

NOTA TÉCNICA SOBRE O PL 2016/2015:

Vale tudo contra o terrorismo?

“Aqueles que abrem mão da liberdade essencial por um pouco de segurança temporária não merecem nem liberdade nem segurança.”

Benjamin Franklin

O Projeto de Lei 2016/2015 retorna à Câmara dos Deputados para definição do texto final da matéria após a aprovação do substitutivo de autoria relator Aloysio Nunes (PSDB) no Senado Federal.

Desde o início da tramitação da proposta, a Rede Justiça Criminal vem reiterando a desnecessidade da tipificação do crime de terrorismo no Brasil e alertando o parlamento sobre os riscos à democracia e às liberdades de reunião, expressão e associação causados pela aprovação em regime de urgência constitucional de uma legislação que envolve um dos temas mais complexos do debate jurídico internacional. **Nessa medida, somos integralmente contrários à proposta que, entendemos, simboliza o maior retrocesso político-criminal desde a redemocratização em 1988.**

A despeito dessas considerações, cumpre-nos esclarecer que o texto do projeto, nos **termos em que foi aprovado no Senado Federal**, representa um inadmissível retrocesso em relação ao que foi produzido na Câmara dos Deputados. A inclusão da categoria “extremismo político” (art.2º), com uma definição genérica e imprecisa, como razão para cometimento de atos de terrorismo e a supressão da excludente de tipicidade que visava resguardar a atuação de movimentos sociais de indevida criminalização agravam ainda mais o já preocupante cenário de utilização arbitrária do diploma legal.

A referida excludente (constante do §2º do art. 2º do texto da Câmara dos Deputados) é absolutamente indispensável à garantia das liberdades fundamentais características de um Estado Democrático de Direito. É ela a previsão apta a proteger o exercício da expressão e da associação, num projeto permeado por ambiguidades e num país que dá provas frequentes de quão fragilizados estão esses direitos.

Por isso, se por um lado não se pode cogitar de sua supressão, por outro, nota-se sua insuficiência, ao limitar a legitimidade da conduta à defesa ou reivindicação de direitos, garantias e liberdades constitucionais. É certo que a Constituição Federal representa historicamente uma considerável ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais. É certo também que os direitos previstos em tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, integram materialmente a Constituição, seja por força de uma interpretação sistemática e da força expansiva dos direitos humanos, seja por força do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal. No entanto, uma interpretação formalista do § 2º do artigo 2º do texto da Câmara pode limitar o rol de direitos legitimamente reivindicáveis e negar o caráter essencialmente inovador e progressista das manifestações e protestos.

Caso prevaleça, o texto inicialmente aprovado pela Câmara padece de outros graves vícios que merecem correção a fim reduzir a probabilidade de uso da norma penal para cercear direitos e garantias individuais inerentes ao Estado de Direito. Vale ressaltar que, mesmo no enfrentamento ao terrorismo, existem limites intransponíveis à ação repressiva do Estado sem os quais os valores democráticos estão ameaçados.



A) DA NECESSIDADE DE SUPRESSÃO DO ART. 4º (APOLOGIA AO TERRORISMO)

“Art. 4º Fazer, publicamente, apologia de fato tipificado como crime nesta Lei ou de seu autor:

Pena – reclusão, de quatro a oito anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem incitar a prática de fato tipificado como crime nesta Lei.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a dois terços se o crime é praticado pela rede mundial de computadores ou por qualquer meio de comunicação social. ”

O artigo 4º, que pretende dar punição especial à apologia ao terrorismo não é passível de reparos e deve ser integralmente suprimido. O dispositivo em comento padece dos seguintes vícios: a) desnecessidade, b) desproporcionalidade e c) imenso potencial para aplicação arbitrária.

Novamente a conduta que se pretende criminalizar já encontra tipificação no ordenamento jurídico brasileiro. Os artigos 286 e 287 do Código Penal punem, respectivamente, a incitação da prática de crime e a apologia de fato criminoso ou de autor de crime. Ambos os tipos penais cominam a pena de detenção de três a seis meses, ou multa. De tal sorte, a competência para processo e julgamento é dos Juizados Especiais Criminais sendo aplicáveis os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, quais sejam, transação penal e suspensão condicional do processo. Eventual condenação resulta numa sanção muito inferior a quatro anos de reclusão, o que permite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal) e, ainda, a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal).

Mesmo a mal afamada Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83), oriunda da ditadura militar e que para boa parte da comunidade jurídica não foi recepcionada pela Constituição Cidadã de 1988, em seus artigos 22 e 23, comina aos delitos de “propaganda” (que corresponde à apologia) e incitação a pena de detenção de 1 a 4 anos. Permite-se, desse modo a suspensão condicional do processo, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e está vedada, como regra, a imposição de prisão preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal). Na mesma linha, seguiu o Código Penal Militar impondo ao delito de incitação a pena de 2 a 4 anos de reclusão.

O tratamento penal pouco rigoroso reservado, em todos os casos supracitados, às condutas em análise é compatível com sua questionável lesividade e capacidade de reclamar a intervenção extrema do direito penal. Isto pois, se a manifestação do agente tem aptidão para concretamente incentivar o cometimento de delito por outrem, sua responsabilização se dará, na qualidade de partícipe (instigador), pelo crime efetivamente praticado, conforme a regra geral contida no artigo 29 do Código Penal. Pune-se, portanto, nos delitos de apologia e incitação a mera manifestação da opinião e não a consumação dos atos elogiados ou incentivados.

A pena cominada pelo dispositivo em análise é absolutamente desproporcional à reprovabilidade da conduta proibida. Na hipótese de uma suposta apologia ao terrorismo por meio de redes sociais a pena máxima prevista em abstrato chega a inacreditáveis 13 anos e 4 meses de reclusão, sendo, portanto, mais do que 3 (três) vezes superior à pena máxima que o legislador, durante a ditadura militar, cominou à conduta idêntica. A comparação é ainda mais dramática quando se analisa a punição de crimes contra à vida e integridade física.



Trata-se, nessa linha, de uma pena mais do que 4 (quatro) vezes maior à imposta ao homicídio culposo (art. 121, 3º), superior à pena da lesão corporal gravíssima e a da lesão corporal seguida de morte.

É importante ressaltar que organismos internacionais de Direitos Humanos, tais quais a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), dispensam especial proteção à liberdade de opinião, intimamente relacionada à liberdade de expressão, na medida em que esta fornece o veículo necessário para o desenvolvimento e difusão das opiniões. A respeito da liberdade de opinião, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, em seu Comentário Geral No.34, do ano de 2011, é enfático: "O Parágrafo 1º do artigo 19 requer proteção ao direito de manter opiniões sem interferência. Trata-se de um direito ao qual o Pacto não permite restrições ou exceções. Nenhum indivíduo pode ser submetido a qualquer restrição de direitos garantidos pelo Pacto em razão de sua opinião, seja ela verdadeira, aparente, ou mera suposição. Todas as formas de opinião são protegidas, incluindo opiniões de fundo científico, histórico, moral ou religioso. **É incompatível com o parágrafo 1º que se criminalizem opiniões (...)**".

Viola o postulado da proporcionalidade que uma conduta, sem violência ou grave ameaça, que não gera qualquer alteração material na realidade fática seja punida de forma muito mais severa do que atos que atentam gravemente contra a vida e a incolumidade física das pessoas. Mais do que isso, permite-se a imposição de prisão preventiva e a condenação a regime fechado de cumprimento de pena, algo incabível, por exemplo e como regra, no homicídio culposo.

B) DA SUPRESSÃO/ALTERAÇÃO DO ART. 5º (ATOS PREPARATÓRIOS)

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

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

I – recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II – fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

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

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

O art. 5º do PL 2016/2015 apresenta dois problemas fundamentais, a saber: a) violação ao princípio da legalidade e b) desnecessidade aos fins que se destina.

É consenso legislativo, doutrinário e jurisprudencial que são impuníveis os **atos preparatórios** assim entendidos como aqueles que antecedem o início da execução do tipo penal, ou seja, quando o agente ainda não praticou ação típica descrita pela norma penal. Exemplificando: no delito de homicídio são atos preparatórios o estudo da rotina da vítima, a escolha da arma e até o posicionamento para realização da emboscada. Somente quando o autor dispara contra seu alvo deu início efetivo ao núcleo do tipo de homicídio "matar alguém".



Contudo, pode o legislador elevar à condição de delito autônomo atos que por sua natureza são preparatórios para a realização de outros delitos. Esta técnica legislativa, embora questionável do ponto de vista político-criminal, é aceita pela doutrina majoritária. Seguindo o exemplo apresentando, a posse ilegal de arma de fogo, que pode ser ato preparatório para o crime de homicídio, é por si só passível de punição na forma do art. 14 da Lei 10.826/03.

Nesse mesmo sentido, a mera associação, estável e permanente, de três ou mais pessoas para cometimento crimes é criminalizada pelo art. 288 do Código Penal - ainda que não se tenha concretizado nenhum dos delitos pretendidos. Mais uma vez, o que seria ato preparatório para a consecução de outros delitos já é penalmente tutelado e possibilita a ação antecipada do Estado, inclusive com prisão em flagrante dado o caráter permanente da infração em questão.

O PL 2016/2015 utiliza, por mais de uma vez, a técnica descrita ao tipificar o que o que por essência são "atos preparatórios". No artigo 1º, § 1º, I são núcleos do tipo "transportar", "guardar", "portar" ou "trazer consigo" os seguintes materiais: "explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa". Isto é, pune-se, de modo antecipado, o que corresponde aos atos preparatórios dos crimes de explosão, incêndio, dano, lesão corporal, homicídio, etc.

De mesmo modo, nos artigos 3º (constituição de organização terrorista) e 6º (financiamento do terrorismo) do PL 2016/2015 são punidas condutas preparatórias para os atos terroristas. O próprio §1º do art. 5º (atos preparatórios), que equipara determinadas condutas a "atos preparatórios" faz a devida descrição das ações proibidas. Somados os dispositivos supracitados possuem 30 (trinta) verbos que descrevem ações típicas equivalentes a atos preparatórios. Nessa medida, é absolutamente desnecessária a previsão genérica do caput do artigo 5º

Não bastasse a desnecessidade do referido diploma, é vedado ao legislador, pelo Princípio da Legalidade, criminalizar os atos preparatórios de um delito sem descrevê-los taxativamente e erigi-los à condição de delito autônomo. Tanto o art. 1º do Código Penal quanto o art.5º, da Constituição da República exigem que uma conduta só possa ser criminalizada mediante sua prévia tipificação em norma penal escrita. Tal exigência não se conforma com descrições genéricas: todos os elementos da conduta devem estar plenamente explicitados da norma incriminadora. Isto é, a lei penal deve ser escrita e certa.

É justamente isso que está presente no caput do supracitado artigo 5º do projeto em análise. Ao não definir quais são os atos preparatórios o texto cria uma proibição genérica sendo impossível ao destinatário da norma penal compreender que atos especificamente são puníveis. O que são, portanto, os atos preparatórios para prática de terrorismo? É a pergunta que não encontra resposta no atual texto em análise e que se não for categoricamente respondida poderá levar a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo.

C) QUANTO AOS ATOS DE TERRORISMO

§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 – incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou **qualquer bem público ou privado**;

O texto aprovado na Câmara, em seu artigo 2º, parágrafo 1º, pretende tipificar atos terroristas por meio de tipos mistos alternativos, ou seja, núcleos alternativos da conduta criminosa, que preveem variadas formas de realização da figura típica. São, ao todo, 17 verbos ou locuções verbais, que, conjugados aos predicados, resultam num enorme rol de condutas – aliás, já criminalizadas na legislação penal brasileira. **Embora estas condutas variem quanto à gravidade e ao bem jurídico em tese lesado, é indistintamente cominada a pena de 12 a 30 anos de reclusão. Ou seja, é possível que um indivíduo, acusado da depredação de um bem privado ou da mera ameaça de uso de “meio capaz de provocar danos”, uma vez supostamente identificado o especial fim de agir, seja condenado pelo crime de terrorismo à pena de 30 anos de reclusão. O projeto, nos termos aprovados na Câmara, implica um aumento desproporcional de penas.**

Expressão mais clara da desproporção supracitada é a referência a “outros meios capazes de causar danos”. O conteúdo da norma é absolutamente indeterminado e abrange objetos e substâncias de potencial lesivo variado. A maior parte dos objetos e substâncias cotidianamente empregados são, em tese, capazes de causar danos: a tentativa de criminalizar indistintamente seu porte, guarda ou uso atenta contra o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX), da fragmentariedade e o imperativo de autolimitação do ius puniendi estatal.

