

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**A PUNIÇÃO DOS ATOS PREPARATÓRIOS DE TERRORISMO: considerações sobre
o art. 5º da lei 13.260/2016 sob a luz dos princípios constitucionais de garantia.**

HIGOR MOREIRA DA COSTA

Rio de Janeiro – RJ

2020

HIGOR MOREIRA DA COSTA

A PUNIÇÃO DOS ATOS PREPARATÓRIOS DE TERRORISMO: considerações sobre o art. 5º da lei 13.260/2016 sob a luz dos princípios constitucionais de garantia.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Prof. Dr. Antônio Martins**.

Rio de Janeiro – RJ

2020

CIP - Catalogação na Publicação

C837p Costa, Higor Moreira da
A PUNIÇÃO DOS ATOS PREPARATÓRIOS DE TERRORISMO:
considerações sobre o art. 5 da lei 13.260/2016 sob
a luz dos princípios constitucionais de garantia. /
Higor Moreira da Costa. -- Rio de Janeiro, 2020.
75 f.

Orientador: Antônio Martins.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Crimes de perigo abstrato. 2. Direito penal
do inimigo. 3. Atos preparatórios de terrorismo. I.
Martins, Antônio, orient. II. Título.

HIGOR MOREIRA DA COSTA

A PUNIÇÃO DOS ATOS PREPARATÓRIOS DE TERRORISMO: considerações sobre o art. 5º da lei 13.260/2016 sob a luz dos princípios constitucionais de garantia.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Prof. Dr. Antônio Martins**.

Data da aprovação: **11/ 11/ 2020**

Banca examinadora:

Prof. Dr. Antônio Martins

Orientador

Prof. Dr. Tiago Joffily

Membro da banca

Prof. Dr. Hamilton Ferraz

Membro da banca

Rio de Janeiro – RJ

2020

RESUMO

Este estudo objetivou analisar as implicações jurídicas da punição dos atos preparatórios do crime de terrorismo, tal como previsto no art. 5º da Lei 13.260/2016, tendo por base os institutos jurídicos relevantes relacionados ao tema; as diferentes posições na doutrina e jurisprudência; e, com base nas informações reunidas, procurou-se identificar o posicionamento que melhor se compatibiliza com o ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei que regulamenta o inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, tipificando o crime de terrorismo, é relativamente recente (2016) e, por esse motivo, não há muita produção jurisprudencial sobre o referido dispositivo e, portanto, é ainda precário o enfrentamento de questões que eventualmente possam entrar em conflito com outras disposições normativas.

Dessa forma, este trabalho, motivado pela escassez de conhecimento produzido sobre o assunto, e almejando contribuir com a elucidação das controvérsias que eventualmente a figura da punição dos atos preparatórios de terrorismo possa suscitar, teve como grande desafio a exposição de conceitos, definições e mecanismos adotados para resolução de antinomias e manutenção da ordem jurídico-constitucional, para que eventuais incompatibilidades com os direitos e garantias individuais possam ser afastadas do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: terrorismo; crimes de perigo abstrato; atos preparatórios.

ABSTRACT

The aim with this study is to analyze the legal repercussions of the punishment of preparatory acts for the crime of terrorism, as laid down in art. 5 of Law 13.260 / 2016, based on the legal concepts and principles related to the theme; the different positions in doctrine and jurisprudence; and, based on the information gathered, the objective was to identify the position that best matches the Brazilian legal system.

The Law that regulates the item XLIII of art. 5 of the Federal Constitution, typifying the crime of terrorism, is relatively recent (2016) and, for this reason, there is not much jurisprudential production on the referred legal device and, therefore, it still falls short the dealing with issues that may eventually enter in conflict with other norms.

Thus, this work, motivated by the scarcity of knowledge produced on the subject, and aims to contribute to the elucidation of the controversies that eventually the figure of the punishment of the preparatory acts of terrorism may raise, had as a great challenge the exposure of concepts, definitions and mechanisms adopted to resolve antinomies and maintain the legal-constitutional order, so that any incompatibilities with individual rights and guarantees can be removed from the legal system.

Keywords: terrorism, abstract danger crimes; preparatory acts.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE TERRORISMO	13
2.1 Dificuldades conceituais	13
2.2 Lei Antiterrorismo (13.260/2016): contexto de criação	17
2.2.1 Operação Hashtag	18
2.2.2 Lei Antiterrorismo (13.260/2016): aspectos doutrinários	20
2.2.2.1 Quanto ao sujeito ativo	23
2.2.2.2 Quanto à necessidade de resultado naturalístico para sua consumação	24
2.2.2.3 Quanto à necessidade de lesão ao bem jurídico para sua consumação	24
2.2.2.4 Quanto ao tempo da consumação	25
2.2.2.5 Quanto à exigência de forma específica para sua prática	25
2.2.2.6 Quanto ao número de bens jurídicos atingidos.....	25
2.2.2.7 Outras Classificações	26
3 O TERRORISMO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO	27
3.1 Conceito	27
3.2 Direito Penal do Fato X Direito Penal do Autor	29
4 DA (IN)COMPATIBILIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO	32
4.1 Os novos riscos sociais	32
4.2 Da (i)legitimidade dos crimes de perigo abstrato para tutela de bens jurídicos penais	36
5 DA ESTRUTURA DO ITER CRIMINIS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	41
5.1 Conceito	41
5.1.1 Da cogitação	41
5.1.2 Atos preparatórios	42
5.1.3 Atos de execução	44
5.1.3.1 Fundamentos da punição da tentativa	44
5.1.4 Atos preparatórios X atos de execução	45
5.1.4.1 Teoria subjetiva	45
5.1.4.2 Teoria objetiva-formal.....	45
5.1.4.3 Teoria objetiva-material	46
5.1.4.4 Teoria da hostilidade ao bem jurídico	47
5.1.4.5 Teoria da Impressão	47
5.1.4.6 Teoria objetivo-individual.....	47
5.1.5 Consumação	48
5.1.6 Exaurimento	48

7 A PUNIÇÃO DOS ATOS PREPARATÓRIOS DE TERRORISMO SOB A LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA.....	50
7.1 Do princípio da legalidade	51
7.2 Do princípio da proporcionalidade	55
7.3 Do princípio da lesividade	61
7.4 Do princípio da intervenção mínima	65
8 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da criminalidade, principalmente a dita criminalidade organizada, sofisticou-se de tal forma no mundo moderno - destacando-se pela descentralização das formas de organização, doutrina, estratégia e comunicação – que impõe um árduo desafio aos atores estatais e seus mecanismos tradicionais de combate ao crime. O primeiro passo é reconhecer que o problema existe e, logo em seguida, estabelecer as balizas teóricas para subsidiar as medidas de enfrentamento ao problema dentro da lógica do direito. Nesse contexto, muitos autores defendem que essas novas formas de criminalidade, dado o grande potencial de dano à sociedade, tanto no plano físico, quanto no psicológico, justificam um tratamento diferenciado pelo ordenamento jurídico.

No tocante ao terrorismo, embora o Brasil não seja foco tradicional dessa espécie de conflito, é prudente, diante da conjuntura atual, não olvidar de reais possibilidades de ocorrência de incidentes dessa natureza, sendo imperioso o esforço do Brasil em aperfeiçoar as leis e os órgãos competentes de segurança e defesa nacional para que se possa oferecer uma resposta imediata e efetiva ao problema. O país ocupa uma posição de destaque na geopolítica sul-americana e tem sediado diversos eventos de grande porte (Copa do Mundo, Olimpíadas) com a presença de chefes de estado de diversos países, o qualificando como potencial alvo de ações terroristas. Dessa forma, mesmo que o Brasil não seja palco tradicional do terrorismo, não é um problema que está tão distante do horizonte de preocupações nacionais. De uma forma geral, é um tema que inquieta todo o mundo civilizado, tendo em vista as implicações danosas dos atos de terror em diversos setores da sociedade.

Ocorre que, se por um lado há a necessidade de se reprimir o crime com o rigor adequado, a fim de oferecer uma resposta que possa dissuadir eventuais propósitos terroristas, o remédio jamais deve ser mais nocivo que a doença, sob pena de se pôr em perigo as liberdades individuais sob o pretexto de protegê-las. De fato, a história está repleta de casos em que o combate exacerbado ao terrorismo acaba legitimando medidas opressivas por parte de governos determinados a manter suas populações sob controle rígido. Isto posto, é de extrema importância que esses mecanismos repressivos – ou mesmo preventivos - materializados na norma, devam se

compatibilizar com os preceitos constitucionais a fim de se deixar a salvo as liberdades, garantias e direitos dos cidadãos.

Nesse contexto, o tema do presente trabalho foca principalmente na análise da aplicabilidade do art. 5º da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, que dispõe sobre a punição dos atos preparatórios do crime de terrorismo. É cediço que, em regra, no ordenamento jurídico brasileiro, as condutas só são penalmente relevantes se situadas a partir da fase dos atos de execução do *iter criminis*, punidas a título de tentativa, não sendo puníveis as fases que compreendem a cogitação e os atos preparatórios. A referida regra encontra previsão no art. 14 do Código Penal:

Art. 14 - Diz-se o crime:

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Verifica-se, portanto, que a punição dos atos preparatórios de terrorismo afigura-se como exceção à regra, de forma que se buscou, com base em pesquisa bibliográfica, responder aos seguintes problemas: I) a punição dos atos preparatórios de terrorismo é compatível com os princípios constitucionais de garantia? II) Em caso afirmativo, quais os fundamentos jurídicos ou políticos que a justifica?

À vista disso, este estudo orientou-se pelo objetivo de analisar as implicações jurídicas do aludido dispositivo penal e, com base nas informações reunidas, elencar críticas e possíveis soluções encontradas na doutrina ou jurisprudência.

Este estudo tem em sua estrutura de desenvolvimento em cinco capítulos, discorrendo o primeiro de forma bem sumária sobre o contexto histórico de edição da Lei 13.260/2016, bem como uma breve exposição sobre a classificação doutrinária do crime de terrorismo na aludida lei. No segundo capítulo é abordada a questão da justificação teórica do crime de terrorismo sob o viés da teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs. O terceiro capítulo aborda a figura dos crimes de perigo abstrato, críticas e sua admissibilidade pelo direito penal moderno para a tutela de bens jurídicos. No quarto capítulo discorre-se sobre o instituto do *iter criminis* e sobre algumas das teorias que tentam diferenciar os atos preparatórios dos atos de execução. No

capítulo quinto e último é analisado o art. 5º da Lei nº 13.260/2016 sob a luz dos princípios constitucionais de garantia em matéria penal.

2 A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE TERRORISMO

2.1 Dificuldades conceituais

Diversas tentativas, à partir do séc. XX, foram realizadas para se chegar a uma definição de terrorismo que pudesse ser universalmente aplicável, embora ainda não se tenha chegado em um consenso internacional. No âmbito das nações unidas, destacam-se os seguintes instrumentos: Convenção Relativa às Infrações e a Certos Outros Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves (1963); Convenção para a Repressão do Apoderamento Ilícito de Aeronaves (1970); Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil (1971); Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, Inclusive Agentes Diplomáticos (1973); Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns (1979); Convenção sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares (1980); Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência nos Aeroportos que Prestem Serviços à Aviação Civil Internacional, complementar à Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil (1988); Convenção para a Supressão de Atos Ilegais contra a Segurança da Navegação Marítima (1988); Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas Situadas na Plataforma Continental (1988); Convenção Internacional para a Supressão de Atentados Terroristas a Bomba (1997); Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (1999)¹.

Os diferentes interesses que orientam a geopolítica dos diversos países que integram a comunidade internacional, muitos desses contrastantes entre si, impõem uma dificuldade quase insuperável para uma definição universalmente aplicável quanto ao que venha a ser terrorismo, embora muitas tenham sido as tentativas. Não obstante, praticamente todos os países da atualidade possuem algum tipo de regulação doméstica específica para esse tipo de criminalidade, que tem tido bastante destaque no mundo moderno, sobretudo após os atentados do 11 de Setembro de 2001 nos Estados Unidos da América. No entanto, bem antes disso, verifica-se no

¹ NUNES, Paulo Henrique Faria. **Terrorismo no Brasil: análise crítica do quadro normativo e institucional**. Rev. Fac. Der., Montevideo, n. 42, p. 27-46, jun. 2017. Disponível em <http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652017000100027&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 04 jul. 2020. <http://dx.doi.org/10.22187/rfd201713>.

Brasil algumas Leis que procuraram tratar do fenômeno da criminalidade terrorista de forma incipiente.

A primeira tentativa de tipificação do crime de terrorismo no ordenamento brasileiro surgiu com a lei de Segurança Nacional nº 7.170/1983, que prevê em seu art. 20:

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.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

A grande controvérsia que surgiu após a edição da aludida lei foi que o dispositivo, diante da ausência de uma definição precisa e uniformizada de terrorismo, poderia ser aplicado de forma arbitrária para reprimir movimentos sociais e dissidências políticas com reivindicações legítimas. Segundo Nunes:

Muitos projetos de lei sobre o assunto tramitam no Congresso Nacional. A maioria busca definir ou tipificar o terrorismo; dois deles visam instituir um dia nacional de repúdio ao terrorismo (PL 5.791/2001 e PL 4.071/2004). Muitos apresentam definições que não são adequadas à conjuntura atual ou pecam por distorcerem a noção de terrorismo. Verifica-se, muitas vezes, uma confusão entre organizações terroristas, grupos paramilitares e movimentos sociais.²

Assim, num primeiro momento, uma grande dificuldade que surgiu foi quanto a correta delimitação da natureza jurídica do crime de terrorismo. Embora o terrorismo esteja comumente relacionado com objetivos políticos-ideológicos, não é adequada a confusão com crimes políticos, embora, de fato, a linha que separa as categorias seja bastante tênue.

² NUNES, Paulo Henrique Faria. **Terrorismo no Brasil: análise crítica do quadro normativo e institucional.** Rev. Fac. Der., Montevideo, n. 42, p. 27-46, jun. 2017. Disponível em <http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652017000100027&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 04 jul. 2020.

Carlos Mário da Silva Velloso entende que “os crimes definidos na Lei n. 7.170/83, antes denominados crimes contra a segurança nacional, tendo em vista que a Constituição de 1988 aboliu essa categoria jurídica, são crimes políticos (CF, arts. 102, II, b, e 109, IV)”.³

André Collins Campedelli aduz que:

Um grupo terrorista, da forma como o termo é usado normalmente, tem motivações políticas ou ideológicas, mas atos terroristas podem ser cometidos com um propósito que não é necessariamente político ou ideológico, pois não são perpetrados somente por grupos terroristas, no sentido menos amplo do termo. Como foi descrito até este momento, os atos terroristas são uma tática de violência empregada com o fim de causar um impacto psicológico em uma audiência alvo, o que pode se suscitar terror, intimidar ou coagir. A não ser que a motivação política do ato esteja presente na definição jurídica do terrorismo, o que não é frequente, conforme Schmid, as normas parecem enquadrar atos como os praticados pelo narcotráfico acima mencionados. Em sua definição de terrorismo, M. Cherif Bassiouni usa um termo amplo, para descrever os objetivos dos atos terroristas, que envolve os objetivos políticos, “atingir um resultado de poder”. Como o narcotráfico, em alguns casos, disputa o poder de fato com o Estado, em alguns territórios, embora não de forma institucional, esse “resultado de poder” parece ser buscado também por esses grupos.⁴

Nesse sentido, convém mencionar o entendimento do STF em sede do julgamento do processo de extradição 855-2:

(...) o estatuto da criminalidade política não se revela aplicável nem se mostra extensível, em sua projeção jurídico-constitucional, aos atos delituosos que traduzem práticas terroristas, sejam aquelas cometidas por particulares, sejam aquelas perpetradas com o apoio oficial do próprio aparato governamental, à semelhança do que se registrou, no Cone Sul, com a adoção, pelos regimes militares sul-americanos, do modelo desprezível do terrorismo de Estado. O terrorismo – que traduz expressão de uma macrodelinquência capaz de afetar a segurança, a integridade e a paz dos cidadãos e das sociedades organizadas – constitui fenômeno criminoso da mais alta gravidade, a que a comunidade internacional não pode permanecer indiferente, eis que o ato terrorista atenta contra as próprias bases em que se apoia o Estado democrático de direito, além de representar ameaça inaceitável às instituições políticas e às liberdades públicas, o que autoriza excluí-lo da benignidade de tratamento que a Constituição do Brasil (art. 5º, LII) reservou aos atos configuradores de criminalidade política (...).⁵

³ VELLOSO, 2003 apud CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**, volume 4. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Não paginado.

⁴ CAMPEDELLI, André Collins. **Terrorismo, libertação nacional e proibição de ataques contra civis: cláusulas de exclusão de aplicação da convenção ampla sobre terrorismo das Nações Unidas**. 2011. 89 f. Monografia (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, p. 22, 2011. Disponível em <<https://bdm.unb.br/handle/10483/1960>>. Acesso em 05 jul. 2020.

⁵ STF. EXTRADIÇÃO: Ext 855 CL. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 09/04/2003. JusBrasil, 2003. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14809287/extradicao-ext-855-cl-stf>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

Dessa forma, a diferenciação entre terrorismo, enquanto crime comum, e crime político possui consequências jurídicas importantes, como por exemplo, não se estende ao criminoso terrorista a garantia de não extradição por crime político ou de opinião, contida no Art. 5º, LII, da CF. Quanto ao criminoso terrorista, não há óbice a sua extradição, conforme dispõe o art. 82, §4º da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração).

Aparentemente, o problema da confusão de atos terroristas com eventuais métodos reivindicatórios de movimentos sociais foi sanado com a promulgação da Lei de Combate ao Terrorismo (Lei nº 13.260/2016). Importante destacar o §2 do art. 2º da referida lei:

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

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

Observa-se, portanto, que o legislador, antecipando-se a possibilidade de aplicação equivocada da norma, com o fim de servir como instrumento de perseguição política, elencou no §2º do art. 2º da Lei nº 13.260/2016 uma causa de atipicidade formal.

Embora eventualmente possa haver manifestações de grupos com demandas reivindicatórias de direitos que possam se utilizar de violência, depredação, ou atos que muito se assemelham ao de intervenções terroristas, a ausência do especial fim de causar deliberadamente um terror social generalizado, bem como os outros elementos caracterizadores do crime de terrorismo, segundo a Lei nº 13.260/2016, descaracteriza a ação do grupo como terrorista, sem prejuízo da aplicação da legislação penal cabível.

Nesse sentido, é importante a distinção feita por André Luis Callegari e outros:

Por mais que algumas manifestações acarretem o sentimento de amedrontamento em pessoas, esse não é um objeto do grupo manifestante como o é do grupo terrorista em sua instrumentalização de pessoas.

As manifestações sociais não objetivam disseminar o sentimento de terror ou medo na população civil. Ao contrário, em regra, desejam a população local ao seu lado, pois são identificados com eles e, muitas vezes, reivindicam em prol do grande grupo.

Quando expressada alguma violência em manifestações sociais (salienta-se, naquelas que não perdem essa natureza), é ela exercida contra o próprio Estado, geralmente ao seu patrimônio ou contra agentes públicos, conforme já exposto acima, não há que se considerar o ato como terrorismo, pois inexistente a violação a bem jurídico relevante o suficiente para tal configuração.⁶

2.2 Lei Antiterrorismo (13.260/2016): contexto de criação

A Lei antiterrorismo, sancionada em 16 de março de 2016 pela ex-Presidente Dilma Rousseff, veio com o fito de regulamentar o mandado explícito de criminalização contido no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, bem como dar cumprimento ao compromisso firmado pelo Brasil ao aderir a vários tratados internacionais.⁷ Cite-se como exemplo a Convenção Interamericana de Combate ao Terrorismo de 2002, que estabelece em seu art. 4º, que os Estados membros devem adotar “medidas para prevenir, combater e erradicar o financiamento do terrorismo”.⁸

A referida Lei trata de disposições investigatórias e processuais, além de reformular o conceito de organização terrorista, bem como altera a Lei que dispõe sobre as prisões temporárias (nº 7.960/1989) e a Lei das organizações criminosas (nº 12.850/de 2013). Também considera que os crimes previstos na Lei “são praticados contra o interesse da União, cabendo à Polícia Federal a investigação criminal, em sede de inquérito policial, e à Justiça Federal o seu processamento e julgamento”.⁹

⁶ CALLEGARI, Andre Luis et al. **O Crime de Terrorismo: Reflexões críticas e comentários a Lei de Terrorismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p.73.

⁷ GRECO, Rogério. **Terrorismo: Comentários à lei nº 13.260/2016**. Rio de Janeiro: Impetus, 2019, p.249.

⁸ CONVENÇÃO Interamericana Contra o Terrorismo. 3 jun. 2002. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-66.htm>. Acesso em: 6 jul. 2020.

⁹ Art. 11 da Lei 13.260/2016

O projeto de Lei nº 101/2015, de iniciativa do Poder Executivo, que viria a se tornar a Lei em estudo, teve tramitação em regime de urgência no Congresso Nacional, devido a grande pressão imposta por organismos internacionais, com destaque para o GAFI (Grupo Internacional de Ação Financeira Contra Lavagem de Dinheiro e Financiamento do Terrorismo), que havia estabelecido prazo para que o Brasil editasse lei específica para o combate ao terrorismo até fevereiro de 2016, sob pena de aplicação de sanções¹⁰; e o Comitê Olímpico Internacional, vez que “a promessa de empenho do governo pela aprovação do projeto também foi uma das condições para o Brasil ser selecionado para sediar a Olimpíada de 2016”¹¹.

2.2.1 Operação Hashtag

A lei antiterrorismo foi inaugurada poucos meses após o início de sua vigência, nas vésperas dos jogos olímpicos de 2016, no contexto da operação Hashtag, deflagrada em abril do mesmo ano sob os indícios da existência de uma célula terrorista do Estado Islâmico atuante no Brasil que planeja cometer um atentado nas olimpíadas. A operação, que investigou um grupo conhecido como Defensores da Sharia, contou com a ação coordenada da Polícia Federal, Agência Brasileira de Inteligência, Forças Armadas e diversas agências de inteligência internacionais, resultando em um relatório de centenas de folhas com registros de mensagens e imagens trocadas entre os membros desse grupo. Segundo matéria veiculada na imprensa:

“Alguns dos extremistas falavam em usar armas químicas nos jogos do Rio. Prometiam fazer um pogrom (limpeza étnica) contra os *kaffir* (infiéis), incluindo muçulmanos xiitas e americanos. Teciam planos de contaminar as águas de uma estação de abastecimento no Rio. Comemoravam e trocavam entre si fotos de mutilações cometidas pelo EI e juravam que fariam o mesmo. Ensinavam a fazer bombas recheadas com vidro, para causar mais dor. Pregavam degola e guerra civil no Brasil.”¹²

¹⁰ MELLO, Patrícia Campos; TALENTO, Aguirre; ALVARES, Débora. **Lei antiterrorismo não livra o Brasil de sanções financeiras**. Folha de S. Paulo, 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/11/1711686-lei-antiterrorismo-nao-livra-brasil-de-sancoes-financeiras.shtml>. Acesso em: 12 jul. 2020.

¹¹ ANTITERRORISMO mitigado. 44.694. ed. O Estado de São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520353/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 jul. 2020.

¹² **OPERAÇÃO Hashtag: os detalhes da maior ação antiterrorismo no Brasil**. GaúchaZH, 2016. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2016/11/operacao-hashtag-os-detalhes-da-maior-acao-antiterrorismo-no-brasil-8125492.html>. Acesso em: 12 jul. 2020.

O juiz da 14ª Vara Federal de Curitiba, Marcos Josegri da Silva, autorizou prisões temporárias e expediu mandados de busca e apreensão ante os indícios da prática dos crimes de **integrar organização terrorista ou promovê-la e iniciar atos preparatórios tendentes à prática de terrorismo**, previstos respectivamente nos artigos 3º e 5º da Lei 13.260/2016. O Ministério Público ofereceu denúncia em face de 8 pessoas, que foi aceita em setembro de 2016 pela Justiça Federal, sendo as prisões temporárias anteriormente determinadas convertidas em preventivas¹³.

Um dos acusados, Fernando Pinheiro Cabral, em depoimento à Polícia Federal, chegou a admitir que planejava realizar um atentado na cidade de São Paulo, diante, à época, da proximidade dos Jogos Olímpicos – o que poderia ter um grande potencial propagandístico para o grupo terrorista. Parte desse depoimento foi obtido e divulgado pelo jornal Estadão¹⁴:

“(…) QUE contudo, conversas mantidas no Telegram com Ismail Abdul Jabbar Al Brazili, ALISSON DE OLIVEIRA, TEO YOUSHI e GGUSTAVO NA-NUR OU ARNUR, previam realizar um ato terrorista, por exemplo, na parada Gay, na Avenida Paulista, em São Paulo/SP, em razão da proximidade das Olimpíadas, a fim de aproveitar a mídia em torno desse evento e do Brasil para difusão mundial do ato terrorista; QUE chegaram a manifestar o interesse em executar esse ato na Rua Augusta, em razão dessa via concentrar sodomitas, prostitutas, tráfico de drogas, entre outras atitudes consideradas crimes em países árabes; QUE esse ato seria praticado com uso de arma de fogo ou faca, e os interlocutores estavam buscando formas de conseguir armas de fogo para praticar o ato terrorista; (...)”.

Ao final, todos os 8 acusados foram condenados. Leonid El Kadre de Melo recebeu a maior pena (mais de 15 anos de reclusão, devendo cumprir 13 anos, 8 meses e 15 dias em regime inicialmente fechado), tendo sido condenado aos crimes de **promoção de organização terrorista** (art. 3 da Lei 13.260/2016) **recrutamento com o propósito de praticar atos de**

¹³ PAVANELI, Aline; VIANNA, José; KANIAK, Thais. **Justiça Federal aceita denúncia, e oito viram réus na Operação Hashtag**. G1, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/09/justica-federal-aceita-denuncia-e-oito-viram-reus-na-operacao-hashtag.html>. Acesso em: 12 jul. 2020.

¹⁴ COUTINHO, Mateus; AFFONSO, Julia. **Ahmed Faaz, alvo da Hashtag, confessou à PF que ia planejar atentado na Parada Gay**. Estadão, 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ahmed-faaz-alvo-da-hashtag-confessou-a-pf-que-ia-planejar-atentado-na-parada-gay/>. Acesso em: 12 jul. 2020.

terrorismo (art. 5, §1º, I, c/c §2º da Lei 13.260/2016) e **associação criminosa** (art. 288 do Código Penal)¹⁵.

Em segunda instância, as condenações foram mantidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região¹⁶.

2.2.2 Lei Antiterrorismo (13.260/2016): aspectos doutrinários

Como mencionado anteriormente, a Lei 13.260/2016 regulamentou o mandado de incriminação contido no inciso XLIII¹⁷ do art. 5º da Constituição Federal, no tocante ao terrorismo. No entanto, Rogério Greco pondera que,

A lei não define o que venha a ser terrorismo, mas elenca os atos que terão essa conotação, se praticados 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 a pessoa, o patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

Da redação art. 2º¹⁸ da Lei 13.260/2016, *in fine*, é possível depreender que os bem jurídicos protegidos pela norma são a vida, integridade física, o patrimônio, a paz pública ou a

¹⁵BRASIL. Seção Judiciária do Paraná. 14ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal Nº 5046863-67.2016.4.04.7000/PR. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Oziris Moris Lundi dos Santos Azevedo e outros. DJ: 5 maio 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/Evento-613-SENT1.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

¹⁶ TRF-4 mantém condenação de acusados de ligação com Estado Islâmico. Estadão, 2018. Disponível em: <https://istoe.com.br/trf-4-mantem-condenacao-de-acusados-de-ligacao-com-estado-islamico/>. Acesso em: 12 jul. 2020.

¹⁷ XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

¹⁸ Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

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

II - (VETADO);

III - (VETADO);

incolumidade pública. Verifica-se também que a motivação do agente é elemento indispensável do tipo penal, exigindo-se que os atos elencados no rol do artigo 2º sejam, nos termos da lei, motivados por “xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião”.

Ademais, o elemento subjetivo do tipo exige o **dolo específico** de “provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo a pessoa, o patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública”. No entanto, conforme observa André Luis Callegari e outros:

Não se exige que o sentimento de terror seja realmente difundido em um número indeterminado de pessoas, bastando que seja essa a finalidade do ato terrorista. Todavia, deve-se exigir que o ato praticado seja, ao menos, capaz de alcançar essa finalidade, sob pena de caracterização de crime impossível.¹⁹

Além disso, de acordo com o art. 2º da lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), o crime de terrorismo é insuscetível de graça, anistia e indulto ou mesmo fiança, sendo considerado um crime equiparado aos crimes hediondos.

No que tange ao instituto do indulto, embora não haja vedação expressa na Constituição Federal, há julgados no STF sedimentando o entendimento pela inconstitucionalidade da concessão de indulto ao crime de terrorismo, conforme evidenciado pela ementa a seguir colacionada:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO FEDERAL. INDULTO. LIMITES. CONDENADOS PELOS CRIMES PREVISTOS NO INCISO XLIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME. REFERENDO DE MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. 1. A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à

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:

¹⁹ CALLEGARI, Andre Luis et al. **O Crime de Terrorismo: Reflexões críticas e comentários a Lei de Terrorismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 91.

vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República. A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstado por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada. 2. **Revela-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação.** Interpretação conforme a Constituição dada ao § 2º do artigo 7º do Decreto n. 4495/2002 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à indulgência *principis*. Referendada a cautelar deferida pelo Ministro Vice-Presidente no período de férias forenses.²⁰– grifo nosso.

Quanto a natureza hedionda do crime de terrorismo, a doutrina apresenta divergência, sendo manifestada basicamente em duas correntes:

“1ª) O crime de terrorismo está apenas no art. 2º e é o único da Lei 13.260/16 equiparado a hediondo (posição da coautora Débora de Souza de Almeida);

2ª) Todos os tipos penais da Lei 13.260/16 são terrorismo e, portanto, todos são equiparados a hediondo (posição dos coautores Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto)”²¹

De acordo com Greco,

Para essa primeira corrente, que se vale como defende, das interpretações literal, restritiva, teleológica, histórica e sistemática, do texto da Lei nº 13.260/2016, embora existente no corpo da Lei Antiterrorismo, os arts. 3º a 6º do citado diploma legal não poderiam gozar do status de hediondo, uma vez que, na verdade, não se configuram em infração penal de terrorismo, mas sim em infrações penais afins a ele. Isso porque, segundo argumentam, o crime de terrorismo somente possui tipificação no art. 2º da Lei nº 13.260/2016, que traduz, principalmente, a sua motivação, bem como os atos reputados como configuradores do terrorismo.²²

Contudo, verifica-se que o próprio art. 19 da lei Antiterrorismo traz expressa a alteração do art. 1º, §2º, II, da Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas)²³.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ADI 2.795/DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. DJ: 8/5/2003.

²¹ GRECO, Rogério. **Terrorismo: Comentários à lei nº 13.260/2016**. Rio de Janeiro: Impetus, 2019, p.254.

²² GRECO, loc cit.

²³ Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

(...)

§ 2º Esta Lei se aplica também:

(...)

II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

Consequentemente, a leitura do diploma legal em comento combinada com o art.1º, parágrafo único, V, da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos)²⁴ conduz para um entendimento que encontra melhor coerência na segunda vertente, que assenta que todos os tipos penais da Lei 13.260/16 são terrorismo e todos são equiparados aos crimes hediondos.

Verifica-se, assim, que a Lei em análise utiliza-se do elemento estrutural e teleológico para a conceituação de terrorismo, o primeiro dizendo respeito a forma de configuração e atuação do agente criminoso e o último dizendo respeito aos fins pretendidos com o ato²⁵, compreendendo este “as motivações exigíveis para a configuração do ato de terrorismo, assim como a finalidade que deve estar presente no mesmo ato”.²⁶

Cada ato de terrorismo, de acordo com as suas especificidades, pode apresentar classificação doutrinária distinta. A seguir, as condutas criminosas expressas na lei antiterrorismo foram enquadradas em algumas das classificações utilizadas pela doutrina²⁷ para as infrações penais:

2.2.2.1 Quanto ao sujeito ativo

Os crimes da Lei 13.260/2016 são **comuns**, pois os sujeitos ativo e passivo não precisam apresentar nenhuma qualidade especial para incidirem no tipo, com a única exceção dos atos de sabotagem e apoderamento (art. 2, §1º, IV), sendo crime **próprio** com relação ao sujeito passivo, visto que o tipo penal aponta aqueles que podem figurar nessa condição²⁸.

²⁴ Art. 1º (...)

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados:

(...)

V - o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.

²⁵ CALLEGARI, Andre Luis et al. **O Crime de Terrorismo: Reflexões críticas e comentários a Lei de Terrorismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 91.

²⁶ *Ibid.*, p. 95.

²⁷ Vide GRECO, Rogério. **Terrorismo: Comentários à lei nº 13.260/2016**. Rio de Janeiro: Impetus, 2019, p.249 et seq.

²⁸ 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**

2.2.2.2 Quanto à necessidade de resultado naturalístico para sua consumação

São majoritariamente **crimes materiais**, uma vez que sua consumação depende da produção naturalística do resultado previsto de forma expressa pelo tipo penal, com exceção do inciso V, do art. 2, §1, e do art. 3º do diploma legal em estudo, sendo estes últimos considerados **crimes formais** – independem da produção do resultado naturalístico para a consumação do crime.

2.2.2.3 Quanto à necessidade de lesão ao bem jurídico para sua consumação

São crimes de **perigo comum ou coletivo**, pois o perigo de dano atinge um número indeterminado de pessoas.

Ademais, os tipos penais elencados na lei antiterrorismo são **crimes de perigo abstrato**, ou seja, não necessitam de efetiva demonstração do perigo para efeitos de configuração do delito. Nessa espécie, o perigo é presumido pelo legislador, aferível *ex ante*, em virtude da precisidade do bem jurídico tutelado e da irreversibilidade do dano, caso seja materializado. Dessa forma, configura-se o crime, para efeitos de incidência da norma, a mera realização da ação ou omissão descrita no tipo penal.

A Lei encontra exceção nos delitos do artigo 2º, estes classificados como **crimes de perigo concreto**. Ao contrário dos crimes de perigo abstrato, o perigo aqui é elemento normativo do tipo, fazendo-se necessária a efetiva demonstração do perigo de lesão ao bem jurídico, que

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;

é aferível *ex post*, ou seja, “levam-se em conta todas as circunstâncias reais, mesmo as somente conhecidas e cognoscíveis após a realização do fato”.²⁹

2.2.2.4 Quanto ao tempo da consumação

Alguns dos crimes da Lei são **permanentes**, cuja consumação se prolonga no tempo, persistindo enquanto desejar o agente, o que é o caso do inciso I, do art. 2, §1 - na modalidade guardar – e dos arts. 3º, 5º e 6º - com relação aos núcleos guardar e manter em depósito. Os demais delitos são classificados como **instantâneos**, ou seja, aqueles delitos que se consumam imediatamente.

2.2.2.5 Quanto à exigência de forma específica para sua prática

São crimes de **forma vinculada**, nas hipóteses dos incisos I e IV do §1, art.2º, visto que a redação típica determina o modo em que o delito deve ser praticado; de **forma livre** nos casos dos arts. 3º e 5º e 6º.

2.2.2.6 Quanto ao número de bens jurídicos atingidos

São **crimes pluriofensivos**, tendo em vista que as condutas descritas nos tipos penais contidos na Lei 13.260/2016 violam uma diversidade de bens jurídicos.

Nesse sentido, segundo Luis Callegari e outros:

Devido a sua natureza complexa, também a ofensa produzida pelo crime de terrorismo vai se manifestar de forma complexa. O terrorismo, portanto, se apresenta como

²⁹ GRECO, Luís. "Princípio da Ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, nº 49, julho-agosto de 2004, pp. 89-147. p.10.

violação não só a um bem jurídico, mas a uma pluralidade deles. Em um primeiro momento, o ato terrorista constitui uma afronta ao mesmo bem jurídico protegido pelo delito comum do qual se utiliza; ou seja, a vida, a integridade física, a liberdade, o patrimônio etc. Por segundo, o terrorismo se consubstancia na violação à paz pública. Por último, direciona-se o terrorismo como agressão à própria democracia, no tocante à tomada de decisões políticas de maneira legítima, considerando-se que é da natureza do ato terrorista o objetivo de forçar o Estado constituído a adorar sua vontade imposta.³⁰

2.2.2.7 Outras Classificações

São crimes considerados **de ação múltipla** ou de **conteúdo variável**, que são aqueles em que o tipo prevê diversos núcleos, bastando apenas a prática de uma ação nuclear para a sua consumação, e a prática de diversas condutas típicas, no mesmo contexto, configura crime único.

³⁰ CALLEGARI, Andre Luis et al. **O Crime de Terrorismo: Reflexões críticas e comentários a Lei de Terrorismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p.49

3 O TERRORISMO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

3.1 Conceito

Günther Jakobs, jurista alemão e professor de direito penal e filosofia do direito, notabilizou-se com o seu conceito de Direito Penal do Inimigo. Embora tenha declarado amiúde que estava apenas descrevendo fenômenos deduzidos da ordem jurídica, ainda pairam dúvidas, sobretudo a partir dos seus últimos escritos, quanto ao caráter descritivo ou afirmativo-legitimador de sua teoria.³¹

Não obstante, aponta-se que alguns dos elementos descritos pelo mencionado autor, passam diversas das legislações vigentes, sendo, inclusive, uma das críticas endereçadas a Lei Antiterrorismo, que incorpora muitas das cores do Direito Penal do Inimigo. Algumas dessas características, também presentes na Lei 13.260/2016, consistem na “a) punição antecipada, seja pelos crimes de perigos abstrato, seja pela punição dos atos preparatórios; b) penas evidentemente desproporcionais; c) flexibilização das garantias penais e processuais penais (sobretudo a garantia da legalidade estrita); e d) legislação de combate, marcada pela prevenção de riscos.”³²

Para Jakobs, há duas espécies de ordens jurídico-penais que podem ser aplicadas aos agentes criminosos a depender de certos caracteres pessoais: um **Direito Penal do Cidadão** e um **Direito Penal do Inimigo**. No primeiro caso, o Direito Penal aplicável incide, principalmente, como reafirmação da força normativa das leis a fim de preservar a confiança jurídica da comunidade. Nesse caso, é conferido ao autor todas as garantias admitidas no direito.

No último caso, o Direito Penal incide como medida de segurança, uma vez que se percebe o “inimigo” como alguém que põe em risco a própria comunidade e a estabilidade do

³¹ GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora RT. n. 56, set.-out. 2005. pp. 80-112.

³² ABREU, Ana Claudia da Silva; ABREU, Grilherme Schroder. **Terrorismo X Princípio da Legalidade: Os reflexos do direito penal do inimigo na Lei nº 13.260/16**. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, Curitiba, nº2, jul/dez. 2016., pp. 226-246.

Estado, de forma que o criminoso deve ser despersonalizado e tolhido dos direitos e garantias conferidas aos “cidadãos” que estão inseridos e submetidos às regras que regem a ordem social.

Segundo o autor:

“O Direito Penal conhece dois polos ou tendências e suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que este exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade”.³³

Ainda na visão de Jakobs:

“Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E que o estado natural é um estado de ausência de norma, isto é, de liberdade excessiva, tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação”.³⁴

Dessa forma, sob o viés do Direito Penal do Inimigo, não há o fato típico como parâmetro da aplicação penal, mas antes a periculosidade do agente, o que justificaria, nessa visão, a antecipação da tutela ao bem jurídico. Para Jakobs, no caso dos ditos “inimigos do Estado”, a “punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos”.³⁵

Como bem explica Manuel Cancio Meliá:

Segundo Jakobs, o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, e constata um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual - retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas”.³⁶

³³ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 2ª ed. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.37.

³⁴ Ibid. p.36

³⁵ Ibid. p.35-36.

³⁶ Ibid. p.62.

Quanto aos crimes de perigo abstrato, que incluem os atos preparatórios de terrorismo – objeto do presente trabalho –, terão posterior análise mais detida, quando será analisada a legitimidade da antecipação da tutela penal segundo o ordenamento jurídico vigente.

Nota-se que a orientação dos mecanismos de controle social por essa lógica pode degringolar em arbitrariedades que não são compatíveis com as atuais diretrizes de contenção do poder punitivo do Estado e, portando, da lei penal como *ultima ratio*.

Afinal, não se pode perder de vista que “o Estado se encontra submetido ao Direito e não pode exercer seu poder fora dele”³⁷, razão pela qual o Direito Penal do Inimigo, ao adotar uma ideologia de preponderância da segurança coletiva em detrimento dos direitos penais clássicos de garantia³⁸, bem como ao transpor os limites impostos a si mesmo no exercício do poder punitivo³⁹, é estranho ao Estado Democrático de Direito.

3.2 Direito Penal do Fato X Direito Penal do Autor

Ante o exposto, percebe-se que a lógica do Direito Penal do Inimigo de Jakobs conduz necessariamente para a figura do Direito Penal do Autor, rechaçada pelo direito brasileiro na atual ordem jurídica. O Direito Penal do Autor, caracteriza-se pelo enfoque da norma no autor do fato – sua personalidade, modo de conduzir a vida – ao invés do fato em si praticado.

Nas palavras de Claus Roxin:

Por direito penal do fato se entende uma regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente (ou no máximo várias ações desse tipo) e a sanção representa somente a resposta ao fato individual, e não a toda a condução de vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam do mesmo.

³⁷ CALLEGARI, Andre Luis et al. **O Crime de Terrorismo: Reflexões críticas e comentários a Lei de Terrorismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 82.

³⁸ *Ibid.*, loc. cit.

³⁹ *Ibid.* p. 85.

Diante disso, se tratará de um direito penal do autor quando a pena se vincule à personalidade do autor e seja a sua antissocialidade e o grau da mesma que determinem a sanção (tradução nossa).⁴⁰

Tal parâmetro para a aplicação de sanção penal, é incompatível com um Estado Democrático de Direito, uma vez que se traduz em um Direito Penal Discriminatório, atuando não como um instrumento que visa alcançar o equilíbrio social através da justiça, mas, antes, atuando como um instrumento marcial de persecução de “inimigos” da comunidade.⁴¹ Na opinião de Luigi Ferrajoli:

Está claro que ao faltar, antes inclusive da própria ação ou do fato, a proibição, todas as garantias penais e processuais resultam neutralizadas. Trata-se, com efeito, de uma técnica punitiva que criminaliza imediatamente a interioridade ou, pior ainda, a identidade subjetiva do réu e que, por isso, tem um caráter explicitamente discriminatório, além de antiliberal. O caso limite é o das leis penais raciais, em que uma condição natural da pessoa constitui por si só o pressuposto da pena. Mas o mesmo esquema vem reproduzido pela persecução penal dos hereges e das bruxas e, nos tempos modernos, pelo modelo nazista do “tipo normativo de autor”, pelo stalinista do “inimigo do povo” e pelo positivista do “delinquente nato” ou “natural”.⁴²

O perigo na adoção desse expediente reside na definição conveniente de “inimigo” pela autoridade política, o que pode degradingolar para perseguições injustas, conforme demonstrado pela própria história em diversas ocasiões.

Além do mais, cabe a pertinente crítica feita por Zaffaroni e Pierangeli:

“Seja qual for a perspectiva a partir de que se queira fundamentar o direito penal do autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, *mas que também respeite*, a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o ‘ser’ de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação.”⁴³

Embora se reconheça que o terrorismo é um crime dotado de gravidade suficiente que justifique sanções mais rigorosas, e que a prevenção dessa espécie de criminalidade através de

⁴⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**, tomo 1. 1ª ed. trad. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p.176-177.

⁴¹ MOHAMED, André Nascimento. **O Direito Penal do Autor no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro. EMERJ, 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semes-tre2010/trabalhos_12010/andremohamed.pdf. Acesso em: 5 jul. 2020.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, 3ª ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.81.

⁴³ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, parte geral, volume 1. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.107.

outras medidas de política criminal também seja desejável, a repressão à margem das garantias legais inspiradas na Constituição também podem ensejar graves perigos à ordem social.

Portanto, as soluções para lidar com esses fenômenos mais problemáticos da realidade também devem ser encontradas dentro do esquema normativo do Estado Democrático de Direito e suas balizas contentivas do arbítrio e da violência estatal, não se admitindo qualquer sistema que se divorcie do Direito Penal do Fato. Conforme pontua Luis Greco,

Mesmo onde se trata de controlar perigos oriundos de um determinado agente, não é necessário recorrer ao conceito do direito penal do inimigo; e se tentarmos utilizá-lo, veremos nossas dificuldades aumentadas pelas obscuridades oriundas não apenas dos próprios problemas, mas principalmente da palavra direito penal do inimigo, que parece apta a legitimar quase que automaticamente qualquer intervenção estatal imaginável.⁴⁴

No mesmo sentido assevera Fernando Molina:

As ações do terrorismo atual colocam sem dúvida desafios jurídicos, mas, ao menos no que se refere a resposta penal, não há nelas nada essencialmente novo que não possa ser abordado com os instrumentos tradicionais do Direito penal garantista. Com ajustes menores nos tipos penais e com uma adequada interpretação do estado de necessidade, pode dar-se uma resposta satisfatória aos novos desafios sem uma diminuição substancial nas garantias e princípios básicos que limitam o jus puniendi do Estado. Até agora, o Estado de Direito, edificado sobre o respeito aos Direitos fundamentais do cidadão, tem desempenhado melhor que nenhum outro a tarefa de permitir a melhor convivência em paz dos seres humanos. Nada faz pensar que esta velha receita tenha deixado de funcionar.⁴⁵

Cabe também a observação de Rogério Greco:

Ninguém duvida de que o terrorismo precisa de um olhar diferenciado, principalmente pelos danos que causa à sociedade em geral, pelos estragos que produz psicologicamente às mentes de toda a população. No entanto, não podemos abrir mão de um Direito Penal do fato, e de todos os demais direitos e garantias penais e processuais penais, sob o falso argumento de que estamos diante de inimigos, e não de cidadãos. Esse processo de “coisificação, de anulação da personalidade do outro só nos levará de volta ao passado, que o Direito penal procurou apagar de sua memória.⁴⁶

⁴⁴ GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora RT. n. 56, set.-out. 2005. pp. 80-112.

⁴⁵ GARZÓN VALDÉS; HUSTER; MOLINA FERNANDEZ, 2010 apud GRECO, Rogério. **Terrorismo: Comentários à lei n° 13.260/2016**. Rio de Janeiro: Impetus, 2019, p.101-102.

⁴⁶ GRECO, Rogério. **Terrorismo: Comentários à lei n° 13.260/2016**. Rio de Janeiro: Impetus, 2019, p.96.

4 DA (IN)COMPATIBILIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO

4.1 Os novos riscos sociais

Modernamente se tem notado uma tendência de uma adoção mais frequente pelo legislador de crimes de perigo abstrato para a tutela de determinados bens jurídicos. Tal postura tem sido criticada por alguns doutrinadores como uma expansão ilegítima do direito punitivo, haja vista que confere uma excessiva discricionariedade ao legislador penal, dificultando um controle das arbitrariedades do estado, bem como se afigura como “uma ruptura com os princípios clássicos do direito penal, como o da ofensividade, da intervenção mínima, da proporcionalidade, da culpabilidade e da legalidade, representando uma forma arbitrária de intervenção estatal na liberdade individual”.⁴⁷ Até mesmo o respeitável jurista italiano Luigi Ferrajoli, chega a elencar os delitos de perigo abstrato como expressão de um modelo de direito penal autoritário.⁴⁸

Outros críticos da tendência expansionista do direito penal condenam todos os crimes de perigo abstrato como inconstitucionais⁴⁹ e alguns ainda ponderam que, mesmo que fosse necessária a antecipação da tutela para proteção de certos bens jurídicos, nesse caso, exige-se que seja processada pelos outros ramos do direito, uma vez que o princípio da intervenção mínima impõe que direito penal deve se ocupar apenas das condutas consideradas mais graves e, portanto, se faz necessário ao menos um perigo concreto de lesão ao bem jurídico para justificar o sancionamento penal.⁵⁰

⁴⁷ RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea**. Dissertação (Dissertação em Direito) – UERJ. Rio de Janeiro, 2010. p. 135. Disponível em: http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1674. Acesso em: 5 jul. 2020.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, 3ª ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.80.

⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6ª ed., ampl., atual. Curitiba: ICPC, 2014. p.110.

⁵⁰ RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea**. Dissertação (Dissertação em Direito) – UERJ. Rio de Janeiro, 2010. p. 135. Disponível em: http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1674. Acesso em: 5 jul. 2020.

Essa tendência expansionista do Direito Penal anuncia a emergência de um Direito Penal do Risco, “inspirado nas modernas teorias sociológicas orientadas segundo um modelo globalizante, que no direito penal tem se refletido segundo a perspectiva do risco”.⁵¹

O progresso científico-tecnológico experienciado na modernidade trouxe diversos benefícios, tais como, por exemplo, a redução dos espaços, pela sofisticação dos sistemas de transportes, e o sistema de telecomunicações, que possibilitou às pessoas um acesso quase ilimitado de informações – a baixo custo e com transmissibilidade instantânea. No entanto, como bem apontado por Guilherme Raposo:

Se por um lado é inegável que a globalização, ao encurtar distâncias, facilitou a comunicação e o deslocamento de indivíduos pelo mundo, por outro, também permitiu a difusão mais fácil dos efeitos lesivos causados pelas ações humanas, que deixaram de se restringir a um grupo geograficamente determinado de indivíduos e passaram a afetar um incalculável número de pessoas.⁵²

Um exemplo recente desse fenômeno foi a rápida difusão do coronavírus por diversos continentes, levando a Organização Mundial da Saúde (OMS) a declarar uma pandemia global⁵³ em 11 de março de 2020, logo após apenas alguns meses do início do registro da transmissão da doença entre seres humanos⁵⁴. A Covid-19⁵⁵, surgida na cidade de Wuhan, na China, teve um efeito devastador na economia de todos os países afetados, causando desemprego em massa, devido às necessárias medidas de distanciamento social, que interromperam às cadeias produtivas, bem como o colapso nos sistemas de saúde que levaram a diversas mortes – devido à ausência de leitos disponíveis que pudessem viabilizar a hospitalização de pacientes em estado grave.

⁵¹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Aspectos críticos do Direito Penal na sociedade do risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 12, n. 46, p. 73-93, jan./fev. 2004.

⁵² RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea**. Dissertação (Dissertação em Direito) – UERJ. Rio de Janeiro, 2010. p. 11. Disponível em: http://www.bdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1674. Acesso em: 5 jul. 2020.

⁵³ MOREIRA, Ardriles; PINHEIRO, Lara. **OMS declara pandemia de coronavírus**. G1, 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 12 jul. 2020.

⁵⁴ CHINA identifica pessoa que pode ter sido paciente zero da Covid-19. Revista Galileu, 2020. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/03/china-identifica-pessoa-que-pode-ter-sido-paciente-zero-da-covid-19.html>. Acesso em: 12 jul. 2020.

⁵⁵ do inglês Coronavirus Disease 2019

Não fosse o contexto social supramencionado que, através dos modernos modais de transporte, possibilitam pessoas a se deslocarem por grandes distancias num período relativamente curto de tempo, os efeitos dessa doença seriam bem mais contidos, dificilmente transformando-se em uma pandemia mundial.

Segundo Pablo Rodrigo Alflen da Silva,

Os riscos que havia anteriormente eram riscos pessoas, contudo, os riscos na “sociedade reflexiva” ultrapassam as realidades individuais e até mesmo as fronteiras territoriais e temporais de tal maneira que se forem produzidos em uma região poderá afetar outras. De modo que a produção e a distribuição dos riscos determinantes no mundo contemporâneo geram a impossibilidade de escapar das suas consequências. Esta sociedade mundial do risco (*Weltrisikogesellschaft*) trata-se, portanto, de uma sociedade catastrófica, na medida em que se caracteriza pelo surgimento de catástrofes nucleares, de desastres genéticos, de crises financeiras ou ameaças terroristas globais, e cuja reflexividade torna a maior parte dos aspectos da atividade social suscetíveis à visão crônica à luz de novas informações ou conhecimentos.⁵⁶

Assim, a globalização, responsável pelo aprofundamento da integração social, econômica, cultural e política entre os diversos países também representou um elemento de globalização dos riscos, aumentando a demanda por medidas eminentemente preventivas por parte de estado a fim de se evitar grandes catástrofes. Essa exposição permanente ao risco observada hodiernamente, afeta a percepção de segurança das pessoas, fazendo com que demandem cada vez mais segurança ao aparato estatal, importando em intervenções cada vez mais pervasivas do Estado.⁵⁷

Aline Quintela Lopes Oliveira observa que:

Na tentativa de se amoldar à novel sociedade de risco, a dogmática penal e a política criminal passam a admitir novos candidatos no círculo de bens jurídicos; a antecipar

⁵⁶ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Aspectos críticos do Direito Penal na sociedade do risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 12, n. 46, p. 73-93, jan./fev. 2004. p. 79.

⁵⁷ BUSATO, Paulo Cesar. **O Preso Como Inimigo: a destruição do outro pela supressão da existência comunicativa**. Revista CEJ, Brasília, n° 57, maio-agosto de 2002, pp. 95-102.

a fronteira entre o comportamento punível e não-punível; a reduzir as exigências de censurabilidade; a flexibilizar os critérios de imputação etc.

Rejeita-se, deste modo, o modelo de direito penal de resultado, que atua repressivamente, após a conformação do dano, sendo mais conveniente a este modelo criminal, a antecipação da proteção penal a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo concreto, em certos casos.

(...) por vezes, surgem determinadas circunstâncias de extrema gravidade a bem jurídico de primeira grandeza que demandam proteção especial mais abrangente, exigindo a antecipação da tutela do bem jurídico, de modo a evitar qualquer possibilidade de desdobramento progressivo capaz de converter um perigo em um dano efetivo e irreversível ao bem jurídico.⁵⁸

Nesse contexto, observa-se que o novo Direito Penal do Risco, à guisa de conter os perigos inerentes ao mundo globalizado, cada vez mais se distancia de sua vocação fragmentária, convertendo-se em um direito penal expansivo.

Pablo Rodrigo Alflen da Silva, fazendo remissão a Hassemer, ainda aponta para a tendência de renúncia dos pressupostos clássicas da punição por meio dos crimes de perigo abstrato, que se satisfazem com a simples prova da conduta descrita no tipo penal, reduzindo, com efeito, a capacidade defensiva do acusado. Ressalta, ainda, que, “no campo da moderna política criminal, como a criminalidade organizada, o meio ambiente, a corrupção, o tráfico de drogas ou a criminalidade econômica, encontram-se cada vez mais novos tipos penais e agravamentos de pena”.⁵⁹

Nesse sentido, o Direito Penal do Risco apresenta diversos pontos de choque com o Direito Penal Clássico, este construído sobre os pilares dos princípios do Estado Democrático de Direito, “que asseguram a função de garantia do direito penal”.⁶⁰ Na visão de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, “isso se deve ao fato de que a maior parte das garantias clássicas se orienta por um paradigma de direito penal que toma por base a ideia de indivíduo, de bens jurídicos individuais, isto é, pelo paradigma do direito penal clássico, enquanto o paradigma atual se orienta pela macrocriminalidade”.⁶¹ Dessa forma, a relativização dos princípios limitadores do Direito Penal, ante as demandas da sociedade de risco, acaba por inverter o seu paradigma enquanto

⁵⁸ OLIVEIRA, Alice Q. A expansão penal e o direito de intervenção. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília-DF, p. 5.042–5.057, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/ma-naus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

⁵⁹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do Direito Penal na sociedade do risco. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 12, n. 46, p. 73-93, jan./fev. 2004. p. 80.

⁶⁰ Ibid. p. 87.

⁶¹ Ibid. p. 89.

ultima ratio, adquirindo cada vez mais protagonismo. Evidência desse fenômeno é a tutela desses novos bens jurídicos complexos, de difícil determinação, que leva quase que invariavelmente a flexibilização da exigência de taxatividade das leis penais, acarretando numa profusão de tipos penais em branco e da técnica de remissão.⁶²

Certamente há de se reconhecer que tal tendência pode degradingolar em prejuízos substantivos em termos de liberdades individuais, bem como a instrumentalização dos mecanismos repressivos do Estado como expressão meramente simbólica, muitas vezes apenas servindo como mecanismo para proporcionar uma falsa sensação de segurança às pessoas.

No entanto, aludir a um efeito meramente simbólico do direito penal, não implica dizer que não haja a produção de qualquer efeito na realidade. De fato, o contrário ocorre, e as repercussões da legislação penal muitas vezes são gravíssimas, implicando em privação de liberdade, restrição de direitos ou imposição de multas pecuniárias.

Como bem pontua Andre Luis Callegari e outros:

O efeito simbólico relaciona-se com o incremento da sensação de segurança, de resultado positivo de uma decisão, sendo esse resultado fictício, assim como a segurança. Não só é fictícia a imagem de efetividade legislativa, como, em um plano prático, o que se constata é, geralmente, um resultado contraproducente. Ou seja, instaura-se uma imagem de solução a um problema (que não tende a durar muito tempo, vindo a demandar novas medidas simbólicas), quando, na verdade, a situação é agravada.⁶³

Contudo, há de se reconhecer também que o direito penal não pode estar alheio às mudanças na realidade social por ele regulada. Afinal, é imprescindível que, para a proteção dos bens jurídicos caros a sociedade, a fim de garantir uma existência pacífica, livre e socialmente segura, os meios definidos pelo legislador para a tutela desses valores fundamentais devem ser, antes de tudo, eficazes, na medida em que também se mostrem estritamente necessários.

4.2 Da (i)legitimidade dos crimes de perigo abstrato para tutela de bens jurídicos penais

⁶² SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do Direito Penal na sociedade do risco. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 12, n. 46, p. 73-93, jan./fev. 2004, p.89.

⁶³ CALLEGARI, Andre Luis et al. **O Crime de Terrorismo: Reflexões críticas e comentários a Lei de Terrorismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 67.

Muitas vezes essa tutela especial de certos bens jurídicos, diante desses novos riscos presentes na sociedade, é operacionalizada por meio da tipificação de delitos de perigo abstrato - isso sob veemente oposição de alguns doutrinadores. No entanto, Luis Greco salienta que:

“(...) o problema dos crimes de perigo abstrato pouco tem a ver com a questão do bem jurídico. A legitimação dos crimes de perigo abstrato não deve ser discutida à luz de considerações sobre o bem jurídico, e sim sobre outro tópico, que alguns autores começam a chamar de “estrutura do delito” (Deliktstruktur). Ao tratar o bem jurídico, está-se diante da pergunta: o que proteger? Ao tratar da estrutura do delito, o problema já não é mais o que proteger, e sim: como proteger? (...) Como vimos, entre nós tornou-se costumeiro declarar inconstitucionais *in totum* os crimes de perigo abstrato. Diz-se que isso resultaria do princípio da lesividade, da necessária referência a um bem jurídico. Podemos afirmar, já de agora, que tal colocação do problema é falha, por tratar-se de um erro categorial. Nos crimes de perigo abstrato, o problema, em geral, não está no bem jurídico a ser protegido, pois este é o mesmo dos crimes de perigo concreto e dos crimes de lesão, a respeito de cuja legitimidade muitas vezes não se pode duvidar”⁶⁴

À vista disso, percebe-se que a problemática da legitimidade dos crimes de perigo abstrato reside na disputa entre aqueles que somente admitem a tutela dos bens jurídicos por meio dos crimes de lesão e de perigo concreto e, do outro lado, aqueles que também admitem os delitos de perigo abstrato como espécie legítima para a tutela desses bens.⁶⁵

Contudo, é inevitável que se reconheça que a oposição radical aos crimes de perigo abstrato, sem que se admita exceções no ordenamento jurídico, pode acarretar que se declare a inconstitucionalidade de diversas figuras típicas que tutelam bens jurídicos coletivos, tais como a incolumidade pública - e aqui cite-se como exemplo o art. 270 do Código Penal, que trata do crime de **envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal**, que possui legitimidade incontroversa.⁶⁶ Importante ressaltar, ainda, que há certos tipos penais que sequer há uma referência clara da norma a proteção de um bem jurídico, como no caso dos crimes de **maus tratos aos animais**, conforme o art. 32 da Lei de Crimes Ambientais⁶⁷, o que parece indicar que a ofensividade a um bem jurídico não é o único critério a ser levado em consideração para que possa haver a tutela penal ou, quando menos, que a regra pode admitir exceções em circunstâncias especiais.

⁶⁴ GRECO, Luís. "Princípio da Ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n° 49, julho-agosto de 2004, pp. 89-147. p. 9-10.

⁶⁵ GRECO, loc. cit.

⁶⁶ Ibid. p. 12.

⁶⁷ Ibid. p. 9.

Dessa forma, dado o novo contexto da sociedade, e sobretudo da sofisticação do crime que veio na esteira do progresso, a simples incriminação de atos de dano ou de perigo concreto, em determinadas circunstâncias, pode não ser suficiente, já que há espécies de condutas dotadas de grande reprovabilidade social e que causam danos irreparáveis ou de difícil reparação à coletividade.

A título de exemplo, é notório o permanente risco que propiciam as armas de destruição em massa e a degradação ambiental decorrente da exploração irracional dos recursos naturais, bem como também a exposição do patrimônio de grande parte da população – custodiado em instituições financeiras – a fraudes.⁶⁸ Dessa forma, a necessária superação desses problemas, justifica uma intervenção do direito penal a momentos anteriores a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Nesse sentido, conforme assevera Ângelo Roberto Ilha da Silva, em referência aos bens jurídicos como o meio ambiente, a ordem econômica, fé pública e da saúde pública:

[...] só podem ser, em certos casos, eficazmente tutelados de forma antecipada mediante tipos de perigo abstrato, seja em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, seja pelo fato de não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias, ou a inviabilidade de estabelecer o entrelaçamento entre múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos moldes rigorosos do processo penal.⁶⁹

Contudo, é preciso que esse modelo político-criminal seja adotado com parcimônia. De fato, a profusão de tipos penais de perigo abstrato, conforme supramencionado, se insere num cenário orientado ao aparelhamento do Direito Penal para a precaução e a segurança, no

⁶⁸ RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea**. Dissertação (Dissertação em Direito) – UERJ. Rio de Janeiro, 2010. p. 12. Disponível em: http://www.btdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1674. Acesso em: 5 jul. 2020.

⁶⁹ SILVA, 2003 apud RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea**. Dissertação (Dissertação em Direito) – UERJ. Rio de Janeiro, 2010. p. 20. Disponível em: http://www.btdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1674. Acesso em: 5 jul. 2020.

contexto do direito penal moderno e da sociedade de risco⁷⁰ - não sem ameaça a higidez das garantias fundamentais conquistadas a duras penas. Ademais, é importante ponderar que mesmo que o terrorismo seja dotado de gravidade suficiente a justificar a antecipação da tutela penal, tal operação também não é imune de riscos à ordem jurídica. Alguns autores tem notado uma outra tendência, na esteira do expansionismo penal, de contaminação da legislação ordinária por institutos e regramentos que deveriam, em tese, serem aplicados de forma excepcional. Conforme Callegari e outros:

É ilusória, pois, a imagem de que as alterações e criações legislativas direcionadas ao combate do terrorismo (que, normalmente, se manifestam por medidas drásticas, de gravidade consideravelmente elevadas) se limitarão, a curto e longo prazos, aos atos de terrorismo. O que se verifica é a expansão dessa legislação, que, após passar por um “período de testes” na disciplina do terrorismo, acaba por ser adotada como medida aplicável aos demais crimes. Esse é o resultado verificável em grande parte das “leis de exceção” que, com o tempo, tendem a perder o caráter de exceção para se tornarem comuns. Veja-se, a título ilustrativo, a constante expansão do rol de crime considerados hediondos, cada vez mais amplo e cada vez menos exceção.⁷¹

Não menos importante que essas considerações, entretanto, é a avaliação de que a tutela penal não é excludente de outras formas de controle social eventualmente adotadas pelo Estado para lidar com o fenômeno do terrorismo. Conforme asseveram os mesmos autores:

Por política criminal, portanto, deve-se compreender a análise de todas as formas de resposta ao crime, sendo o Direito Penal apenas um campo de relacionamento com a política criminal - que, todavia, vem sendo alçado a uma posição de destaque nessa relação.

[...]

Nesse campo de estudo político criminal, diversas são as manifestações referentes à reação e tentativa de controle do fenômeno criminal, dentre as quais se inserem algumas sanções administrativas, medidas preventivas diversas, protestos de setores nacionais e internacionais, entre outros. Aliás, tem-se isso como consequência do fato de ser o Direito Penal um dos tantos instrumentos de controle, junto por exemplo, da família, da escola, dos grupos sociais e de outros ramos do próprio Direito.⁷²

⁷⁰ DA SILVA FILHO, Acácio Miranda et al. **Lei Antiterror Anotada: Lei 13.260 de 16 de março de 2016**. org. Paulo Cesar Busato. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. p.15-16

⁷¹ CALLEGARI, Andre Luis et al. **O Crime de Terrorismo: Reflexões críticas e comentários a Lei de Terrorismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 70.

⁷² Ibid. p.76.

Sob essa ótica, reveste-se de particular relevância o reconhecimento da insuficiência do enfrentamento exclusivamente penal da criminalidade terrorista. Trata-se de um problema complexo que deve ser atacado em diversas frentes, tanto de forma preventiva quanto repressiva, bem como se faz necessário “conscientizar as minorias fanáticas de que o único meio de alcançar seus objetivos é o da democracia”.⁷³

Dessa forma, conclui-se que o ordenamento jurídico não rechaça a antecipação da tutela penal, mediante crimes de perigo abstrato, de bens jurídicos socialmente relevantes, a fim de evitar danos graves à sociedade, quando outros meios alternativos menos onerosos não são adequados a fazê-lo, e os meios reputados como mais eficazes não representam uma violação insuperável de princípios de matriz constitucional que regem o direito penal. Esse entendimento é corroborado, inclusive, pela jurisprudência, conforme será exemplificado mais adiante, quando se analisará o art. 5º da Lei 13.260/2016 sob a luz do princípio da lesividade.

⁷³ CALLEGARI, Andre Luis et al. **O Crime de Terrorismo: Reflexões críticas e comentários a Lei de Terrorismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 82.

5 DA ESTRUTURA DO ITER CRIMINIS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

5.1 Conceito

O *iter criminis*, termo que pode ser traduzido de forma literal para “caminho do crime”, constitui as fases que uma conduta humana orientada ao cometimento de um crime perpassa até a efetiva materialização do resultado naturalístico.

Conforme conceituado por Zaffaroni e Pierangeli:

Desde que o desígnio criminoso aparece no foro íntimo da pessoa, como um produto da imaginação, até que se opere a consumação do delito, existe um processo, parte do qual não se exterioriza, necessariamente, de maneira a ser observado por algum espectador, excluído o próprio autor.

A este processo dá-se o nome de *iter criminis* ou “caminho do crime”, que significa o conjunto de etapas que se sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento do delito.⁷⁴

Essas fases são divididas didaticamente pela doutrina em uma fase interna e outra externa, compreendendo a primeira a **cogitação** e a última os **atos preparatórios**, os **atos executórios**, a **consumação** do delito e o **exaurimento**.

5.1.1 Da cogitação

A cogitação integra a fase interna do *iter criminis*, em que o crime existe apenas enquanto uma atitude interna do agente, sem que nenhum ato ainda seja exteriorizado na realidade.

A cogitação no ordenamento jurídico brasileiro é impunível, em função da aplicação do princípio da materialização do fato (*nullum crimen sine actio*), dispondo que é necessária a exteriorização na realidade observável de condutas voluntárias dirigidas a lesar um bem jurídico

⁷⁴ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Da Tentativa: Doutrina e Jurisprudência**. 6ª ed, rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.13.

penalmente tutelado, vedada a incriminação de meros pensamentos.⁷⁵ O contrário seria a adoção do inadmitido direito penal do autor, que foi tratado de forma breve no capítulo antecedente, onde discorreu-se sobre o Direito Penal do Inimigo, discorrendo sobre o Direito Penal do Inimigo.

Rogério Sanches explica que a cogitação pode ser dividida em três etapas, a saber: “**a**) idealização: surge no agente a intenção de cometer o delito; **b**) deliberação: o agente pondera as circunstâncias da conduta que pretende empreender; e **c**) a resolução: corresponde à decisão a respeito da execução da conduta.”⁷⁶

5.1.2 Atos preparatórios

Nessa fase o agente começa a exteriorizar sua intenção criminosa, criando as condições matérias indispensáveis para a execução do delito através da obtenção de instrumentos, mobilização de pessoas e o ajuste das circunstâncias de lugar e tempo que são mais favoráveis ao sucesso do crime almejado.

De acordo com Gabriel Habib, os atos preparatórios podem ser entendidos a partir de duas diferentes perspectivas, a saber:

(a) uma perspectiva “formal-legal”, segundo a qual são atos preparatórios aqueles que antecedem temporalmente a execução do fato, não estando descritos na generalidade dos tipos penais, impossível, por isto, que venham a ser constituir em base de responsabilização penal. Como exemplo, pode-se apontar que o simples fato de alguém adquirir uma escada para transpor o obstáculo à subtração da coisa não pode ser, de forma alguma, considerado como ato executório do delito de furto (Código Penal, art. 155); e (b) uma perspectiva “material”, que define atos preparatórios em função da violação do bem jurídico tutelado.⁷⁷

⁷⁵ CUNHA, Sanches Rogério. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, parte geral, volume único. 3ª ed, rev., amp. e atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p.80.

⁷⁶ Ibid. p.333.

⁷⁷ HABIB, Gabriel et al. Lei Antiterrorismo: Lei 13.260/2016. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

Assim como a cogitação, os atos preparatórios não possuem, em regra, relevância penal, uma vez que, nas palavras de Nelson Hungria, a pena representar principalmente um castigo e, portanto, “não pode ser aplicada pelo mal que se é capaz de fazer, senão pelo mal que realmente se fez”.⁷⁸ É o que se depreende da leitura do art. 31 do Código Penal, segundo o qual “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”.

Em certos casos, as condutas preparatórias, consideradas numa perspectiva material, podem ser puníveis quando constituem um tipo penal autônomo. Ainda segundo a apropriada lição de Hungria:

Se o indivíduo passa da *nuda cogitatio* aos *atos preparatórios*, e estes representam, em si mesmos, uma ameaça à ordem jurídica, já então a lei do Estado pode intervir, tornando punível a atuação da vontade, mas entenda-se: punível *por si mesma*, e nunca por *extensão da punibilidade do crime planejado*. De outro modo, estaria sendo confundido o aparelhamento de materiais para uma obra com a própria obra. Para haver imposição de pena por extensibilidade da cominada a determinado crime, é necessário que haja, pelo menos, um “começo de execução” deste, isto é, que o agente inicie a *agressio operis*, o ataque direto ao bem jurídico de que se trata.⁷⁹

Os atos preparatórios de terrorismos serão analisados no capítulo seguinte.

⁷⁸ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.76.

⁷⁹ Ibid. loc. cit.

5.1.3 Atos de execução

Os atos executórios também integram a fase externa do *iter criminis*, e nesse momento o agente já expressa de forma inequívoca a sua intenção de cometer o crime através de atos que são considerados idôneos a produção do resultado típico, apenas não se materializando tal resultado por circunstância alheia a vontade do agente. A partir dos atos executórios a conduta já é dotada de relevância penal, podendo ser punível a título de tentativa, nos termos do art. 14, II, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro.

5.1.3.1 Fundamentos da punição da tentativa

Enquanto que a regra geral dita que os atos preparatórios são impuníveis, o contrário ocorre com a tentativa delitiva. Conforme define Zaffaroni e Pierangeli:

Os atos de tentativa são os que se estendem desde o momento em que começa a execução até o momento da consumação. Trata-se de uma extensão da proibição a etapa executiva do delito, que alcança, por conseguinte, desde o começo de execução até que se apresentem todos os caracteres da conduta típica. Esta ampliação da proibição típica ocorre em função de uma fórmula geral, existente na Parte Geral dos Códigos, em que nada mais se faz que recolher um conceito ôntico, pois a noção de tentativa não é uma criação legislativa.⁸⁰

Muitos autores basicamente apresentam opinião divergente quanto às circunstâncias que fundamentam a punição da tentativa, se são circunstâncias objetivas ou subjetivas,⁸¹ ou seja, se fundamentam-se na lesão ou perigo que acarretam ao bem jurídico ou numa vontade contrária ao direito. Conforme esse último critério, “como a vontade contrária ao direito existente na tentativa é igual à do delito consumado, não se deve distinguir entre a pena da tentativa e a do delito consumado”⁸². Portanto, verifica-se que o código penal não adota a teoria subjetiva, uma vez que há a determinação expressa no art. 14, II, parágrafo único, de redução da pena aplicável ao ato tentado frente ao crime consumado.

⁸⁰ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Da Tentativa: Doutrina e Jurisprudência**. 6ª ed, rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.16.

⁸¹ Ibid. p.27.

⁸² Idem. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**, volume 1. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.599.

Por sua vez, para que se possa estabelecer uma base para o sancionamento do ato a título de tentativa é necessário que haja uma correta delimitação do estágio do *iter criminis* que se insere a conduta do praticante do fato punível. Para isso, diversas teorias desenvolvidas na doutrina procuraram diferenciar, para os efeitos do direito penal, os atos de execução e os atos de preparatórios, uma vez que a consequência dessa distinção possui importantíssimas implicações jurídicas, como a caracterização da tentativa punível ou a atipicidade da conduta. A seguir serão abordadas algumas das teorias mais importantes.

5.1.4 Atos preparatórios X atos de execução

5.1.4.1 Teoria subjetiva

Segundo essa teoria, não existiria a distinção entre os **atos preparatórios** e os **atos de execução** para efeitos de aplicação da pena, uma vez que fundamenta “a punibilidade da tentativa na vontade contrária ao direito revelada pelo agente que tenta realizar o delito”.⁸³ Dessa forma, não seria estranho a luz dessa teoria a cominação de um mesmo *quantum* de pena para a conduta delituosa a título preparatório, tentado ou mesmo consumado, já que a vontade contrária ao direito, quando exteriorizada através de atos inequívocos, seria a mesma em todos os casos. Essa tese também poderia admitir a punibilidade da tentativa inidônea, vedada no Código Penal em seu art. 17.⁸⁴

5.1.4.2 Teoria objetiva-formal

⁸³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral. 2ª ed.** São Paulo: Editora Atlas, 2015. p.677.

⁸⁴ Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

De acordo com essa teoria, concebida originalmente por Beling, o agente incorreria nos atos executórios a partir do momento em que praticasse a conduta descrita no tipo penal, sendo todos os atos antecedentes considerados preparatórios.⁸⁵

Conforme pertinente descrição de Juarez Cirino dos Santos:

A teoria objetiva formal indica a ação do tipo como objeto do início da execução. A tentativa se caracteriza pelo *início da execução da ação do tipo*: ações anteriores são preparatórias; ações posteriores são executivas. Como a ação do tipo é o objeto do dolo, o início de execução da ação do tipo e o início de realização do dolo. Assim, no homicídio com arma de fogo, a ação de matar começa no acionamento do gatilho de arma carregada apontada para a vítima; no furto com destreza, a ação de furtar começa da remoção da coisa do bolso da vítima. A ação realizada pelo autor começa a execução do tipo porque é condição objetiva independente capaz de produzir causalmente o resultado: se ocorrer o resultado, será a realização da vontade consciente do autor; se não ocorrer o resultado, será por "circunstâncias alheias a vontade do agente".⁸⁶

5.1.4.3 Teoria objetiva-material

Essa teoria complementa a objetiva-formal. Além do início da prática dos atos descritos no tipo, também serão considerados atos executórios os imediatamente anteriores - na perspectiva de um terceiro observador.⁸⁷ No caso do crime de homicídio, por exemplo, a tentativa restaria caracterizada a partir do momento em que o agente apontasse a arma para a vítima.⁸⁸ Nos ensinamentos de Juarez Cirino dos Santos:

O critério especificador complementar dessa teoria *antecipa o momento* de caracterização da tentativa: recua a linha demarcatória entre ações preparatórias e ações executivas, para incluir como executivas ações *exteriores* ao tipo, que seriam preparatórias pelo critério da teoria objetiva formal. A teoria não resiste ao argumento da *potencialidade ofensiva da ação* realizada: a condição objetiva posta pelo autor ainda ação tem *independência* para produção causal do resultado.⁸⁹

⁸⁵ GRECO, Rogério. **Terrorismo: Comentários à lei n° 13.260/2016**. Rio de Janeiro: Impetus, 2019, p.303..

⁸⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do Crime**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p.80-81.

⁸⁷ CUNHA, Sanches Rogério. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, parte geral, volume único. 3ª ed, rev., amp. e atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p.335.

⁸⁸ GRECO, Rogério. **Terrorismo: Comentários à lei n° 13.260/2016**. Rio de Janeiro: Impetus, 2019, p.303.

⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do Crime**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p.81.

5.1.4.4 Teoria da hostilidade ao bem jurídico

Segundo essa teoria, os atos de execução se iniciam a partir do momento em que há a criação de um perigo concreto ao bem jurídico.⁹⁰ Aduz Nelson Hungria que esta teoria preconiza que “atos executivos são aqueles que atacam o bem jurídico (o primeiro ato de ataque é o começo da execução); atos preparatórios não representam ataque ao bem jurídico, cujo *estado de paz* fica inalterado”.⁹¹

5.1.4.5 Teoria da Impressão

Segundo essa teoria, é caracterizada a execução delitativa a partir do momento em que a conduta compromete o sentimento de segurança jurídica na ordem vigente.

Nos ensinamentos de Paulo César Busato:

Justifica a punibilidade da tentativa em função da impressão provocada pela conduta do agente. Toda conduta que produz na comunidade a impressão de uma agressão ao direito, prejudicando sua validade na consciência comunitária, é perigosa e, como tal merecedora de castigo.⁹²

5.1.4.6 Teoria objetivo-individual

Nos ditames dessa teoria, preconizada por Eugênio Raúl Zafaroni, deve-se ter enfoque na perspectiva do agente, considerando-se atos de execução os imediatamente anteriores a execução típica que revelam de forma inequívoca o seu *animus delicti*.⁹³

⁹⁰ CUNHA, Sanches Rogério. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**, volume único. 3ª ed, rev., amp. e atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p.335.

⁹¹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo II**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.84.

⁹² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral. 2ª ed.** São Paulo: Editora Atlas, 2015. p.677.

⁹³ CUNHA, Sanches Rogério. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**, volume único. 3ª ed, rev., amp. e atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p.335.

Essa é a teoria amplamente adotada pela jurisprudência, combinando as teorias subjetiva e objetiva-formal e, teoricamente, superando os problemas advindos de ambas. A teoria objetiva-formal é criticada por resultar em proteção insuficiente, pois, já que para justificar a punição é necessária a prática dos verbos elementares do tipo, acaba-se tardando demais a culpabilidade, desprezando-se atos antecedentes relevantes. Já a teoria subjetiva, por se satisfazer com a intenção exteriorizada pelo agente, peca por antecipar demais a culpabilidade. Assim, segundo Marco Aurélio da Silva Oliveira, a teoria em exame “mescla as outras duas concepções, somando o elemento objetivo (consideração ao verbo elementar), somado ao elemento subjetivo e à imediatidade da conduta considerando executórios os atos que para o autor são necessários e imediatos à consumação do crime.”⁹⁴

5.1.5 Consumação

Nos dizeres de Juarez Cirino dos Santos, “a consumação é a transformação da tentativa de lesão, como perigo de dano, em lesão do bem jurídico, como dano”.⁹⁵ Pode, ainda, ser dividida em consumação formal, quando o agente realiza todos os elementos descritos no tipo penal, excetuando as vantagens ou proveitos materiais pretendidos⁹⁶; e consumação material, que é o mesmo que o exaurimento do delito.

É na consumação delitiva que ocorre a perfeita coincidência entre o fato concreto e o tipo penal ou, na expressão do art. 14, I, do Código Penal, quando se reúnem no crime “todos os elementos de sua definição legal”.

5.1.6 Exaurimento

⁹⁴ OLIVEIRA, Marco Aurélio da Silva. **A emblemática distinção entre o término dos atos preparatórios e o início dos atos executórios no iter criminis**. Jus, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47052/a-emblematica-distincao-entre-o-termino-dos-atos-preparatorios-e-o-inicio-dos-atos-executorios-no-iter-criminis>. Acesso em: 12 jul. 2020.

⁹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do Crime**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p.86.

⁹⁶ *Ibid.*, loc. cit.

O exaurimento ocorre após a consumação do delito, sendo a doutrina divergente quanto a sua inclusão ou não dentro do *iter criminis*. Diz-se que há o exaurimento delitivo “quando há um esgotamento completo da figura típica”.⁹⁷

Urge salientar que o exaurimento do crime pode ensejar consequências jurídicas relevantes, tais como **a)** constituir circunstância judicial desfavorável ao réu, com base no art. 59 do Código Penal; **b)** atuar como qualificadora, como no crime de resistência, contido no art. 329, §1º, do Código Penal; **c)** constituir causa de aumento de pena, a exemplo do crime de corrupção passiva, contido no art. 317, §1º, do Código Penal; **d)** bem como configurar crime autônomo, como se pode verificar no crime de sequestro qualificado pela finalidade libidinosa. Neste último caso, se após a consumação do delito o agente praticar na vítima atos libidinosos, o exaurimento constituirá crime de estupro, conforme o art. 213 do Código Penal, respondendo o autor pelas duas figuras típicas em concurso material.⁹⁸

⁹⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. volume 1.19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. Não paginado.

⁹⁸ CUNHA, Sanches Rogério. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**, volume único. 3ª ed, rev., amp. e atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p.337.

7 A PUNIÇÃO DOS ATOS PREPARATÓRIOS DE TERRORISMO SOB A LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA

Com base no que foi expandido até o momento, verifica-se que para o correto enquadramento da conduta no respectivo tipo penal é necessário identificar a fase do *iter criminis* em que se situam os atos até então praticados, para que a norma incriminadora possa incidir a título de tentativa ou de consumação delitiva. A regra geral é que são impuníveis as condutas anteriores aos atos de execução, porém, excepcionalmente, diante da gravidade e reprovabilidade da conduta, o Estado pode tornar os atos preparatórios de determinados crimes em tipos penais autônomos – os chamados delitos preparatórios ou delitos-obstáculo – que são espécies dos chamados crimes de perigo abstrato. Para fazer menção a alguns exemplos na legislação pátria, temos os arts. 288⁹⁹ (associação criminosa), 291¹⁰⁰ (petrecho para fabricação de moeda), 286¹⁰¹ (incitação ao crime), todos do Código Penal Brasileiro, bem como o crime do art. 5º da Lei 13.260/2016 (atos preparatórios de terrorismo) que interessa ao presente trabalho.

Malgrado a já abordada divergência por parte da doutrina com relação aos tipos penais de perigo abstrato, o tipificado no art. 5º da Lei Antiterrorismo tem sido objeto de polêmica desde a sua edição. Vale a transcrição do referido tipo penal para posterior análise:

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.

O tipo traz em seu conteúdo, de forma explícita, a punição dos atos preparatórios, ou seja, a sanção de conduta situada em momento anterior à execução delitiva no *iter criminis*. Ocorre que o tipo em análise peca pela sua vagueza, já que faz menção genérica aos atos preparatórios, sem qualquer referência a uma conduta em concreto. Nesses moldes, a norma resvala

⁹⁹ Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes

¹⁰⁰ Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda

¹⁰¹ Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime

em alguns os importantes princípios informativos do direito penal contidos na Constituição, conforme será exposto nos próximos tópicos.

7.1 Do princípio da legalidade

O princípio da legalidade, também conhecido por princípio da reserva legal, possui previsão constitucional expressa no Art. 5º, inc. XXXIX. O princípio também inaugura o Código Penal, que em seu art. 1º disciplina que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Conforme Nilo Batista, tal princípio possui uma função constitutiva, pela qual se constitui a pena legal, e uma função de garantia, em que se exclui as penas ilegais.¹⁰²

O mesmo autor explica que o princípio da legalidade, em sua função de garantia, pode ainda se subdividir em 4 funções, quais sejam: 1ª) proibição da retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), 2ª) proibição de criação de crimes e penas pelo costume (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), 3ª) proibição do emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) e 4ª) proibição de incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimem nulla poena sine lege certa*).¹⁰³

A quarta função do princípio da legalidade enquanto garantia consagra o princípio da taxatividade, que dispõe que as normas penais devem ser suficientemente claras, sem margem a multiplicidades de interpretações, com vistas a limitar a interferência indevida do Estado na esfera da liberdade individual.

Nilo Batista prossegue esclarecendo que:

¹⁰² BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.35.

¹⁰³ Ibid. p.35 et seq.

[...] é correto extrair-se, do texto constitucional brasileiro ("lei anterior que o defina"), um direito subjetivo público de conhecer o crime, correlacionando-o a um dever do Congresso Nacional de legislar em matéria criminal sem contornos semânticos difusos. Com toda a procedência se observa, diante das graves medidas restritivas que se abatem sobre o acusado num processo criminal, que a criação de incriminações vagas e indeterminadas transcende a violação do princípio da legalidade para ofender diversos direitos humanos fundamentais.

Não é permitido, igualmente, tratando-se de penas graduáveis, que o legislador não estabeleça uma escala de merecimento penal, com polos mínimo e máximo, ou a estabeleça com extensão tão ampla que instaure na prática a insegurança jurídica, diante de soluções radicalmente diferentes para fatos pelo menos tipicamente assimiláveis, favorecendo um perigoso arbítrio judicial.

[...]

A clareza na cominação da pena, desse modo, expande os efeitos do princípio da legalidade, impedindo sua violação no nível da aplicação e da execução, sem negar - antes, reafirmando, pela positividade jurídica - a ideia de individualização.¹⁰⁴

À primeira vista, o tipo penal em comento parece confrontar o princípio da legalidade, notadamente no tocante ao seu subprincípio da taxatividade. Além disso, tendo em vista que o direito tem por inescusável a alegação de desconhecimento da norma a fim de eximir-se da responsabilidade penal, sob o postulado *ignorantia legis non excusat*, não seria razoável a exigência por parte do Estado de estrito cumprimento da lei se não houvesse, em contrapartida, uma vinculação do legislador à necessidade de edição de normas precisas que possam ser compreendidas de forma acurada e literal pelos seus destinatários.

Nos dizeres de Paulo Cesar Busato leciona que:

A exigência de *lex certa* implica que todas as leis penais devem ser formuladas da maneira mais clara, inequívoca e exaustiva possível, a fim que se deem a conhecer por inteiro a seus destinatários: o cidadão e o juiz.

[...]

A segurança jurídica que implica a exigência de "*lex certa*" entra em crise com o chamado *moderno Direito penal*. A tendência do legislador moderno é expressar-se de forma pouco clara. A *ambiguidade* e a *imprecisão* são, cada vez mais, características de muitos preceitos penais.

As leis *indeterminadas*, por exemplo, permitem uma ampla margem criativa ao juiz, já que se formulam com conceitos vagos ou porosos, com termos que requerem um alto grau de valoração. As leis indeterminadas em seu conjunto por sua ambiguidade deliberada não permitem conhecer precisamente que condutas concretas são punidas, o que implica, de modo implícito, a renúncia do legislador à sua missão de definição dos comportamentos delitivos e uma remissão ao juiz para que este cumpra com tal labor.¹⁰⁵

¹⁰⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.80-81.

¹⁰⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p.48-49.

O mesmo autor Paulo César Busato, em outra obra, tece mordazes e pertinentes críticas a Lei Antiterrorismo nesse tocante. Com relação ao art. 5º, assevera que:

O aparente *núcleo do tipo é realizar*, que não é capaz de traduzir absolutamente nada desvinculado de seu objeto. Ao ser um verbo transitivo direto, é preciso avaliar quem realiza deve realizar algo. Este algo seriam atos preparatórios. No entanto, atos preparatórios é uma expressão que em nada pode esclarecer o conteúdo do núcleo do tipo, por se ela própria uma expressão que pode traduzir uma multiplicidade de coisas. Acontece que são várias as teorias que procuram separar os atos preparatórios dos atos de execução, de modo que, a depender da teoria que se adote, os atos em questão poderão ou não ser identificados como preparatórios.¹⁰⁶

No mesmo sentido opina Gabriel Habib:

Trata-se de uma incriminação vaga e imprecisa, que fere de morte o princípio da legalidade, na vertente da taxatividade. Isso porque uma das vertentes do princípio da legalidade reside no *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, segundo o qual a lei penal deve ser clara, certa e precisa, proibindo-se o emprego de conceito vagos e imprecisos que geram incerteza na interpretação e na aplicação da norma penal incriminadora. Quanto mais conceitos vagos e imprecisos o tipo penal contiver, mais intensa é a insegurança jurídica gerada. Vejamos. O que seriam ‘atos preparatórios de terrorismo’? Não há a identificação dos elementos do tipo penal. Todo tipo penal descreve uma conduta humana em seu preceito primário. Nesse tipo penal, o legislador não traz uma conduta determinada, individualizada. Trata-se de um tipo penal de aplicação inviável”.¹⁰⁷

Dessa forma, percebe-se que o artigo em análise é eivado de imprecisão e vagueza, o que compromete a aplicação da norma no caso concreto sem prejuízo do princípio da legalidade. Não bastasse a Lei não delimitar precisamente o que viria a ser a conduta de “realizar atos preparatórios de terrorismo”, também carece de elementos descritivos que possam elucidar o que viria a ser o “propósito inequívoco de consumir tal delito”.

¹⁰⁶ DA SILVA FILHO, Acácio Miranda et al. **Lei Antiterror Anotada: Lei 13.260 de 16 de março de 2016**. org. Paulo Cesar Busato. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. p.90.

¹⁰⁷ HABIB, 2018 apud GRECO, Rogério. **Terrorismo: Comentários à lei nº 13.260/2016**. Rio de Janeiro: Impetus, 2019, p.306.

Quanto a essa última expressão, não parece ser possível aferir o “**propósito inequívoco de consumir tal delito**” a partir de condutas meramente preparatórias, já que o desígnio para a produção do resultado típico só restaria explícito quando iniciados os atos executivos e, sendo assim, não caberia falar em atos preparatórios. Isso evidencia-se a partir do entendimento dos institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, contidos no art. 15 do Código Penal, em que deixa-se de punir a conduta do agente quando este desiste de prosseguir na execução delitiva ou impede a produção do resultado típico, respondendo apenas pelos atos até então praticados. Ademais, mesmo o caráter inequívoco do propósito criminoso, quando já iniciada a execução, não é imune de problemas. Como bem observado por Paulo César Busato:

A exigência de inequivocidade remete a uma pretensão de verdade inalcançável como tal pelo Direito em geral e pelo Direito penal em particular. Simplesmente não se pode afirmar a intenção de alguém de modo inequívoco porque o acesso à mente alheia é impossível e a característica básica da atribuição de intenções, seja por dolo ou por especiais fins de agir, é sua equivocidade.¹⁰⁸

Assim, é possível extrair do contido no art. 5º da Lei 13.260/2016 que a regra não abarca a possibilidade que o agente tenha a pretensão de realizar apenas os atos preparatórios de terrorismo, sem qualquer decisão momentânea de efetivamente executar ou não atos terroristas, estando, dessa forma, fora do âmbito de incriminação da norma.¹⁰⁹ Portanto, verifica-se que a imprecisão na redação deste artigo acaba impondo um obstáculo praticamente intransponível para a sua eventual aplicação no caso concreto.

Em acréscimo, é importante destacar que o STJ, em decisão recente sobre o referido artigo, entendeu que, para a configuração do crime de realizar atos preparatórios de terrorismo, os elementos subjetivos caracterizadores dessa espécie delituosa - aqueles contidos no art. 2º

¹⁰⁸ DA SILVA FILHO, Acácio Miranda et al. **Lei Antiterror Anotada: Lei 13.260 de 16 de março de 2016**. org. Paulo Cesar Busato. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. p.93.

¹⁰⁹ Ibid. p.95.

da Lei 13.260/2016 - precisam estar necessariamente presentes. Convém citar a ementa do julgado em referência:

HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TERRORISMO. ART. 5º, C/C O ART. 2º, § 1º, I E V, DA LEI N. 13.260/2016. ELEMENTARES DO TIPO. MOTIVAÇÃO POR RAZÕES DE XENOFOBIA, DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO DE RAÇA, COR, ETNIA E RELIGIÃO NÃO CARACTERIZADA. TIPO PENAL DO ART. 5º SUBSIDIÁRIO EM RELAÇÃO AO ART. 2º DA LEI ANTITERRORISMO.

1. O tipo penal exerce uma imprescindível função de garantia. Decorrente do princípio da legalidade, a estrutura semântica da lei incriminadora deve ser rigorosamente observada e suas elementares devem encontrar adequação fática para que o comando secundário seja aplicado.

2. O uso da expressão "por razões de" indica um elemento relativa à motivação. A construção sociológica do ato de terrorismo conjuga motivação e finalidade qualificadas, compreensão essa englobada na tipificação penal brasileira.

3. O delito do art. 5º funciona como soldado de reserva em relação ao delito de terrorismo, art. 2º, ambos da Lei n. 13.260/2016. Trata-se de criminalização dos atos preparatórios do delito de terrorismo, expressão que remete ao dispositivo anterior, exigindo a interpretação sistemática. A tipificação da conduta descrita no art. 5º exige a motivação por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, expostas no art. 2º da Lei Antiterrorismo.

4. O Tribunal local, ao dispensar a motivação constante do dispositivo legal, terminou por admitir a configuração do delito sem a clara definição da motivação. Trata-se de operação indevida, visto que admite a perpetração de (ato infracional análogo a) crime, sem que estejam devidamente configuradas todas as suas elementares.

5. Ordem concedida para cassar o acórdão impugnado, afastando a capitulação da conduta como ato infracional análogo ao crime descrito no art. 5º, c/c o art. 2º, § 1º, I e V, da Lei n. 13.260/2016, e determinar o rejuízo da causa pelo Tribunal local, como se entender de direito.¹¹⁰

O julgado representa um importante precedente na delimitação do tipo penal e na consequente redução do seu alcance por meio da interpretação sistemática conferida a norma, porém, não supera os outros problemas até aqui expostos.

7.2 Do princípio da proporcionalidade

¹¹⁰ STJ. HC 537118 RJ 2019/0296110-9. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJ: 05/12/2019. JusBrasil, 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859959050/habeas-corpus-hc-537118-rj-2019-0296110-9/inteiro-teor-859959059?ref=serp>. Acesso em: 06 jul. 2020

Outro importantíssimo princípio constitucional, embora não contido expressamente na Carta Magna, entende-se que é um corolário do princípio da individualização da pena, insculpido no artigo 5º, inciso XLVI. Eis o princípio da proporcionalidade, dispondo que “se deve estabelecer um equilíbrio entre a gravidade da infração praticada e a severidade da pena”.¹¹¹

Visto por esse prisma, outro flagelo que acomete o art. 5º da Lei 13.260/2016 diz respeito à patente desproporção da pena abstratamente prevista para o incurso em atos preparatórios de terrorismo, comparando-se com a pena eventualmente aplicável a título de tentativa delitiva. O leitor da aludida Lei, notará que a mesma não faz qualquer menção a punibilidade do crime de terrorismo na modalidade tentada. Dessa forma, a necessidade de sancionar a tentativa levaria à cominação da mesma pena prevista para os atos preparatórios no art. 5º ou uma remissão ao Código Penal, que em seu artigo 14, II, parágrafo único, assenta que “pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, **diminuída de um a dois terços**”. Como supracitado, o Art. 5º da Lei Antiterrorismo traz em seu preceito secundário uma pena “correspondente ao delito consumado, **diminuída de um quarto até a metade**”. Ambas as hipóteses de aplicação são inadmissíveis.

Se podemos entender, em certo aspecto, as etapas que constituem *iter criminis* como ordenadas pela gravidade das respectivas condutas praticadas, então quanto mais próxima no “caminho do crime” da consumação delitiva, mais gravosa é a conduta. Com efeito, a conduta tentada, por ser mais gravosa, relativamente à conduta preparatória, deveria ter maior pena cominada. No caso do artigo em análise, ocorre o oposto.

Fica evidente, diante desse quadro, que a sanção penal contida no Art. 5º da Lei 13.260/2016 se contrapõe à exigência constitucional de que seja conferida proporcionalidade às penas. Assim, o tipo se opõe ao princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição do excesso.

¹¹¹ CUNHA, Sanches Rogério. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**, volume único. 3ª ed, rev., amp. e atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p.67.

Nos ensinamentos de Rogério Greco:

Por meio do raciocínio da proibição do excesso, dirigido tanto ao legislador quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo Direito Penal, ou mesmo comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico.¹¹²

O princípio da proporcionalidade, enquanto proibição do excesso, está relacionado ao que parte da doutrina classifica como garantismo negativo, ou seja, o garantismo clássico, que se preocupa com o estabelecimento de limites ao poder interventivo do Estado na esfera das liberdades individuais. Por outro lado, doutrina e jurisprudência tem admitido um garantismo positivo, que se consubstancia no reconhecimento de um dever do Estado de adotar medidas suficientes a garantia e proteção de direitos fundamentais. O dito garantismo positivo relaciona-se com o princípio da proporcionalidade na vertente da proibição de proteção insuficiente. Cabe citar, nesse sentido, as lições de Lenio Streck:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o restado do seu sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro lado, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais a materialidade da constituição e tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.¹¹³

Segundo esse mesmo entendimento tem decidido o STF, como evidenciado pelo voto do Ministro Gilmar Mendes em importante julgado:

¹¹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. volume 1.19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. Não paginado.

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: Superando o ideário liberal individualista-clássico**. Revista do Ministério Público, Porto Alegre, n° 53, maio-setembro de 2004, pp. 203-251. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279045814.pdf. Acesso em: 08. out. 2020.

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). [. .] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição - o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*)".¹¹⁴

Cabe, no entanto, ponderar, com relação ao dito garantismo positivo, que diante da multiplicidade de direitos fundamentais conferidos na Constituição, a imposição de uma atuação positiva do Estado a fim de tutelá-los penalmente pode resultar em demasiada expansão do direito penal, ao revés de sua vocação fragmentária e como *ultima ratio*.

Por esses fundamentos, percebe-se que a pena em abstrato prevista no preceito secundário do art. 5º da Lei Antiterrorismo não se compatibiliza com o princípio da proporcionalidade. Não obstante, urge salientar que o STJ e o STF já se debruçaram em casos onde verificou-se uma desproporção na pena cominada pelo legislador, tendo retificado a desproporção das penas abstratamente previstas para os respectivos crimes através de soluções interpretativas.

Interessa citar como exemplo a jurisprudência do STJ com relação ao crime de **falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais**, contido no art. 273 do Código Penal¹¹⁵, que prevê uma pena de reclusão de **10 a 15 anos**. O STJ, já reconheceu que o crime em comento prevê uma pena uniforme para condutas nucleares com reprovabilidade social distinta, como o fato de punir nas mesmas penas tanto quem tem em depósito para venda **produtos farmacêuticos** quanto **produtos cosméticos** (§ 1º-A).

¹¹⁴ STF. HC 104410 RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 06/03/2012. JusBrasil, 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf/inteiro-teor-110360120>. Acesso em: 06 jul. 2020

¹¹⁵ Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

O art. 2º, inciso I, da Lei Antiterrorismo também padece do mesmo defeito, já que pune com a mesma pena tanto as condutas de **usar** quando **ameaçar usar** “explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa”, condutas que claramente destoam em nível de gravidade e de reprovabilidade. O inciso V da mesma lei ainda equaliza a tentativa de homicídio e a lesão corporal, cominando igualmente a pena de “doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência”, claramente “não havendo uma relação proporcional entre a gravidade da conduta e da sanção.”¹¹⁶

Outro apontamento que pode ser feito, com relação ao art. 273 do Código Penal, é que, não obstante ser um crime de perigo abstrato, possui uma pena mais severa, no patamar mínimo, que o crime de homicídio simples (**6 a 20 anos**), que é um crime de lesão.

Diante dessa violação patente do princípio da proporcionalidade, declarou-se a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal¹¹⁷, passando-se a aplicar às penas do crime de **tráfico de drogas (5 a 15 anos)** do art. 33 da Lei 11.343/2006. Nesse sentido, confira-se alguns julgados:

Ao julgar a arguição de inconstitucionalidade formulada no HC 239.363/PR, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por maioria, declarou a

¹¹⁶ ABREU, Ana Claudia da Silva; ABREU, Guilherme Schroder. **Terrorismo X Princípio da Legalidade: Os reflexos do direito penal do inimigo na Lei nº 13.260/16**. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, Curitiba, nº2, jul/dez. 2016., pp. 226-246.

¹¹⁷ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insu-
mos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;

III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;

IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V - de procedência ignorada;

VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

inconstitucionalidade do preceito secundário da norma do art. 273, § 1º-B, inc. V, do Código Penal. Em atenção à referida decisão, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação do preceito secundário do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 aos casos em que o acusado é condenado pelo crime previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. Precedentes (STJ, HC 361.269/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 22/09/2016).¹¹⁸

O acórdão proferido pelas instâncias ordinárias está em consonância com recente julgado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363/PR, que considerou ser inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, inciso V, do Código Penal, autorizando, assim, a aplicação da pena prevista para o crime de tráfico. Incide, portanto, no caso dos autos, o verbete nº 83 da Súmula desta Corte (STJ, AgRg no REsp 1.360.209/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares Fonseca, 5ª T., DJe 22/06/2015).¹¹⁹

Embora o STF outrora tenha se manifestado pela constitucionalidade do art. 273 do Código Penal¹²⁰, o tribunal novamente apreciará a questão em sede do Recurso Extraordinário nº 979962¹²¹, pendente de julgamento até o momento.

Outro precedente digno de nota é o Habeas Corpus 102.094 que, nos termos do voto do relator, Ministro Celso de Melo, reconheceu que a pena abstratamente prevista para o crime de receptação qualificada (**três a oito anos**), visto tratar-se de um crime de dolo eventual, viola o princípio da proporcionalidade, uma vez que o crime de receptação simples, de dolo direto, prevê uma pena menor (**um a quatro anos**). Naquele caso, como forma de sanar a incongruência entre os tipos penais, o STF decidiu pela “subsistência do preceito primário consubstanciado no § 1º do art. 180 do Código Penal, embora aplicando-se-lhe o preceito sancionador (preceito secundário) inscrito no “caput” do referido art. 180 do CP”.¹²²

Esse expediente adotado pelo STJ e pelo STF nos casos supramencionados denomina-se interpretação corretiva, aplicável quando o interprete pressupõe que a incompatibilidade entre as normas é apenas aparente, o que o autorizaria a proceder uma leve ou parcial modificação no texto legal a fim de eliminar a incompatibilidade.¹²³

¹¹⁸ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11ª ed., rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. Não paginado.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Vide RE 870.410 AgR/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª T., DJe 27/05/2015

¹²¹ STF analisará sanção do Código Penal para importação de medicamentos sem registro sanitário. STF, 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386710>. Acesso em: 12 jul. 2020.

¹²² STF. HC 102094-MC/SC. Relator: Ministro Celso de Melo. DJ: 01/07/2010.

¹²³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p.102-103.

Explica Norberto Bobbio que

[...] a interpretação corretiva é aquela forma de interpretação que pretende conciliar duas normas aparentemente incompatíveis para conservá-las ambas no sistema, ou seja, para evitar o remédio extremo da ab-rogação. Entende-se que na medida em que a correção introduzida modifica o texto original da norma, também a interpretação corretiva é ab-rogante, se bem que limitada à parte da norma corrigida. Mais do que contrapor a interpretação corretiva à ab-rogante, dever-se-ia considerar a primeira como uma forma atenuada da segunda, no sentido de que, enquanto a interpretação ab-rogante tem por efeito a eliminação total de uma norma (ou até de duas normas), a interpretação corretiva tem por efeito a eliminação puramente parcial de uma norma (ou de duas).¹²⁴

Dessa forma, pressupondo-se que a redação conferida ao art. 5º da Lei Antiterrorismo não observou a melhor técnica legislativa ao dispor sobre **atos preparatórios**, poder-se-ia considerar que, para todos os efeitos, na verdade trata-se de **tentativa**, autorizando, assim a aplicação da redução de pena regulada pelo art. 14, parágrafo único, do Código Penal, visto a pena ser mais benéfica. Considerando os precedentes criados pelos Tribunais Superiores – conforme os exemplos mencionados – tal solução eventualmente poderia ser adotada.

7.3 Do princípio da lesividade

O tipo penal em tela ainda pode ser analisado sob a luz do princípio da lesividade, condensado no brocardo *nullum crimen sine iniuria*. Segundo esse princípio, para que haja legitimidade do Estado no exercício do *jus puniendi*, há a necessidade de que dos fatos puníveis decorra lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.

De acordo com Nilo Batista, o princípio da lesividade possui quatro principais funções, a saber: 1ª) proibir a incriminação de uma atitude interna; 2ª) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; 3ª) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; 4ª) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.¹²⁵

¹²⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p.103.

¹²⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.91-97.

Alguns doutrinadores, balizando-se nesse princípio, têm condenado de forma genérica todos os crimes de perigo abstrato, uma vez que lhes falta, ao menos, o potencial lesivo concreto ao bem jurídico, sendo este presumido para os efeitos da aplicação da lei penal.¹²⁶ É nesse sentido que se posiciona Cezar Roberto Bitencourt:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.¹²⁷

Ainda no tocante ao princípio da lesividade, Alice Bianchini, Antônio Molina e Luiz Flavio Gomes lecionam que:

Está atrelado à concepção dualista da norma penal, isto é, a norma pode ser primária (delimita o âmbito do proibido) ou secundária (cuida do castigo, do âmbito da racionalidade). A norma primária, por seu turno, possui dois aspectos: (A) ela é valorativa (existe para a proteção de um valor); e (B) também imperativa (impõe uma determinada pauta de conduta). O aspecto valorativo da norma fundamenta o injusto penal, isto é, só existe crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Daí se conclui que o crime exige, sempre, *desvalor da ação* (*a realização de uma conduta*) assim como desvalor do resultado (*afetação concreta de um bem jurídico*). Sem ambos os desvalores não há injusto penal (não há crime).¹²⁸

Na circunstancia específica da punição dos atos preparatórios de terrorismo, um entendimento possível é que as condutas que podem se relacionar ao tipo penal carecem de potencial

¹²⁶ CUNHA, Sanches Rogério. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**, volume único. 3ª ed, rev., amp. e atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p.91.

¹²⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. volume 1. 22ª ed., rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p.61.

¹²⁸ BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009 apud CUNHA, Sanches Rogério. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**, volume único. 3ª ed, rev., amp. e atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p.91.

lesivo ao bem jurídico e que, portanto, sob a égide do princípio aqui comentado, tais condutas deveriam ser consideradas atípicas. De fato, como já expendido, o tipo contido no art. 5º da lei antiterror é por demais aberto, não existindo no texto referencia clara ao eventual dano, perigo concreto ou mesmo perigo abstrato¹²⁹, já que o artigo fala genericamente do cometimento de atos preparatórios de terrorismo sem a descrição taxativa das ações que ensejam a prática do crime.

Em que pese esse entendimento, há os que compreendem o art., 5º como um delito de perigo abstrato, por ser um delito preparatório ou obstáculo, sendo, portanto, inconstitucional ante a inadmissibilidade dessa espécie delituosa. No entanto, o tema é controverso, tendo a doutrina divergido quanto a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato sob o fundamento do princípio da lesividade. Como explanado nos capítulos antecedentes, as novas dinâmicas sociais impõem que o Estado atue no sentido de encontrar formas de oferecer proteção eficaz aos bens jurídicos. Nesse sentido, ficou sedimentado que o Direito Penal não deve ser estacionário, mas antes deve refletir o dinamismo das relações sociais e dos novos riscos introduzidos na sociedade em decorrência do progresso humano. Portanto, a ausência, por si só, de lesividade, não seria suficiente para deslegitimar a punição dos atos preparatórios de terrorismo, enquanto crime de perigo abstrato.

A posição dos tribunais superiores têm convergido nesse entendimento, o que fica evidenciado pelo já citado acórdão do STF, em sede do Habeas Corpus 104.410-RS, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, em que a Corte apreciou questão sobre a observância da imputação do crime de posse ilegal de arma de fogo, ainda que no caso em concreto a arma esteja desmuniada, aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e lesividade. É digno de nota o seguinte trecho julgado:

Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do

¹²⁹ DA SILVA FILHO, Acácio Miranda et al. **Lei Antiterror Anotada: Lei 13.260 de 16 de março de 2016**. org. Paulo Cesar Busato. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. P.97.

legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.¹³⁰¹³¹

Pode-se eventualmente suscitar a questão quanto a natureza dessa presunção de perigo característica dos crimes de perigo abstrato. Seria uma presunção absoluta ou relativa? É certo que a incidência das normas penais resulta, normalmente, em restrições nos direitos e garantias individuais e, portando, uma interpretação que procure ao máximo se conformar a uma perspectiva garantista do Direito Penal deve operar-se restritivamente. Dessa forma, como bem assiná-la Alice Quintela Lopes de Oliveira¹³², é forçoso reconhecer o caráter relativo, *juris tantum*, dessa presunção, oportunizando-se ao réu a contraprova de que a sua conduta, no caso concreto, não resultou qualquer perigo ao bem jurídico.

Nesse passo, é de todo oportuno trazer à baila o entendimento do ilustre Miguel Reale Junior que assim preleciona:

(...) o perigo deve estar ínsito na conduta, segundo o revelado pela experiência, e não ser considerado presumido pelo legislador, mas adotando a sinonímia abstrato ou presumido, pois entendo que o perigo é presumido no sentido de que pode haver prova em contrário da inexistência do perigo, dando-se uma presunção *iusuris tantum*, sujeita a prova em contrário, pois só dessa forma se adequa a figura do perigo abstrato à exigência da ofensividade, dentro de um direito penal garantista, quando se expande a criação de figuras de perigo abstrato na proteção de bens jurídicos universais, como o meio ambiente.¹³³

¹³⁰ STF. HC 104410 RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 06/03/2012. JusBrasil, 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf/inteiro-teor-110360120>. Acesso em: 06 jul. 2020.

¹³¹ Outros precedentes: HC 107957, Primeira Turma, DJe 15/08/2013; HC 175446, Quinta Turma, DJe 15/06/2012; HC 216779, Sexta Turma, DJe 12/09/2013; RHC 110258, Primeira Turma, 24/05/2012; HC 109269, Segunda Turma, DJe 11/10/2011; HC 161393, DJe 03/05/2012; HC 183463, Sexta Turma, DJe 26/08/2013.

¹³² OLIVEIRA, Alice Q. **A expansão penal e o direito de intervenção**. Anais do XVII Congresso Nacional do CO-PENDI. Brasília-DF, p. 5.042–5.057, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/ma-naus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

¹³³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.279-280.

Apesar dessas considerações, no caso do art. 5º da Lei Antiterrorismo, a técnica legislativa inadequada na redação, formulando um tipo muito aberto, indica a não observância do requisito da ofensividade, já que não há evidências muito claras quanto a natureza jurídica do delito quanto ao resultado. Dessa forma, restaria inconstitucional também por este fundamento.

7.4 Do princípio da intervenção mínima

Por derradeiro, convém tecer alguns comentários quanto ao princípio da intervenção mínima. Tal princípio, como já mencionado alhures, preconiza que o poder punitivo do Estado apenas está legitimado se constituir medida estritamente necessária à proteção de determinado bem jurídico,¹³⁴ sendo a expressão do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais.¹³⁵

Este princípio possui íntima ligação com o princípio da lesividade, porquanto atua na limitação da margem de discricionariedade do legislador penal ordinário na sua atividade legiferante. No mesmo sentido, Sarrule explica que:

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente a direitos de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito.¹³⁶

¹³⁴ CUNHA, Sanches Rogério. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**, volume único. 3ª ed, rev., amp. e atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p.32.

¹³⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. volume 1.22ª ed., rev., ampl., atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p.54.

¹³⁶ SARRULE, 1998 apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. volume 1.19ª ed., rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. Não paginado.

Assim como expendido no tocante ao princípio da lesividade, e embora o princípio aqui em análise também seja usado para rechaçar todos os crimes de perigo abstrato, o que inclui, em tese, aquele inscrito no art. 5º da Lei Antiterrorismo, parte da doutrina e a jurisprudência majoritária parece indicar que não há incompatibilidade com os preceitos constitucionais quanto a punição de atos preparatórios, obedecido o princípio da legalidade, quando se mostrar meio eficaz que se restrinja a situações prévias que possuem expressiva probabilidade de lesão grave a um bem jurídico de impossível ou difícil reparação.

Sendo assim, entende-se que a eventual alegação de violação ao princípio da intervenção mínima, por si só, não é suficiente para inviabilizar a punição dos atos preparatórios de terrorismo, uma vez que o crime de terrorismo parece se revestir de gravidade relevante que justifique esse tipo de estratégia político-criminal para uma maior proteção dos bens jurídicos possivelmente afetáveis. Porém, importante ressaltar que isso não exonera o dispositivo em análise dos outros problemas analisados.

8 CONCLUSÃO

A presente trabalho, diante da relevância do tema proposto, conforme já consignado, procurou estudar as balizas teóricas da punição dos atos preparatórios, segundo o art. 5º da Lei 13.260/2015, no ordenamento jurídico brasileiro. A guisa de propedêutica, tratou-se do contexto da edição da aludida Lei, sua aplicação inaugural no caso concreto, bem como sua pertinência ante a dogmática penal clássica que considera, em regra, que os atos preparatórios dos delitos são impuníveis.

Falou-se também da tentativa de justificação do combate ao terrorismo sob a perspectiva do Direito Penal do Inimigo de Jakobs, cujos pressupostos não se coadunam com a atual ordem juríco-constitucional, uma vez que o contrário conduziria a um retorno aos paradigmas do já superado e repellido Direito Penal do Autor.

Sumariamente, procurou-se explicar, com subsidio na doutrina penalista, alguns institutos que são fundamentais para a compreensão do tema, tais como o *iter criminis* e suas diferentes fases, bem como algumas teorias que tentam demarcar o início dos de execução - que importam na imputação do delito a título de tentativa.

Explanou-se quanto a controvérsia com relação aos crimes de perigo abstrato, figura criticada na doutrina diante da alegada violação a alguns preceitos de vocação constitucional. Nesse tocante, é possível concluir, a partir do estudo realizado, que o ordenamento jurídico não rechaça em absoluto a adoção político-criminal da antecipação da tutela, mediante crimes de perigo abstrato, de bens jurídicos penais socialmente relevantes, a fim de evitar danos graves à sociedade, quando outros meios alternativos menos onerosos não são adequados a fazê-lo, e os meios reputados como mais eficazes não representam uma violação insuperável de princípios de matriz constitucional que regem o direito penal. Esse entendimento é corroborado, inclusive, pela jurisprudência do STJ e STF, conforme os exemplos mencionados. Apesar dessa constatação, não é desejável ou compatível com um viés garantista a profusão de uma política criminal preventiva e securitária para além das situações consideradas excepcionalíssimas, como no caso

do terrorismo. No entanto, não se pode negar que essa tendência expansiva do direito penal se verifica no contexto atual da sociedade de risco.

O art. 5º da Lei Antiterrorismo foi analisado sob o crivo de alguns dos mais importantes princípios – e aqui se diz “mais importante” apenas sob um critério de pertinência temática ao problema abordado, uma vez que o instituto confronta de forma mais ou menos explícita apenas alguns dos inúmeros princípios extraídos do texto constitucional.

Sob o crivo do princípio da Legalidade, na vertente da taxatividade, parece matéria incontroversa, diante do referencial teórico analisado, que a redação do referido artigo é eivada de vagueza e por demais imprecisa, notadamente no tocante às expressões “realizar atos preparatórios de terrorismo” e “propósito inequívoco de consumir tal delito”, o que depõe *ab initio* para sua inaplicabilidade prática, pois a suplementação interpretativa da norma não poderia se dar em prejuízo do eventual réu, e a interpretação *in bonam partem* seguramente conduziria para a atipicidade da conduta. Mencionou-se, ainda, a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, que, limitando o escopo de aplicação da norma penal, sedimentou o entendimento de que o art. 5º deve incidir conjugadamente com o Art. 2º, que trata dos elementos subjetivos necessários a caracterização do crime de terrorismo. Dito de outra forma: os atos preparatórios de terrorismo também devem estar motivados por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião para a sua configuração típica.

O artigo analisado também não encontra melhor sorte sob a luz do princípio da proporcionalidade. Conforme exposto, a Lei 13.260/2016 não faz menção ao crime de terrorismo na modalidade tentada, e a remissão à regra do art. 14, parágrafo único, do Código Penal levaria a uma absurda e esdrúxula desproporção entre as penas virtualmente comináveis. Ocorre que a redução de pena que alcançaria o praticante de atos preparatórios seria menor do que aquele que incorresse na modalidade tentada – esta conduta que é, em tese, mais gravosa que a primeira. Ou seja, o referido tipo penal permite que uma conduta considerada relativamente mais branda (atos preparatórios) possa receber uma pena mais severa que uma conduta, em tese, mais grave (atos de execução). Dessa forma, o preceito secundário do crime de **cometer atos preparatórios de terrorismo** possui óbice evidente no princípio da proporcionalidade.

Quanto aos demais princípios analisados, os princípios da lesividade e intervenção mínima, em que pese outros posicionamentos na doutrina, não parecem ser suficientes para impugnam, por si só, a incriminação de condutas por crimes de perigo abstrato de uma forma geral e, em específico, os delitos preparatórios. Verificou-se que, diante da moderna sociedade de risco, em circunstâncias excepcionais, talvez essa seja a forma mais eficaz de conferir proteção à certos bens jurídicos fundamentais, "na medida em que se busca obstacularizar, já em seu nascedouro, um processo que resultará em danos futuros"¹³⁷ irreparáveis ou de difícil reparação. No que concerne a própria natureza do terrorismo, sua gravidade e a extensão dos seus danos, parece afigurar situação que justifica a intervenção do Estado, a fim de tutelar bens jurídicos penais desde momentos anteriores à lesão ou perigo concreto, como já ocorre com outros tipos penais admitidos no direito. Porém, no caso dos atos preparatórios de terrorismo, tal como proposto na Lei estudada, a generalidade do artigo e a ausência de referencia ao possível dano, ou perigo a bem jurídico penalmente tutelado, não satisfaz a exigência da aplicação do princípio da lesividade.

Resta claro, diante de todo o quadro exposto, que o tipo penal em comento viola alguns dos princípios constitucionais informadores do direito penal, o que o torna, via de consequência, inconstitucional. Essa análise funda-se nas evidências mencionadas de violação dos princípios da legalidade, especificamente no que tange ao seu subprincípio da taxatividade, bem como os princípios da proporcionalidade e ofensividade.

Malgrado o referencial utilizado neste trabalho aponte para a inconstitucionalidade, *in totum*, do artigo analisado, uma posição alternativa e criativa que poderia ser adotada é a consideração de inconstitucionalidade apenas parcial do artigo, no que tange ao seu preceito secundário.

¹³⁷ RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea**. Dissertação (Dissertação em Direito) – UERJ. Rio de Janeiro, 2010. p. 126. Disponível em: http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1674. Acesso em: 5 jul. 2020.

De fato, conforme os precedentes mencionados do STF e STJ, relativos aos artigos 273 e 180 do Código Penal, em que os tribunais, reconhecendo que a pena abstratamente prevista para os referidos crimes viola o princípio da proporcionalidade, decidiram por aplicar o preceito secundário de um crime análogo que prevê uma pena mais benéfica. Tal técnica é conhecida como interpretação corretiva, conforme leciona Norberto Bobbio.

Dessa forma, no caso dos atos preparatórios de terrorismo, os Tribunais talvez possam adotar solução semelhante, considerando-se, para todos os efeitos, que o art. 5º trata de tentativa, aplicando-se, via de consequência, a redução de pena do art. 14, II, parágrafo único, do Código Penal.¹³⁸

¹³⁸ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Atos preparatórios de terrorismo, tentativa e proporcionalidade: uma via para solução.** JusBrasil, set. 2016. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/367343014/atos-preparatorios-de-terrorismo-tentativa-e-proporcionalidade-uma-via-para-solucao>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Ana Claudia da Silva; ABREU, Guilherme Schroder. **Terrorismo X Princípio da Legalidade: Os reflexos do direito penal do inimigo na Lei nº 13.260/16**. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, Curitiba, nº2, jul/dez. 2016., pp. 226-246.

ANTITERRORISMO mitigado. 44.694. ed. O Estado de São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520353/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. volume 1. 22ª ed., rev., ampl., atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p.102-103.

BRASIL. **Código Penal – Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.260**, de 16 de março de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Seção Judiciária do Paraná. 14ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal Nº 5046863-67.2016.4.04.7000/PR. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Oziris Moris Lundi dos Santos Azevedo e outros. DJ: 5 maio 2017. Disponível em: <https://politica.estado.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/Evento-613-SENT1.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 537118 RJ 2019/0296110-9**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJ: 05/12/2019. JusBrasil, 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859959050/habeas-corpus-hc-537118-rj-2019-0296110-9/inteiro-teor-859959059?ref=serp>. Acesso em: 06 jul. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação: **Ext 855 CL**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 09/04/2003. JusBrasil, 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14809287/extradicao-ext-855-cl-stf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 102094-MC/SC**. Relator: Ministro Celso de Melo. DJ: 01/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 104410 RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 06/03/2012. JusBrasil, 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf/inteiro-teor-110360120>. Acesso em: 06 jul. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ADI 2.795/DF**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. DJ: 8/5/2003.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p.677.

BUSATO, Paulo Cesar. **O preso como inimigo: a destruição do outro pela supressão da existência comunicativa**. Revista CEJ, Brasília, nº 57, maio-agosto de 2002, pp. 95-102.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Atos preparatórios de terrorismo, tentativa e proporcionalidade: uma via para solução**. JusBrasil, set. 2016. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/367343014/atos-preparatorios-de-terrorismo-tentativa-e-proporcionalidade-uma-via-para-solucao>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

CALLEGARI, Andre Luis et al. **O Crime de Terrorismo: Reflexões críticas e comentários a Lei de Terrorismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CAMPEDELLI, André Collins. **Terrorismo, libertação nacional e proibição de ataques contra civis: cláusulas de exclusão de aplicação da convenção ampla sobre terrorismo das Nações Unidas**. 2011. 89 f. Monografia (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, p. 22, 2011. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/1960>. Acesso em 05 jul. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**, volume 4. 12^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHINA identifica pessoa que pode ter sido paciente zero da Covid-19. Revista Galileu, 2020. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/03/china-identifica-pessoa-que-pode-ter-sido-paciente-zero-da-covid-19.html>. Acesso em: 12 jul. 2020.

CONVENÇÃO Interamericana Contra o Terrorismo. 3 jun. 2002. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-66.htm>. Acesso em: 6 jul. 2020.

COUTINHO, Mateus; AFFONSO, Julia. Ahmed Faaiz, **Alvo da Hashtag, confessou à PF que ia planejar atentado na Parada Gay**. Estadão, 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ahmed-faaiz-alvo-da-hashtag-confessou-a-pf-que-ia-planejar-atentado-na-parada-gay/>. Acesso em: 12 jul. 2020.

CUNHA, Sanches Rogério. **Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral**, volume único. 3ª ed, rev., amp. e atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2015.

DA SILVA FILHO, Acácio Miranda et al. **Lei Antiterror Anotada: Lei 13.260 de 16 de março de 2016**. org. Paulo Cesar Busato. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, 3ª ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís. "**Princípio da Ofensividade**" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n° 49, julho-agosto de 2004, pp. 89-147.

GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora RT. n. 56, set.-out. 2005. pp. 80-112.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume 1. 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Terrorismo: Comentários à lei n° 13.260/2016**. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2ª ed. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.84.

MELLO, Patrícia Campos; TALENTO, Aguirre; ALVARES, Débora. **Lei antiterrorismo não livra o Brasil de sanções financeiras**. Folha de S. Paulo, 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/11/1711686-lei-antiterrorismo-nao-livra-brasil-de-sancoes-financeiras.shtml>. Acesso em: 12 jul. 2020.

MOHAMED, André Nascimento. **O Direito Penal do Autor no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro. EMERJ, 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/andremohamed.pdf. Acesso em: 5 jul. 2020.

MOREIRA, Ardriles; PINHEIRO, Lara. **OMS declara pandemia de coronavírus**. G1, 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 12 jul. 2020.

NUNES, Paulo Henrique Faria. **Terrorismo no Brasil: análise crítica do quadro normativo e institucional**. Rev. Fac. Der., Montevideo, n. 42, p. 27-46, jun. 2017. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652017000100027&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 4 jul. 2020. <http://dx.doi.org/10.22187/rfd201713>.

OLIVEIRA, Alice Q. **A expansão penal e o direito de intervenção**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília-DF, p. 5.042–5.057, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

OLIVEIRA, Marco Aurélio da Silva. **A emblemática distinção entre o término dos atos preparatórios e o início dos atos executórios no iter criminis**. Jus, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47052/a-emblematica-distincao-entre-o-termino-dos-atos-preparatorios-e-o-inicio-dos-atos-executorios-no-iter-criminis>. Acesso em: 12 jul. 2020.

OPERAÇÃO Hashtag: os detalhes da maior ação antiterrorismo no Brasil. GaúchaZH, 2016. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2016/11/operacao-hashtag-os-detalhes-da-maior-acao-antiterrorismo-no-brasil-8125492.html>. Acesso em: 12 jul. 2020.

PAVANELI, Aline; VIANNA, José; KANIAK, Thais. **Justiça Federal aceita denúncia, e oito viram réus na Operação Hashtag**. G1, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/09/justica-federal-aceita-denuncia-e-oito-viram-reus-na-operacao-hashtag.html>. Acesso em: 12 jul. 2020.

RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea**. Dissertação (Dissertação em Direito) – UERJ. Rio de Janeiro, 2010. p. 135. Disponível em: http://www.btdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1674. Acesso em: 5 jul. 2020.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**, tomo 1. 1ª ed. trad. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6ª ed., ampl., atual. Curitiba: ICPC, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do Crime**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p.80-81.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Aspectos críticos do Direito Penal na sociedade do risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 12, n. 46, p. 73-93, jan./fev. 2004

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: Superando o ideário liberal individualista-clássico.** Revista do Ministério Público, Porto Alegre, n° 53, maio-setembro de 2004, pp. 203-251. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279045814.pdf. Acesso em: 08. out. 2020.

STF analisará sanção do Código Penal para importação de medicamentos sem registro sanitário. STF, 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386710>. Acesso em: 12 jul. 2020.

TRF-4 mantém condenação de acusados de ligação com Estado Islâmico. Estadão, 2018. Disponível em: <https://istoe.com.br/trf-4-mantem-condenacao-de-acusados-de-ligacao-com-estado-islamico/>. Acesso em: 12 jul. 2020.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Da Tentativa: Doutrina e Jurisprudência.** 6ª ed, rev., amp. e atul. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral,** volume 1. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.