (ou eram).

De acordo com Zaffaroni, “tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente previstas)”. O tipo penal é logicamente necessário, pois, se fosse diferente, cair-se-ia em análises de condutas sem relevância penal, ainda que antijurídicas e culpáveis.²² Ainda segundo o autor, partindo do conceito complexo de tipo, que inseriu o querer do resultado no plano da tipicidade, o tipo proíbe sempre uma conduta e não uma causação,²³ sendo imprescindível para configuração de qualquer delito a ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado: é o que fornece uma finalidade à norma penal.²⁴

Quanto à tipicidade de determinada conduta, faz-se necessário um alerta, pois não se deve confundir o tipo com a tipicidade ou tipificação, pois o tipo é fórmula que integra à lei, enquanto a tipicidade integra a conduta humana.²⁵

Segundo o Código Penal, artigo 14, incisos I e II, respectivamente, tem-se o delito consumado quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal, enquanto que há tentativa quando iniciada a execução, não se consuma o crime por circunstâncias alheias à vontade do agente. No mesmo diploma, em seu artigo 31, resta claro que o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

Segundo Zaffaroni, a tentativa está numa etapa anterior à realização consumada do delito e esta deve alcançar certo grau de desenvolvimento para que possa ser típica, caso contrário perder-se-ia toda segurança jurídica. O *iter criminis* é, para o autor, um processo que alberga a concepção da ideia do delito, a decisão,

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. Parte Geral. 10ª Ed. São Paulo: RT, 2013, p. 399.

²³ *Ibidem*, p. 407.

²⁴ *Ibidem*, p. 416.

²⁵ *Ibidem*, p. 400.

a preparação, a execução, a consumação e, por fim, o exaurimento, que atinge de fato o bem jurídico penalmente tutelado. Sobre os atos preparatórios Zaffaroni indicou com firmeza a impossibilidade de distinção destes com os atos executórios por meio de critérios subjetivos, pois, segundo o autor, “qualquer ato de preparação acaba sendo um ato de tentativa, já que a vontade criminosa há em todas as etapas”.²⁶ Ainda segundo o nobre autor argentino, é imprescindível o plano concreto do autor para poder realizar uma distinção correta entre os atos de preparação e execução, ou seja, é necessária análise empírica, o chamado critério objetivo-individual.²⁷

Ora, sendo assim, tem-se que atos preparatórios para o delito de terrorismo não se encaixam como delitos, eis que a preparação neste caso não atinge o bem jurídico supostamente tutelado pelo artigo 2º da Lei 13.260/2016 e parte de uma análise subjetiva *prima facie*. A tentativa em si já se trata de uma antecipação de punição²⁸, eis que sanciona penalmente os atos de início da execução, mas ainda assim deixa além do âmbito da punição atos de preparação, prévios à execução do fato.²⁹

Fernandes e Terra³⁰ fazem um adendo neste ponto para afirmarem que os atos de vontade ou de preparação apenas têm atenção quando expressamente criminalizados como condutas autônomas, como exemplo o artigo 288 do Código Penal – não obstante parece que isso já retira, em verdade, seu caráter preparatório ou de idealização.

O artigo 5º da Lei 13.260/16 determina que haverá punição com a pena corresponde ao delito consumado, diminuída de um quarto até metade, àqueles que realizarem atos preparatórios de terrorismo com o “propósito inequívoco” de consumarem o crime. Preliminarmente, o Legislador não definiu o que são atos preparatórios de terrorismo, deixando o tipo penal em aberto, possibilitando a arbitrariedade do Judiciário. Ademais, a tipificação de tais atos acabou por excluir da análise das agências penais a tentativa de crime (artigo 14, II, CP) quando se trata de terrorismo, eis que agora há uma espécie de antecipação da própria tentativa,

²⁶ Ibidem, p. 627.

²⁷ Ibidem, p. 628.

²⁸ Salienta-se que o crime tentado não se confunde com a criminalização dos atos preparatórios, nem com os crimes de atentado, como o previsto pelo artigo 352 do Código Penal.

²⁹ Ibidem, p. 623.

³⁰ FERNANDES, Álvaro Antanavicius; TERRA, Luiza Borges. O Crime de Terrorismo: um olhar sobre a punibilidade dos atos preparatórios. In: **Lei Antiterrorismo: Lei 13.260/2016**. Coord.: Gabriel Habib. Salvador: Editora JusPodium, 2017, p. 27.

tendo ao Legislador não bastado a complexa tarefa de definir os atos de terrorismo, também optou por criminalizar meros atos preparatórios.³¹

A Lei 13.260/16 expressa o contrário do supracitado pelo Código Penal em seu artigo 5º, ao tipificar atos meramente preparatórios com base em juízo eminentemente subjetivo da agência penal responsável. Contudo, parece ser tal mandamento inconstitucional com base no direito fundamental da presunção de inocência, sendo a função do Direito Penal limitar a atuação estatal face ao cidadão, não ampliá-la desta forma demasiadamente imprecisa. Aqui prevalece claramente o direito penal do autor, que se trata de uma “corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como uma manifestação de uma forma de ser do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva”.³²

Desde logo, é possível notar que ao tipificar atos preparatórios se está a expandir o Direito Penal de forma minimamente duvidosa e perigosa, como se extrai do exame da Lei Antiterrorismo e do PLC 5.065/2016, pois, como mencionado, viola-se claramente a norma internacionalmente reconhecida e constitucionalmente incorporada como regra da presunção de inocência e o próprio conceito analítico de crime, ao criminalizar condutas que sequer chegaram a ser tentadas e contra um bem jurídico insuficientemente delimitado.

Os atos preparatórios para um delito, em regra, nada têm a ver com a conduta humana típica, antijurídica e culpável – no terrorismo isso não é diferente, veja-se: ainda que haja a compra de explosivos, como a dinamite, tal conduta per si não configura crime de terrorismo, mas sim de aquisição, sem licença da autoridade, de substância ou engenho explosivo (artigo 253 do Código Penal). Porém, se a compra for efetuada por um jovem que possui em suas redes sociais algum elemento que possua referência ao islamismo, isso pode ser enquadrado como ato preparatório de terrorismo sob uma óptica arbitrária, sendo o jovem sancionado e estigmatizado como inimigo do Estado, isto é, como se terrorista fosse, ainda que a compra de dinamite na verdade se destinasse à explosão de uma pequena pedreira na chácara de sua família, a qual é adepta ao islamismo desde suas origens.

³¹ Ibidem, p. 29.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. Parte Geral. 10ª Ed. São Paulo: RT, 2013, p. 113.

Ante todo o exposto, tem-se que os crimes de terrorismo e de seus atos preparatórios para a lei brasileira tratam-se de tipos penais abertos³³, ou seja, tipos em que há pouca precisão a respeito da conduta proibida pelo legislador. Estes tipos podem ser questionados à luz da Constituição da República, logo merecem maior atenção.

Como bem afirmou Azevedo³⁴, quando não se consegue extrair da hipotética situação de perigo a idoneidade abstrata da ação perigosa, o modelo não se amolda à exigência constitucional da culpabilidade, ou seja, a mera subsunção de um fato à norma típica abstrata traduz-se numa hipótese precária e controversa de criminalização.

Além de toda a reflexão mencionada, vale também salientar o texto do artigo 10º da Lei 13.260/2016, prevendo que mesmo antes de iniciada a execução do crime de terrorismo, na hipótese do art. 5º desta Lei, aplicam-se as disposições do artigo 15º do Código Penal, ou seja, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz. Ora, como é possível se desistir ou se arrepender de atos preparatórios de um crime, isto é, agora o Direito Penal preocupa-se com o plano ideal de uma conduta, eis que neste momento, antes ainda da realização de atos preparatórios, há apenas a consciência do indivíduo, uma simples ideia. Logo, a Lei 13.260/2016 é incoerente em mais este ponto.

Por fim, como elo ao próximo tópico, veja-se a Resolução 2.178/2014, adotada pelo Conselho de Segurança da ONU, com eficácia a todos os Estados membros, que, em seu artigo 8º, restringiu drasticamente o direito de ir e vir de cidadãos com a mera suspeita de envolvimento com terrorismo, especialmente no tocante à *Al-Qaeda*. Pois bem, analisando a maioria das normas que preveem o crime de terrorismo atualmente, pode-se deduzir opção do Estado por um inimigo, do qual podem ser suprimidos os direitos mínimos ou fundamentais.

3.1 Legislação antiterrorista e a presunção de inocência

Em análise no plano sintático, ou seja, a relação dos signos jurídicos com eles próprios, e também no plano pragmático, acerca de alguns dos principais artigos do Estatuto de Roma, promulgado pelo Brasil através do Decreto

³³ *Ibidem*, p. 402.

³⁴ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O Enfrentamento do Terrorismo e o Dever de Colaboração do Cidadão com as Liberdades dos Demais. In: **Lei Antiterrorismo: Lei 13.260/2016**. Coord.: Gabriel Habib. Salvador: Editora JusPodium, 2017, p. 50.

4.388/2002, cotejado ao artigo 5º da Lei Antiterrorismo do Brasil (Lei 13.260/16) e a alguns dos artigos da Convenção Interamericana contra o Terrorismo, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto 5.639/2005, é possível perceber a influência e a presença clara do Direito Penal do Inimigo.

Antes, temos que essa teoria, criada pelo ilustre jurista Günter Jakobs, amplamente difundida pelo mundo, afirma que há dois tipos de criminosos, os quais merecem tratamento diverso. Em suma, há os criminosos eventuais ou meramente desviantes, que se tratam de cidadãos que cometeram um deslize e, por conseguinte, alguma atitude tipicamente prevista como delito, mas isso não os desqualificam como cidadãos, principalmente a depender da natureza do crime. Por outro lado, há aqueles indivíduos que cometem delitos de forma reiterada, ou não, mas que se tratam de crimes *inaceitáveis*, que acabam por desqualificar a pessoa como cidadão, sendo viável, inclusive, a supressão de direitos fundamentais desse indivíduo em prol da persecução penal. “O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos”.³⁵

Zaffaroni critica amplamente a teoria do Direito Penal do Inimigo, como já mencionado neste texto, eis que recusa firmemente o tratamento diferenciado aos considerados inimigos ou estranhos, vez que tal premissa atinge diretamente o Estado de direito concreto, sendo qualquer racionalização realizada por tal teoria representativa de uma ruptura “do instrumento orientador da função política do direito penal”, posto que o princípio ideal do Estado de direito para o autor não admite exceções.³⁶

Outrossim, deve-se destacar que a presunção de inocência é oriunda de um movimento pelo processo penal democrático e, apesar de muitas vezes mencionada como princípio, passível de ponderação no caso concreto segundo a clássica teoria de Robert Alexy, trata-se, de acordo com Aury Lopes Junior e Gustavo Badaró, para o ordenamento pátrio, de uma regra de tratamento e de julgamento em face dos cidadãos³⁷. Ora, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”: não há espaço nesta norma para ponderação, ela é

³⁵ JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 30.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 190.

³⁷ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. São Paulo. 2016, p. 9. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf. Acesso em: 30/10/2018.

imperativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, no polêmico acórdão do HC 126.292/SP discutindo a questão no Brasil, afirmou:

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma **regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário.** [...] A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos.³⁸ (Grifo nosso).

Aury Lopes Junior e Gustavo Henrique Badaró afirmam que é evidente que o Supremo Tribunal Federal, dentro da organização judiciária nacional, é o guardião da Constituição, cabendo-lhe dar a última palavra sobre a sua interpretação. A Constituição, contudo, é uma Carta escrita pelo Constituinte, e não uma folha em branco³⁹, não podendo seus mandamentos serem distorcidos, como ocorreu no julgamento do HC 126.292 /SP.

Todavia, exemplos de criminosos tratados como inimigos não faltam, porém, como já mencionado, os principais, não apenas para o Brasil, mas também para a comunidade internacional, sem dúvida são os acusados de tráfico de drogas ilícitas e de terrorismo. Ora, no caso de nosso País, basta a brevíssima análise do texto do artigo 5º da Constituição da República, o qual deixa explícito, inclusive dentro uma cláusula pétrea, o viés do inimigo em face daqueles acusados de tráfico de drogas e terrorismo, veja-se:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins,

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki. Voto: Min. Celso Antônio Bandeira de Mello. **Site do Supremo Tribunal Federal**. 2016, p. 85-86. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 30/10/2018.

³⁹ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. São Paulo. 2016, p. 17. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf. Acesso em: 30/10/2018.

o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; [...]

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

O mais grave se apresenta quando analisamos o *caput* dos incisos supracitados, qual seja o insigne artigo 5º, CR:

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

Como demonstrado, no bojo da própria Constituição da República, em incisos do mesmo artigo que garante os direitos fundamentais do cidadão, há a ressalva para a perseguição do inimigo. Isso não é diferente na legislação infraconstitucional e, sequer, no âmbito dos tratados internacionais sobre terrorismo.

Preliminarmente, é imprescindível destacar a importância da presunção de inocência, eis que presente de forma contundente nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais e é caríssimo para qualquer tipo de processo de responsabilização. Sendo assim, chama a atenção o fato de que tanto o Estatuto de Roma, quanto a Convenção Interamericana contra o Terrorismo e, ainda de forma mais expressa, a Lei Antiterrorismo do Brasil, violarem tal premissa.

O Estatuto de Roma instituiu permanentemente o TPI (Tribunal Penal Internacional), que tem por competência, conforme o artigo 5º do diploma em tela, a análise de quatro tipos de crimes, quais sejam o de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão. O terrorismo sem dúvida pode ser enquadrado genericamente como um crime contra humanidade, já que envolve a prática de homicídio ou lesões graves em face da população civil, que se cometido de forma “generalizada ou sistemática” se enquadra no §1º do artigo 7º do Estatuto de Roma. Porém, a situação mais dramática se verifica quando analisamos esses três documentos supramencionados à luz da presunção de inocência. Senão vejamos, no caso do TPI, o que se destaca é o artigo 25, §3º, ‘f’, *in verbis*:

3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:

f) Tentar cometer o crime mediante atos que **contribuam substancialmente** para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade [...] ⁴⁰(Grifo nosso).

Agora passamos à análise da Convenção Interamericana contra o Terrorismo:

Artigo 12 - Cada Estado Parte adotará as medidas cabíveis, em conformidade com as disposições pertinentes do direito interno e internacional, para assegurar que não se reconheça a condição de refugiado a pessoas com relação às quais haja **motivos fundados** para considerar que cometeram um delito estabelecido nos instrumentos internacionais enumerados no Artigo 2 desta Convenção. (Grifo nosso).

Por fim, cito o disposto pelo ordenamento pátrio através da Lei 13.260/2016:

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

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade. (Grifo nosso).

Feitas as devidas citações, observam-se pontos comuns nos dispositivos acima, porém o que prevalece é o desprezo pela presunção de inocência, ainda que não reste explícito.

O TPI entende que, para configuração da responsabilização criminal, basta a tentativa mediante um “passo substancial”, a Convenção Interamericana nega a garantia humana de condição de refugiado bastando “motivos fundados” para crer que o cidadão esteja envolvido com terrorismo e a Lei 13.260/2016 afirma bastar a configuração de um “propósito inequívoco” de cometimento do crime de terrorismo: sob tais expressões, nitidamente subjetivas, frágeis e de sentido fluído, o Direito é capaz de sancionar de forma drástica um cidadão, sem qualquer juízo de certeza processualmente estabelecido.

⁴⁰ 3. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:
(f) Attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a **substantial step**, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions.

Ora, a presunção de inocência está inculpada, como já mencionado, em diversos ordenamentos, ressalto aqui a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, promulgada pelo Brasil através do Decreto 678/1992, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que em seu artigo 8º, §2, dispõe: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Além do próprio texto constitucional brasileiro, que em seu artigo 5º, LVII, afirma que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Restam suficientemente claras as incoerências das normas penais em tela, eis que afirmam proteger direitos humanos fundamentais e, ao mesmo tempo, os cerceiam da forma mais basilar: presumindo a culpa.

Sendo assim, devo destacar que o próprio Estatuto de Roma, o mesmo que criminaliza uma conduta com base num “passo substancial”, em seu artigo 66, §1º, exhibe a presunção de inocência, de igual forma a legislação pátria sobre terrorismo em face da Constituição da República (levando à conclusão de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 13.260/2016, aduzida violação também às normas internacionais recepcionadas e promulgadas pelo Brasil).

A prova no processo tem não apenas a finalidade de formar o convencimento do julgador, mas também tem o fito de legitimar, inclusive politicamente, a aplicação do direito material. Nenhuma das terminologias utilizadas pelas normas mencionadas possuem clareza e definição suficientes para que haja um juízo condenatório, processualmente calcado na prova do fato verdadeiro, não passando de meros juízos de probabilidade, ou pior, possibilidade. Ainda assim permite-se a sanção.

A presunção de inocência permeia todo o sistema jurídico penal, nacional ou internacional, e deve ser respeitado durante todo o processo, pois também é regra de julgamento, conforme Lopes Junior e Badaró⁴¹, eis que incumbe à acusação provar a culpa e, caso não obtenha sucesso, deve prevalecer o *in dubio pro reo*: não restando cristalina a culpa do acusado, o mesmo permanece inocente, ou seja, é necessária a certeza processualmente comprovada, o que não ocorre na aplicação dos dispositivos objetado pelo presente texto.

⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. São Paulo. 2016, p. 20. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf. Acesso em: 30/10/2018.

Retomando a análise das normativas em pauta, é nítido o desrespeito à presunção de inocência na Convenção Interamericana contra o Terrorismo. Em seu 12º artigo, a Convenção afirma que o Estado garantirá que nenhum mero acusado de terrorismo poderá ser considerado um refugiado: trata-se de clara indicação do inimigo a ser combatido pelo Estado, indivíduo este que não possui quaisquer direitos, sequer aqueles tidos por fundamentais, como a concessão da condição de refugiado em prol dos direitos humanos. De mesma forma, a Convenção nega asilo político aos meros suspeitos de terrorismo em seu 13º artigo, veja-se:

Artigo 13 – Cada Estado Parte adotará as medidas cabíveis, em conformidade com as disposições pertinentes do direito interno e internacional, a fim de assegurar que não se conceda asilo a pessoas com relação às quais existam **motivos fundados** para se considerar que cometeram um delito estabelecido nos instrumentos internacionais enumerados no Artigo 2 desta Convenção. (Grifo nosso).

É dotada de plena arbitrariedade e seletividade a aplicação dos artigos 12 e 13 da Convenção Interamericana contra o Terrorismo, bem como o artigo 25, §3º, 'f', do Estatuto de Roma e o artigo 5º da Lei 13.260/2016, pois há dependência de convicções amplamente subjetivas, as quais possuem tendência à adoção da figura do inimigo e a interpretações perigosamente extensivas do Direito Penal.

A aplicação concreta dos conceitos indefinidos mencionados parte da mera cogitação do crime aos atos preparatórios e executórios, o que, segundo os tratados internacionais referidos e a lei brasileira, bastam para inaugurar a persecução penal. Não obstante, como bem salientou Moura⁴², os atos preparatórios apenas podem ser punidos quando constituem um tipo penal autônomo, sendo a presunção de inocência o que impede a penalização da hipótese de que o agente irá consumir o delito.

No caso dos artigos 12 e 13 da Convenção Interamericana contra o Terrorismo, o juízo de incerteza é um pouco diverso da situação brasileira, pois se vale do verbo “cometeram” – no passado portanto – fazendo surgir a noção de indícios de materialidade e autoria. Desta forma, portanto, permite-se a punição caso hajam fundadas razões para crer que o agente cometeu algum delito elencado no artigo 2º daquele tratado. Todavia, ainda se está diante da aplicação de uma

⁴² MOURA, João Batista. Crime de Terrorismo: uma visão principiológica à luz da Lei 13.260/2016. In: **Lei Antiterrorismo: Lei 13.260/2016**. Salvador: JusPodium, 2017, p. 169.

pena a alguém que ainda não foi submetido a qualquer processo. Ora, o artigo 2º, §1º da referida norma afirma que se consideram delitos aqueles estabelecidos nos instrumentos internacionais listados em suas alíneas, dentre eles a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, promulgada pelo Brasil através do Decreto 5.640/2005, que dispõe em seu artigo 2º o seguinte:

1. Qualquer pessoa estará cometendo um delito, em conformidade com o disposto na presente Convenção, quando, por qualquer meio, direta ou indiretamente, ilegal e intencionalmente, prover ou receber fundos com a intenção de empregá-los, ou ciente de que os mesmos serão empregados, no todo ou em parte, para levar a cabo:

a) Um ato que constitua delito no âmbito de e conforme definido em um dos tratados relacionados no anexo; ou

b) Qualquer outro ato com intenção de causar a morte de ou lesões corporais graves a um civil, ou a qualquer outra pessoa que não participe ativamente das hostilidades em situação de conflito armado, quando o propósito do referido ato, por sua natureza e contexto, for intimidar uma população, ou compelir um governo ou uma organização internacional a agir ou abster-se de agir.

O artigo acima trata do crime de terrorismo, que por sua natureza já é de extrema dificuldade de definição e conseqüente tipificação, aduzida à perspectiva dos crimes de lavagem e desvio de dinheiro, eis que trata de fundos. A questão é justamente o campo probatório, que é de igual complexidade. Logo, como seria possível constatar de forma fundada o cometimento de tal delito, como determinam os artigos 12 e 13 da Convenção Interamericana contra o Terrorismo, sem antes haver uma dilação probatória efetiva, ao longo de um processo precedido de investigações precisas e, ao mesmo tempo respeitar a presunção de inocência prevista na mesma Convenção: acredito ser inviável.

Por fim, com o fim de ilustrar o objeto, vale ressaltar a aplicação concreta do descrédito à presunção de inocência, como exemplo: a Operação *Hashtag* ocorrida no Brasil, da qual derivou a ação penal 504686367.2016.4.04.7000/PR. A ação concluída por uma sentença criminal que condenou oito indivíduos, um deles à pena de quinze anos de reclusão, pautou-se em presunções de culpabilidade, já que não foi apreendida sequer uma arma de fogo ou explosivo com os sentenciados, os quais nem tentaram praticar qualquer ato executório de terrorismo, ou seja, uma década e meia em cumprimento de pena por postagens em redes sociais.

3.2 Aplicação da Lei 13.260/2016

A aplicação da Lei Antiterrorismo pôde ser observada recentemente em virtude da deflagração da chamada *Operação Hashtag* da Polícia Federal, a qual culminou na condenação de oito indivíduos com base nos dispositivos da Lei 13.260/16: a operação foi amplamente divulgada pela mídia, ocasionando temor àqueles que participaram dos Jogos Olímpicos no Rio de Janeiro em 2016, já que o grupo aparentemente se tratava de seguidores do Estado Islâmico no País, possuindo diversos “planos” elaborados via internet de ataques durante as competições.

No decorrer da intervenção policial e logo após, com o início do processo penal, diversas prerrogativas de defesa foram tolhidas em face dos suspeitos, como afirmou Martines, que exemplificou a questão com as reclamações da Defensoria Pública e de advogados de que depoimentos foram colhidos sem a presença de qualquer defensor, bem como os suspeitos mantidos em estabelecimentos prisionais federais, visando dificultar o contato defensor-acusado.⁴³

Ora, o magistrado em questão não apenas aplicou o disposto do artigo 5º da Lei 13.260/2016, como o expandiu ainda mais, chegando ao nível de apresentar o seguinte fundamento em sua decisão:

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

Desimporta se existia, ou não, a real intenção de traduzir as manifestações públicas de estímulo ou apoio em ações preparatórias ou executórias concretas capazes de produzir resultados materiais consistentes em ataques a pessoas ou instalações físicas em nome da causa sectária. (Grifo nosso)

[...] A finalidade da norma é a de evitar eficazmente o dano e o perigo de dano decorrentes da banalização e da estimulação que advêm da

⁴³ MARTINES, Fernando. Presos na operação *hashtag* são condenados com base na Lei de Terrorismo. 2017. In: **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/presos-operacao-hashtag-sao-condenados-lei-terrorismo>. Acesso em: 11/11/2017.

divulgação dessas imagens, independentemente do sentimento pessoal interior de quem as propaga.⁴⁴

Como observado, a aplicação da lei antiterrorismo, apesar do termo “inequívoco propósito”, eliminou a análise do dolo, o que é contraditório em termos: ora, como se prova inequívoco propósito de causar terror sem que haja evidências de que a pessoa tinha a real intenção de agir de tal forma. Estamos diante da perseguição do inimigo, o qual não possui direitos: inaceitável.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após os eventos de 11 de setembro de 2001 em Nova Iorque, é notório que a preocupação com ameaças terroristas emergentes se tornou pauta nos encontros dos chefes de Estado, ocasionando a assinatura de diversos tratados interamericanos sobre a questão, contudo nenhum trouxe uma definição clara acerca do conceito de terrorismo, como bem afirmou Suarez.⁴⁵

Destarte, chega-se às seguintes conclusões: a pena aplicada em razão de meros atos preparatórios sob um juízo subjetivo arbitrário como o propiciado pela Lei 13.260/16 é presumir a culpa, o que viola severamente, como demonstrado, a norma nacional e internacionalmente reconhecida da presunção de inocência, antecipando barreiras de punição inerentes ao conceito de delito e, como bem expôs a autora Arenal:

[...] impor ao homem uma grave pena, como é a privação de liberdade, uma macha em sua honra, como é a de haver estado na prisão, isso sem que fosse provado que ele é culpado e com a probabilidade de que seja inocente, é algo muito distante da justiça.⁴⁶

Consequentemente, o artigo 5º da Lei 13.260/16 apresenta caráter de inconstitucionalidade, pois viola princípio fundamental, qual seja o artigo 3º, IV, CR,

⁴⁴ BRASIL. Justiça Federal - 14ª Vara Federal de Curitiba. Sentença. Ação Penal nº 5046863-67.2016.4.04.7000/PR. Juiz Federal Marcos Josegredi da Silva. Curitiba. **Site da Justiça Federal- Seção Judiciária do Paraná**. 04/05/2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/Evento-613-SENT1.pdf>. Acesso em: 15/07/2018, p. 30.

⁴⁵ SUAREZ, Marcial A. Garcia. Terrorismo e política internacional: uma aproximação à América do Sul. **Contexto Internacional**, vol.34, nº2, 2012. In: Scielo. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292012000200001&lang=pt. Acesso em: 11/11/2017.

⁴⁶ ARENAL, Concepción. Estudios Penitenciários. Madrid, 1877, p. 12 *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 113.

já que, na prática, como demonstrado, as agências penais e as próprias normas internacionais incorporadas pelo Brasil tendem a encarar de forma discriminatória os suspeitos de prática de terrorismo, aplicando na realidade o direito penal do autor, não do fato. Ademais, há violação do artigo 5º, LVII, da presunção de inocência e inciso IV, como restou demonstrado pela breve análise exemplificativa da sentença no item anterior, na qual se restringiu a liberdade de expressão e a própria liberdade de locomoção de forma insuficientemente motivada pelo Judiciário.

Logo, como indicado na introdução, a função do artigo 5º da Lei 13.260/16 limita-se à expansão do poder punitivo do Estado visando a neutralização de um inimigo selecionado, seguindo um padrão de persecução criminal internacional para supressão de direitos. O atual cenário infelizmente se apresenta contrário ao que descreveu Roxin, quando afirmou que o Direito Penal tende a ser preterido em face de medidas menos agressivas ao cidadão, como a prevenção, a mediação e ações de caráter não penais⁴⁷. Nada obstante, não se pode afirmar que o crime de terrorismo não deve ser penalmente previsto, porém o poder de persecução inerente ao Estado não deve possuir limites frágeis.

⁴⁷ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2ª Ed. Trad.: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 29.

REFERÊNCIAS

- ARENAL, Concepción. Estudios Penitenciários. Madrid, 1877, p. 12 *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 113.
- AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O Enfrentamento do Terrorismo e o Dever de Colaboração do Cidadão com as Liberdades dos Demais. In: **Lei Antiterrorismo: Lei 13.260/2016**. Coord.: Gabriel Habib. Salvador: Editora JusPodium, 2017, p. 50.
- BRASIL. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Assessoria de Comunicação do Ministério da Justiça. Pesquisa revela situação de migrantes, apátridas e refugiados**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=26669&catid=8&Itemid=6. Acesso em: 21/08/2018
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki. Voto: Min. Celso Antônio Bandeira de Mello. **Site do Supremo Tribunal Federal**. 2016, p. 85-86. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 30/10/2018.
- CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Ley 18.314 de 16 de mayo de 1984. **Site da Biblioteca del Congreso Nacional de Chile**. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29731>. Acesso em: 15/09/2018.
- DÍAZ, Myrna Villegas. El terrorismo en la Constitución Colombiana. **Revista de Derecho (Valdivia)**, vol.29, nº2, Valdivia, 2016. In: Scielo. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502016000200014&lang=pt. Acesso em: 10/10/2017.
- FERNANDES, Álvaro Antanavicius; TERRA, Luiza Borges. O Crime de Terrorismo: um olhar sobre a punibilidade dos atos preparatórios. In: **Lei Antiterrorismo: Lei 13.260/2016**. Coord.: Gabriel Habib. Salvador: Editora JusPodium, 2017.
- GAZETA DO POVO. **A Resposta da Justiça aos black blocs**. 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaao/editoriais/a-resposta-da-justica-aos-black-blocs-3byt9aa2dwzp0u5gdqlljs0pj/>. Acesso em: 20/08/2018.
- GOMES, Rodrigo Carneiro. O respeito às garantias e liberdades individuais e o combate ao terrorismo. **Revista dos Tribunais**, 874, 2008, p. 411-428.
- HABIB, Gabriel. Coord. **Lei Antiterrorismo: Lei 13.260/2016**. Salvador: Editora JusPodium, 2017.
- JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LOGUERCIO, José Eymard; GIORGI, Fernanda Caldas; LOPES, Antonio Fernando Megale. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016 - "Lei antiterrorismo". 2016. In: **Migalhas**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239952,11049->

Lei+n+13260+de+16+de+marco +de+2016+Lei+antiterrorismo. Acesso em: 10/11/2017.

LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. São Paulo. 2016. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf. Acesso em: 30/10/2018.

MARTINES, Fernando. Presos na operação hashtag são condenados com base na Lei de Terrorismo. 2017. In: **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/presos-operacao-hashtag-sao-condenados-lei-terrorismo>. Acesso em: 11/11/2017.

MASI, Carlo Velho. Terrorismo e a Inalienabilidade dos Direitos Fundamentais: reflexos na legislação brasileira em elaboração. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, nº 54, jun-jul. 2013, p.29-39.

MOURA, João Batista. Crime de Terrorismo: uma visão principiológica à luz da Lei 13.260/2016. In: **Lei Antiterrorismo: Lei 13.260/2016**. Salvador: JusPodium, 2017.

NUNES, Paulo Henrique Faria. Terrorismo no Brasil: análise crítica do quadro normativo e institucional. **Revista de la Facultad de Derecho**, nº42, Montevideo, jun. 2017. In: Scielo Uruguay. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652017000100027&lang=pt. Acesso em: 15/10/2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÃO. ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Migração Mundial**. Disponível em: <https://www.iom.int/world-migration>. Acesso em: 21/08/2018.

PETERKE, Sven. Obrigações Internacionais para a Criminalização do Terrorismo e Modelos de Implementação: principais opções para o legislador brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, nº 204, 2014, p. 109-119.

ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal.2ª Ed. Trad.: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Organização Alaor Leite. Tradução de Luís Greco *et alii*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36. Disponível em: http://www.marcialpons.com.br/wp-content/uploads/2014/08/L-37_tira-gosto_Novos-estudos-de-direito-penal_Claus-Roxin.pdf. Acesso em: 10/09/2018.

SÃO PAULO. UNICAMP. **Definição Operacional**. São Paulo: Instituto de Matemática, Estatística e Computação Científica. Disponível em: <https://www.ime.unicamp.br/~hildete/oper.pdf>. Acesso em: 11/04/2018.

SUAREZ, Marcial A. Garcia. Terrorismo e política internacional: uma aproximação à América do Sul. **Contexto Internacional**, vol.34, nº2, 2012. In: Scielo. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292012000200001&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 11/11/2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. Parte Geral. 10ª Ed. São Paulo: RT, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO

JEAN CARLOS DE OLIVEIRA

TERRORISMO:

A TIPIFICAÇÃO DE ATOS PREPARATÓRIOS NA LEI 13.260/2016 SOB A LUZ DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

CURITIBA

2018