

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

EDUARDO DE LIMA VEIGA

TERRORISMO E DIREITO PENAL DO INIMIGO:
contornos e legitimidade à luz do Direito Internacional

Porto Alegre

2018

EDUARDO DE LIMA VEIGA

**TERRORISMO E DIREITO PENAL DO INIMIGO:
contornos e legitimidade à luz do Direito Internacional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Heringer Jr.

Porto Alegre

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação — CIP

V426a Veiga, Eduardo de Lima

Terrorismo e direito penal do inimigo: Contornos e legitimidade à luz do Direito Internacional / Eduardo de Lima Veiga. – Porto Alegre, 2018.

180 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, RS, 2018.

Orientador: Bruno Heringer Jr.

1. Terrorismo. 2. Direito Penal Antiterrorismo. 3. Direito Penal do Inimigo. 4. Günther Jakobs. I. Heringer Jr., Bruno, orient. II. Título.

(Bibliotecária: Magda Massim — CRB-10/1265)

EDUARDO DE LIMA VEIGA

**TERRORISMO E DIREITO PENAL DO INIMIGO:
contornos e legitimidade à luz do Direito Internacional**

DISSERTAÇÃO PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO PÚBLICO

COMISSÃO JULGADORA

1^{o(a)} Examinador(a)

2^{o(a)} Examinador(a)

3^{o(a)} Examinador(a)

Porto Alegre, ____ de _____ de 2018.

À Joseane e ao Dudu, pois, no fim, os sacrificados são eles.

AGRADECIMENTOS

Fica meu sincero agradecimento à Prof. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparremberger, que nos momentos tormentosos e de dúvida sempre trouxe uma palavra de estímulo e entusiasmo e cujo conhecimento e experiência foram indispensáveis a este trabalho.

Registro, ainda, meu especial agradecimento ao meu orientador e amigo Prof. Dr. Bruno Heringer Jr., cujo conhecimento sobre a matéria, tranquilidade no trato e, sobretudo, paciência foram fundamentais para a conclusão da tarefa.

RESUMO

O presente trabalho, que se insere na linha de pesquisa Tutelas à efetivação de Direitos Públicos Incondicionados, tem como objetivo principal estudar o fenômeno do terrorismo contemporâneo estabelecendo suas origens, as razões pelas quais atingiu escala global, as diferenças em relação aos movimentos terroristas que o antecederam e as repercussões que acarretou e acarreta no mundo do direito interno e internacional. Para tanto, o presente estudo desenvolve-se através do método dialético e histórico mediante construção de conjecturas (hipóteses) submetidas à análise crítica, isto é, confronto da realidade observada com os princípios, enunciados e teorias já existentes e, ainda, o método comparativo e histórico, com o qual, a partir do conhecimento da ciência jurídica pertinente ao objeto do estudo, se explicitam as diferenças e semelhanças existentes entre os institutos estudados em todas as suas perspectivas através do estudo de obras nacionais e estrangeiras. Para isso, examinam-se o contexto histórico do terrorismo, a problemática de sua definição e a sua tipificação no direito espanhol e no direito alemão. Estuda-se o combate ao terrorismo no âmbito internacional, em destaque o papel da Organização das Nações Unidas, por seus órgãos, em especial a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança. Analisa-se o terrorismo atual, de caráter jihadista, e a reação da ONU aos atentados de 11 de setembro de 2001. A importância da resolução 1.373 do Conselho de Segurança e da sua relevância para a edição da lei antiterror brasileira. Por fim, estuda-se o direito penal do inimigo, sua origem histórico-filosófica. A expansão do direito penal, o direito penal simbólico, o direito penal do inimigo em Jakobs, as características do direito penal do inimigo e exemplos de direito penal do inimigo na legislação espanhola e alemã.

Palavras-chave: Terrorismo. Direito Penal Antiterrorismo. Direito Penal do Inimigo. Günther Jakobs.

ABSTRACT

The main objective of this work, which falls inside the line of research tutelage for the establishment of unconditioned public rights, is to study the phenomenon of contemporary terrorism, establishing its origins, the reasons why it reached a global scale, the differences in relation to the terrorist movements that preceded it and the repercussions that it provoked and causes in the world of domestic and international law. For this purpose, the present study is developed through the dialectical and historical method through the construction of conjectures (hypotheses) submitted to the critical analysis, like comparison of the reality observed with the principles, statements and theories already existing, and also the comparative and historical method, with which, from the knowledge of the pertinent legal science to the object of the study, it is specified the differences and similarities between the studied institutes in all their perspectives through the study of national and foreign works. To examine the historical context of terrorism, the problem of its definition and its typification in Spanish law and in German law. It is studied the fight against terrorism at the international scope, in particular the role of the United Nations by its organs, specially General Assembly and Security Council. The current jihadist terrorism and the UN reaction to the September 11, 2001 attacks are analyzed. The importance of Security Council resolution 1373 and its relevance to the edition of the Brazilian antiterror law. Finally it is studied the criminal law of the enemy, its historical-philosophical origin. The expansion of criminal law, the symbolic criminal law, the criminal law of the enemy in Jakobs, the characteristics of the enemy's criminal law and examples of criminal law of the enemy in the Spanish and German legislation.

Keywords: Terrorism. Criminal Law Antiterrorism. Criminal Law of the Enemy. Günther Jakobs.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DE TERRORISMO	12
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO TERRORISMO	14
1.2 O TERRORISMO MODERNO	15
1.3 DEFINIÇÃO DE TERRORISMO.....	20
1.4 TIPIFICAÇÃO DE TERRORISMO	39
1.4.1 Abordagem penal do terrorismo na Alemanha	41
1.4.2 Abordagem penal do terrorismo na Espanha.....	45
2 COMBATE AO TERRORISMO E O DIREITO INTERNACIONAL	54
2.1 PRINCÍPIOS E PROPÓSITOS REGENTES DA ONU	55
2.1.1 Os órgãos das Nações Unidas	56
2.1.1.1 Assembleia Geral.....	56
2.1.1.2 Conselho de Segurança.....	57
2.2 O PAPEL DAS NAÇÕES UNIDAS NO CONTROLE DO TERRORISMO	58
2.2.1 Terrorismo Jihadista.....	59
2.2.1.1 Origem do Islã e o terrorismo religioso: o fim do estado laico	60
2.2.2 A ONU e a cooperação jurídica internacional no combate ao terrorismo	65
2.2.2.1 O Conselho de Segurança e a Resolução 1.373/2001	72
2.3 TERRORISMO NO BRASIL	79
2.3.1 Histórico do terrorismo no Brasil	80
2.3.2 Lei n.º 13.260/2016 — A lei antiterror brasileira.....	91
3 DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	103
3.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO — NOTA INTRODUTÓRIA	104
3.2 O INIMIGO — UMA APROXIMAÇÃO AO CONCEITO	104
3.2.1 O inimigo em Cervantes. A passagem dos Galeotes	104
3.2.2 A lição dos Galeotes ou cidadão ou pessoa em Direito vs. Inimigo	105
3.3 UMA APROXIMAÇÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA	106
3.3.1 O Inimigo em Rousseau	107
3.3.2 O Inimigo em Hobbes.....	111
3.3.3 O Inimigo em Locke	115
3.3.4 O Inimigo em Kant.....	118

3.4 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL	120
3.4.1 Conjuntura político-criminal.....	120
3.4.2 Algumas causas da expansão do Direito Penal	123
3.4.2.1 Multiplicadores do fenômeno expansivo.....	128
3.4.2.2 Direito penal simbólico	130
3.5 O DIREITO PENAL DO INIMIGO EM JAKOBS: UMA DAS TERCEIRAS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL	132
3.5.1 Segurança cognitiva de vigência da norma	134
3.5.2 Pessoa vs. Indivíduo (inimigo) no Direito Penal	136
3.5.2.1 Direito penal do cidadão (pessoa) em Jakobs.....	139
3.5.2.2 Inimigo em Jakobs: o não pessoa	141
3.5.2.3 Características do direito penal do inimigo	144
3.5.2.3.1 <i>Antecipação das barreiras de punição penal</i>	145
3.5.2.3.2 <i>As penas em relação ao inimigo</i>	149
3.5.2.3.3 <i>Relativização ou supressão de garantias processuais</i>	151
CONCLUSÃO.....	161
REFERÊNCIAS	163

INTRODUÇÃO

Os eventos ocorridos em 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque, Washington e na Pensilvânia, quando membros da organização terrorista Al-Qaeda sequestraram aviões de passageiros, regulares, de carreira e os lançaram contra as Torres Gêmeas e o prédio do Pentágono, mudaram de forma definitiva o mundo, os Estados e as pessoas. Mudaram a forma como se encara o terrorismo e a disposição de lhe fazer frente, oposição, combate e, se necessário, guerra.

O terrorismo não é novidade. O mundo convive com o terror há milênios, dirão alguns; há séculos, dirão todos. A novidade, no raiar no século XXI, foi a extensão e a magnitude a que chegaram os atos terroristas. A sensação que se apoderou das pessoas, naquele momento, foi de impotência frente à barbárie, à ilegalidade e à impunidade. Outra novidade que veio com os atentados foi a reação mundial de repúdio ao ocorrido e a tomada de consciência, pela Organização das Nações Unidas (ONU) e seus Estados-membros, de que era necessária uma reação conjunta, estruturada e sistêmica. Ficou claro que era preciso uma resposta uníssona e unívoca, e que o porta-voz dessa resposta seria o Conselho de Segurança da ONU.

O presente trabalho, então, pretende investigar em que medida esse novo terrorismo é diferente dos terrorismos praticados no passado e, se possível, estabelecer as suas origens, quais os limites do Estado no enfrentamento de grupos e organizações terroristas e quais os mecanismos internacionais de proteção contra o terrorismo, investigando, ainda, se a legislação antiterror constitui o que a doutrina chama de direito penal do inimigo.

A metodologia de abordagem utilizada para realização do trabalho foi o método dialético histórico, mediante a construção de conjecturas (hipóteses) a serem submetidas à análise e discussão crítica. Também foi empregada a interpretação sociológica, que entende o Direito como processo em constante mutação no espaço e no tempo, sujeito às influências do pensamento e da conduta humana. O método de procedimento foi o comparativo e histórico, pelo qual se buscou explicitar as semelhanças e diferenças dos institutos estudados. A técnica de pesquisa consistiu na revisão bibliográfica, em conjunto com pesquisa jurisprudencial e doutrinária.

O capítulo primeiro explora os aspectos históricos do terrorismo e sua evolução até os dias atuais. Investiga, igualmente, a problemática definição de terrorismo, com seus diferentes conceitos e elementos. Da dificuldade de se estabelecer um consenso mínimo sobre a definição de terrorismo, o estudo passa a investigar duas legislações recentes, a espanhola e a

alemã, e os crimes que o cercam (associação, lavagem de dinheiro, instrução para a prática de terrorismo).

O segundo capítulo trata de investigar a extensão da proteção aos direitos individuais e o papel da ONU no combate ao terrorismo. Para tanto, faz-se um apanhado histórico da formação das Nações Unidas, seus princípios e propósitos, bem como seus órgãos internos e como se constroem as manifestações de vontade da Organização. Explora-se como o atual tipo de terrorismo impacta a comunidade internacional e provoca os posicionamentos das Nações Unidas. Faz, a seguir, uma análise do tipo atual de terrorismo enfrentado, de viés religioso, o jihadista. Relata as diversas iniciativas de cooperação internacional de combate ao terrorismo, todas patrocinadas pela ONU, em um processo lento de coesão internacional. Procura demonstrar que a estratégia das Nações Unidas muda com os ataques de 11 de setembro de 2001, assumindo postura mais incisiva e determinada, editando, via Conselho de Segurança, a Resolução 1.373/2001, marco no combate ao terrorismo. Em resposta às obrigações advindas dessa resolução e cumprindo com o mandado de criminalização ao terrorismo existente na Constituição Federal de 1988, o Brasil, em 2016, edita sua Lei Antiterror, a qual recebe atenção ao final do capítulo.

No capítulo terceiro, se perquire sobre o direito penal do inimigo, conceito-teoria desenvolvido por Jakobs. Faz-se um apanhado histórico-filosófico do surgimento da ideia de cidadão *vs.* inimigo ou “o não-pessoa”, no dizer de Jakobs. Passa-se à análise dos fenômenos expansivos do Direito Penal, investigando suas causas e suas nuances, como o também chamado Direito Penal simbólico. Posteriormente, analisa-se o direito penal do inimigo conforme formulado por Jakobs, explorando seus elementos conceituais, como a segurança cognitiva, a pessoa, o inimigo, o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo. O capítulo finaliza com o arrolamento das características do direito penal do inimigo e exemplos concretos legislativos da Alemanha e da Espanha, com alguns aportes jurisprudenciais.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DE TERRORISMO

No panorama contemporâneo, sem dúvida, “O dado mais facilmente perceptível consiste no extraordinário desenvolvimento científico e tecnológico”¹, pois é indubitável o vertiginoso progresso alcançado pela humanidade nos últimos cem anos: penicilina, eletricidade, viagens a jato, telecomunicações, computadores e viagens espaciais são apenas alguns dos exemplos.

Todo esse avanço tecnológico só tem sentido quando é posto a serviço da dignidade humana². Frente a tantas descobertas, esperou-se que essa evolução fosse capaz de solucionar, inclusive, problemas “inerentes à vida em sociedade”³, porém a realidade mostra que, “Enquanto a moderna tecnologia propiciou miraculosas realizações, as sociedades humanas ainda se defrontam com problemas que bem evidenciam a crise em que se encontram imersas”⁴. Ocorre que o avanço da Ciência também produziu novos problemas, que trouxeram novas angústias e moldaram um novo homem, e uma realidade infinitamente mais complexa e em constante mutação. “Hoje, cada um de nós sabe que o estado do mundo no qual vivemos não é definitivo”⁵.

Durante muito tempo, o mundo e a vida apresentaram-se como um dado posto e imutável, no qual restava ao homem apenas colocar-se e esforçar-se para melhorar sua condição, dada a imutabilidade das circunstâncias que o rodeavam. Essas circunstâncias faziam com que o homem se sentisse “ligado ao céu e à terra”⁶, e nessa transcendência repousava a sua segurança, agora abalada pelo vertiginoso progresso científico que introduz uma nova variante, a “necessidade de realização terrena”⁷.

A eliminação do divino, a dominação técnica do mundo, a rapidez do processo social, em que tudo é instável, questionável e mutável⁸, fez com que comunidades ou civilizações que, durante séculos, sequer souberam da existência umas das outras agora interagissem, influenciassem e fossem permeáveis umas às outras, de tal modo que “tudo se encontra em relação com tudo”⁹.

¹ AZEVEDO, Plauto Faraco. **Limites e justificação do poder do Estado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 31.

² *Ibidem*, p. 31.

³ *Ibidem*, p. 32.

⁴ *Ibidem*, p. 31.

⁵ *Ibidem*, p. 32.

⁶ *Ibidem*, p. 32.

⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁹ *Ibidem*, p. 34.

Essas mudanças, esses choques, colocaram o homem em estado de perplexidade e em busca de “significação em sua vida e no mundo em que existe, objetivando também compreender o sentido de sua conduta, origem e destino”¹⁰. As mudanças foram tão profundas e em velocidade tão assustadora que, antes do fim do século XIX, promoveram alterações fundamentais “em todos os níveis da existência e em praticamente todas as regiões do mundo”, mudando o equilíbrio das potências mundiais e das estruturas sociais¹¹. A política assume dimensões planetárias e os Estados associam-se em blocos econômicos.

O vertiginoso crescimento populacional, o prolongamento da vida humana, a proximidade econômica e financeira dos mercados globalizados¹² (como demonstrou a crise financeira de 2008), passam a exigir produção em larga escala, demandando concentração populacional em determinadas áreas urbanas, submetendo a condição de vida humana às exigências da técnica necessária à produção¹³. A produção em larga escala, a automação e a repetição de processos idênticos (admite-se, de inegável relevância social) retiram do indivíduo a possibilidade de optar por atividades para as quais, talvez, fosse mais apto e aniquila, quase irremediavelmente, a sua criatividade.

O formidável avanço das telecomunicações rompeu todas as barreiras do tempo e do espaço, de modo que, em poucas décadas, o mundo tornou-se um “bloco único e convulsivo”¹⁴, vencendo fronteiras nacionais. Os acontecimentos são bombardeados como chuva torrencial e, em um segundo, todo o mundo está informado do acontecido. As escalas valorativas de diferentes sociedades, algumas amadurecidas por séculos, são confrontadas cotidianamente com fatos distantes, de realidades distintas e, às vezes, opostas. Nos diferentes pontos da Terra, se estabelecem padrões valorativos diversos para um mesmo fato, e “confiantes, julgamos o mundo inteiro segundo nossos próprios padrões domésticos”¹⁵.

Desta atitude mental resulta a mútua incompreensão, de que testemunham as brutalidades cometidas no nosso século, em que ‘a primitiva recusa em aceitar qualquer transação tornou-se um princípio teórico e a ortodoxia passou a ser considerada uma virtude’. A violência, não obstante a demonstração histórica de sua esterilidade, ganha terreno, enquanto ‘o mundo é dominado pela convicção cínica de que a força é todo-poderosa e a justiça nada vale’. A constatação de um tal estado de

¹⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco. **Limites e justificação do poder do Estado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 36.

¹¹ *Ibidem*, p. 37.

¹² Ver: AZEVEDO, Plauto Faraco. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹³ AZEVEDO, Plauto Faraco. **Limites e justificação...** *op. cit.*, p. 38.

¹⁴ *Ibidem*, p. 40.

¹⁵ *Ibidem*, p. 40.

espírito traz uma perturbadora interrogação: até quando poderá sobreviver o homem?¹⁶

Dessa forma, embora a violência não seja um estigma da sociedade contemporânea, atualmente, com a evolução tecnológica e a globalização, ela se manifesta de formas diferentes e diversas, pois “a ação geradora ou sentimento relativo à violência pode ter significados múltiplos e diferentes dependentes da cultura, momento e condições nas quais elas ocorrem”¹⁷. A mesma tecnologia que permite a transmissão de notícias e conhecimento também transmite ideias que fomentam a intolerância gerada por divergências culturais, religiosas, políticas, econômicas e outras.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO TERRORISMO

Quando começou o terrorismo? Difícil dizer, mas a primeira referência escrita remonta aos *Sicarii-Zealots*¹⁸, “judeus extremistas separatistas, que impunham o terror para instigar a mudança de comportamento na sociedade judaica de então, contra a imoralidade dos que colaboravam com os invasores romanos”¹⁹, os quais eram tidos, pelos romanos, apenas como criminosos.

¹⁶ SOLJENITSYNE, Alexandre. Le cri: Le discours du prix Nobel. L'Express, 1104:66-73, sept. 1972 *apud* AZEVEDO, Plauto Faraco. **Limites e justificação do poder do Estado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 40.

¹⁷ LEVISKY, David Léo. Uma gota de esperança. In: ALMEIDA, Maria da Graça Blaya (Org.). **A violência na sociedade contemporânea**. [Recurso eletrônico]. Porto Alegre: EdiPucrs, 2010. p. 6. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/violencia.pdf>>. Acesso em: 1º ago. 2018.

¹⁸ “This tactic is not new. Beginning in 48 A.D., a Jewish sect called the Zealots carried out terrorist campaigns to force insurrection against the Romans in Judea. These campaigns included the use of assassins (sicarii, or dagger-men), who would infiltrate Roman-controlled cities and stab Jewish collaborators or Roman legionnaires with a sica (dagger), kidnap members of the Staff of the Temple Guard to hold for ransom, or use poison on a large scale. The Zealots justification for their killing of other Jews was that these killings demonstrated the consequences of the immorality of collaborating with the Roman invaders, and that the Romans could not protect their Jewish collaborators.” Tradução livre: Essa tática não é nova. Começando em 48 a.C., uma seita judaica chamada Zelotes realizou campanhas terroristas para forçar a insurreição contra os romanos na Judeia. Essas campanhas incluíam o uso de assassinos (*sicarii* ou homens-punhais), que se infiltravam em cidades controladas pelos romanos e apunhalavam colaboradores judeus ou legionários romanos com uma *sica* (adaga), sequestravam membros do Estado-Maior da Guarda do Templo para serem resgatados, ou usavam veneno em larga escala. A justificativa dos Zelotes para a morte de outros judeus era que esses assassinatos demonstravam as consequências da imoralidade de colaborar com os invasores romanos e que os romanos não podiam proteger seus colaboradores judeus. (HUDSON, Rex A. **The Sociology And Psychology of Terrorism: Who Becomes a Terrorist And Why?** Washington, D.C.: The Library of Congress, 1999. Disponível em: <https://www.loc.gov/frd/pdf-files/Soc_Psych_of_Terrorism.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2018).

¹⁹ GALITO, Maria Souza. **Terrorismo conceptualização do fenómeno**. Lisboa: Instituto Superior de Economia e Gestão, 2013. p. 8. Disponível em: <https://pascal.iseg.ulisboa.pt/~cesa/files/Doc_trabalho/WP117.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

Sob o aspecto etimológico, a palavra terrorismo tem origem no latim *terror*, “medo, terror”, de *terrere*, “assustar, causar medo”, e atingiu sua forma moderna durante o regime do terror na França (1793-1794). Segundo Robespierre,

O terror nada mais é do que a justiça expedita, severa, inflexível; é, portanto, uma emanção da virtude; é menos um princípio especial do que uma consequência do princípio geral da democracia aplicado às necessidades mais urgentes do nosso país²⁰.

Com essa afirmação, declarou-se o regime do terror como ordem do dia, a fim de proteger a revolução burguesa de seus inimigos, reis e aristocratas, embora a maioria dos dez mil mortos fosse de pessoas comuns. O reinado do terror foi informado pela suposição do iluminismo de que a ordem social pode ser alterada através da ação humana²¹. Desde o início, Jean Paul Marat — L’Ami du Peuple — afirmou que a violência era um direito imprescritível do povo soberano, sendo ela “[...] natural e necessária para resistir à opressão e para preservar a liberdade contra a tirania”²². Em nada difere a opinião de um comissário da Convenção (*Représentants en mission*) que, ao sufocar a revolta contra-revolucionária em Lyon, afirma que estava “a expurgar a terra da liberdade das mãos destes monstros, seguindo o princípio da humanidade”²³, e coloca como seu objetivo “extirpar o fanatismo”²⁴, que aqui se entenda como religião.

Seja como for, como fenômeno histórico, a Revolução Francesa constituiu o repertório básico das funções do terror: vingança, intimidação e purificação²⁵. Entretanto, importa mais relatar, ainda que brevemente, o terrorismo moderno ou dos tempos atuais.

1.2 O TERRORISMO MODERNO

O terrorismo moderno pode ser dividido em quatro ciclos²⁶, os quais invadem os espaços uns dos outros, em que nada é estanque. A escolha dessa expressão é para focar o

²⁰ Tradução livre de: “Terror is nothing other than justice, prompt, severe, inflexible; it is therefore an emanation of virtue; it is not so much a special principle as it is a consequence of the general principle of democracy applied to our country's most urgent needs.” (ROBESPIERRE and Wollstonecraft defend and explain the Terror. In: BULLIET, Richard (Org.) *et al.* **The earth and its peoples: A global history: Since 1500.** 6. ed. Stamford: Cengage Learning, 2014. p. 590).

²¹ TOWNSHEND, Charles. **Terrorism: A very short introduction.** New York: Oxford University Press, 2011. p. 38.

²² Tradução livre de: “the natural violence required to resist oppression and preserve liberty against tyranny” (*Ibidem*, p. 39).

²³ Tradução livre de: “I am purging the land of liberty of these monsters according to the principle of humanity” (*Ibidem*, p. 39).

²⁴ *Ibidem*, p. 40.

²⁵ *Ibidem*, p. 41.

ciclo que inspira, por algum tempo, as diversas organizações terroristas que surgem, ciente de que as motivações podem ser mistas, nacionalistas e religiosas, por exemplo. O ciclo terrorista, portanto, não é necessariamente puro, sendo preciso se ter em mente que o tempo de vida de cada ciclo e de cada organização terrorista difere, e que a organização pode sobreviver ao seu ciclo, como é o caso do Exército Republicano Irlandês (IRA), que surge em 1916²⁷ e existe ainda nos dias atuais, embora tenha deposto armas.

O ciclo anarquista, surgido na Rússia entre o início na década de 1880 e fim da década de 1920²⁸, foi o primeiro movimento terrorista global e verdadeiramente internacional. O anarquismo russo foi uma reação à insuficiência das reformas adotadas pelo Czar Alexandre II. Os criadores do moderno terrorismo conheciam a tradição revolucionária (francesa, americana) dos discursos e dos panfletos, porém pretendiam uma nova forma de comunicação, uma que demonstrasse profundo engajamento e envolvesse risco pessoal do ativista e que, por isso, impusesse profundo respeito e admiração, fazendo-se ouvir. A essa nova forma de comunicação foi dado o nome de “Propaganda pela Ação”²⁹.

Na ótica anarquista, a sociedade estava repleta de ambivalências, ressentimentos e hostilidades, sentimentos que, embora abafados e amenizados pelas convenções sociais, geravam grandes culpas e insatisfações. Sendo as convenções sociais construções históricas, atos um dia considerados imorais, com o tempo, podem vir a ser reconhecidos como nobres esforços para libertar a humanidade. Nesse contexto, o melhor “ato de propaganda” para destruir as convenções era o terror³⁰.

O terror era violência que ia além das convenções morais usadas para regular a violência nos tratados de guerra ou nas leis que regulavam qualquer tipo de punição. Nele acabava a distinção entre combatentes e não combatentes e não importava se culpado ou inocente. O terrorismo é uma estratégia, e não um fim. Os rebeldes russos passaram a encorajar e a treinar grupos de outras nacionalidades (poloneses, armênios) e novos estados oriundos do antigo Império Otomano surgiram e, por fim, eles próprios refugiaram-se nas

²⁶ Rapoport consagra a expressão *wave* para designar quatro grandes movimentos terroristas modernos e o presente estudo seguirá essa linha. Optou-se pela expressão ciclos. (RAPOPORT, David C. *The four waves of modern terrorism*. In: CRONIN, Audrey Kurth; LUCES, James M. (Eds.). **Attacking terrorism**. Elements of a grand strategy. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. p. 46-73. Disponível em: <<http://international.ucla.edu/media/files/Rapoport-Four-Waves-of-Modern-Terrorism.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2018).

²⁷ *Ibidem*, p. 48.

²⁸ *Ibidem*, p. 47.

²⁹ *Ibidem*, p. 50.

³⁰ *Ibidem*, p. 50.

colônias da diáspora Russa pelo mundo³¹. Os anarquistas usaram o assassinato como propaganda. Em 1881, assassinaram o czar Alexandre II; em 1908, o rei D. Carlos e o príncipe herdeiro Luis Filipe, ambos de Portugal; em 1900, Humberto I, rei da Itália; sem falar no arquiduque Francisco Fernando, em 1914, o que deu azo à Primeira Guerra Mundial³².

O segundo ciclo, ou ciclo anticolonial, é fruto da paz de Versailles, tratado que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, que se inicia em 1920 e dura, aproximadamente, quarenta anos. Com o objetivo de enfraquecer os impérios derrotados, os vencedores invocaram o princípio da “autodeterminação dos povos”³³. Aqui se tem os movimentos nacionalistas por excelência. Não está claro se os vitoriosos entenderam as implicações dessa decisão, pois ela enfraqueceu, também, seus impérios. Já em 1920, o Exército Republicano Irlandês (IRA) obtinha suas primeiras vitórias contra o Reino Unido, e grupos terroristas se instalaram em todos os impérios ocidentais. Essas ações foram cruciais para o estabelecimento dos novos Estados de Israel, Chipre, Irlanda, Argélia, entre outros³⁴.

As organizações terroristas desse segundo ciclo entenderam que necessitavam de uma nova linguagem. Se os anarquistas tinham orgulho de se autoproclamar terroristas, agora o termo já estava estigmatizado e sem *glamour*. Dessa forma, a organização israelense *Lehi* foi a última a se autoproclamar como terrorista. A *Irgun*, liderada por Begin, se proclamava “combatentes da liberdade”³⁵. Nesse ciclo, os terroristas tentaram poupar a população civil, pois as batalhas se travavam no seu próprio território. O inimigo nada mais era do que uma tropa de ocupação a ser expulsa e os alvos, preferencialmente, militares. O ciclo se encerra com o fim da era colonial e das guerras de independência, em especial, no Oriente Médio e na África.

O evento político que estimulou o ciclo esquerdista foi a agonizante Guerra do Vietnam³⁶. Ele se inicia nos anos de 1960, decai no fim do século XX, mas ainda é

³¹ RAPOPORT, David C. The four waves of modern terrorism. In: CRONIN, Audrey Kurth; LUDES, James M. (Eds.). **Attacking terrorism: Elements of a grand strategy**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. p. 51. Disponível em: <<http://international.ucla.edu/media/files/Rapoport-Four-Waves-of-Modern-Terrorism.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

³² GALITO, Maria Souza. **Terrorismo conceptualização do fenómeno**. Lisboa: Instituto Superior de Economia e Gestão, 2013. p. 9. Disponível em: <https://pascal.iseg.ulisboa.pt/~cesa/files/Doc_trabalho/WP117.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

³³ RAPOPORT, *op. cit.*, p. 53.

³⁴ GALITO, *op. cit.*, p. 9.

³⁵ RAPOPORT, *op. cit.*, p. 54.

³⁶ *Ibidem*, p. 54.

perceptível na Colômbia, Peru e no Nepal³⁷. A efetividade dos vietcongues e suas armas primitivas contra uma superpotência demonstrava a vulnerabilidade de todo o sistema tecnológico e da estrutura capitalista ocidental. No terceiro mundo e no Ocidente, onde a guerra provocou profunda divisão e ambivalência, grupos estimularam nos jovens a descrença no sistema existente. Muitas organizações do mundo ocidental, como *West German Red Army*, *Italian Red Brigades*, *Japanese Red Army* e *French Action Directe*, viam-se como vanguarda das massas oprimidas do terceiro mundo e eram afiançadas moral, material e financeiramente pelos soviéticos³⁸. Nesse turno, são retomadas algumas características radicais do primeiro ciclo. Volta a ideia de “propaganda pela ação”, agora chamada de “alvos teatrais”³⁹, alvos que chamem atenção da mídia e causem clamor público. É a era dos sequestros de aviões em larga escala, que passaram a ser uma forma de obter reféns para negociação e, posteriormente, garantir a fuga⁴⁰. Aliás, gerar crises com reféns foi a grande especialidade desse ciclo. O mais memorável episódio talvez tenha sido o sequestro do primeiro ministro italiano Aldo Moro pelas Brigadas Vermelhas Italianas, o qual foi brutalmente assassinado ante a negativa de negociação pelo governo italiano⁴¹.

A lógica dos assassinatos desse ciclo difere da lógica do primeiro. Naquele qualquer servidor público poderia ser alvo, aqui os assassinatos têm caráter de punição, ou seja, Aldo Moro foi morto porque o governo italiano não quis negociar. Seguindo a mesma lógica, o Setembro Negro assassinou o primeiro ministro da Jordânia, em 1971, porque ele expulsou a Organização para Libertação da Palestina (OLP) do seu país⁴². De outro lado, a expressão “terrorismo internacional” ganha nova extensão e significado quando Cuba e a OLP se dispõem a treinar e subsidiar diversos grupos terroristas em seus campos de treinamento. A forma de atuação adotada pelos grupos também revela seu caráter transnacional, sendo que a OLP é muito mais ativa na Europa do que no Oriente Médio, a exemplo dos vários grupos que cooperaram para o sucesso do ataque às Olimpíadas de Munique, em 1972, e no sequestro dos

³⁷ RAPOPORT, David C. The four waves of modern terrorism. In: CRONIN, Audrey Kurth; LUCES, James M. (Eds.). **Attacking terrorism: Elements of a grand strategy**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. p. 56. Disponível em: <<http://international.ucla.edu/media/files/Rapoport-Four-Waves-of-Modern-Terrorism.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

³⁸ GALITO, Maria Souza. **Terrorismo conceptualização do fenómeno**. Lisboa: Instituto Superior de Economia e Gestão, 2013. p. 56. Disponível em: <https://pascal.iseg.ulisboa.pt/~cesa/files/Doc_trabalho/WP117.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

³⁹ *Ibidem*, p. 56.

⁴⁰ *In the decade of 1960s, hijacking — or “skyjacking” as it became popularly know — was the main form of terrorist attack on air traffic* (ANDERSON, Sean. **Historical dictionary of terrorism**. 3. ed. Lanham, Maryland: The Scarecrow Press, 2009. Disponível em: <https://uscrow.org/download/warfare/terrorism_and_counterterrorism/Historical%20Dictionary%20of%20Terrorism.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2018).

⁴¹ RAPOPORT, *op. cit.*, p. 57.

⁴² *Ibidem*, p. 57.

ministros da Organização dos Países Produtores de Petróleo (OPEP), em 1975⁴³. Embora alguns grupos permaneçam ativos, o ciclo esquerdista perdeu força, muito pelo papel da ONU, que conciliou interesses e costurou tratados internacionais de prevenção à pirataria aérea e combate ao terrorismo⁴⁴ e reconheceu a OLP como Estado-membro.

O marco inicial do ciclo religioso é 1979, com a chegada do Aiatolá Khomeini ao poder no Irã, e perdura até os dias atuais. Embora em todos os ciclos seja inegável a presença da força étnica e religiosa, inclusive ela é demonstrada à saciedade pelos esforços armênios, macedônios, irlandeses, cipriotas, franco-canadenses, israelenses e palestinos, nesses casos o objetivo era criar um estado secular laico⁴⁵. Agora, no terceiro ciclo, ao tratar-se da criação de estados religiosos, o islamismo aparece no centro, impulsionado por três grandes eventos: o início de um novo século no calendário muçulmano (1979), a Revolução Iraniana e a invasão do Afeganistão pela União Soviética.

A expectativa de que o novo século traga um redentor é uma das tradições muçulmanas, tanto que, em 1979, essa perspectiva causou euforia e alguns levantes religiosos. Na virada do ano e do século, em Meca, uma multidão incontida invadiu a grande mesquita resultando em 10.000 mortos. Outro fato que chama atenção foi a ocorrência de ataques terroristas sunitas, ao mesmo tempo, no Egito, na Síria, na Tunísia, no Marrocos, na Argélia, nas Filipinas e na Indonésia⁴⁶.

A Revolução Iraniana foi vitoriosa e o Aiatolá Khomeini proclamou que para o “islamismo não há fronteiras”⁴⁷. Isso alterou definitivamente a relação dos muçulmanos entre si, e destes com o resto da humanidade e com os demais Estados, como se verá mais adiante. Por fim, a União Soviética, no mesmo ano, invadiu o Afeganistão, que recebeu combatentes de todo o mundo sunita, apoiados e armados pelos Estados Unidos, que lograram oferecer desgastante resistência, durante dez longos anos, que culminou com a dissolução da União Soviética. Com a eliminação de um estado secular, surgiram vastas áreas de população muçulmana, como Chechênia, Uzbequistão, Quirguistão, Tadjiquistão e Azerbaijão, que se

⁴³ RAPOPORT, David C. The four waves of modern terrorism. In: CRONIN, Audrey Kurth; LUDES, James M. (Eds.). **Attacking terrorism: Elements of a grand strategy**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. p. 58. Disponível em: <<http://international.ucla.edu/media/files/Rapoport-Four-Waves-of-Modern-Terrorism.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

⁴⁴ Vide: INTERNATIONAL Convention for the Suppression of Terrorist Bombing. New York, 12 de January de 1998. Disponível em: <<http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv11.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

⁴⁵ RAPOPORT, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 61.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 61.

tornaram refúgios terroristas. Treinados e confiantes, os combatentes afegãos são a ponta de lança nos futuros conflitos⁴⁸.

O dado distintivo desse ciclo é que o público primário a ser atingido pela mensagem terrorista, seja de propaganda, seja de recrutamento, é infinitamente maior na equação religião vs. nação, principalmente considerando uma religião da dimensão da muçulmana. Quando se afirma que para o islã não há fronteiras, virtualmente, todos podem estar engajados na luta.

1.3 DEFINIÇÃO DE TERRORISMO

Há décadas, os estudiosos do assunto lutam por uma definição adequada para o terrorismo. Entretanto, persiste a incerteza sobre como se deve pensar o tema e há quase uma fadiga mental sobre o assunto, maculada por uma postura pragmática, em especial dos agentes de campo e de combate ao terrorismo, que pode ser expressa por “a gente sabe que é quando a gente vê”⁴⁹. O que a gente sabe o que é quando vê é conceito, ou seja, a simples apreensão mental, que é a primeira operação do espírito, é o ato pelo qual se capta, noeticamente, alguma coisa. E o que a mente capta (de *capio*, *ceptum*, daí *cum-ceptum*) é o conteúdo do conceito, que é construído na mente e expresso pela mente⁵⁰. Um dos primeiros problemas é que todos têm um conceito próprio de terrorismo, que não se confunde com definição.

Já a definição “consiste em determinar a compreensão que caracteriza um conceito”. A essência de uma coisa, segundo Aristóteles, compõe-se do gênero e das diferenças, e a definição, de acordo com a regra escolástica, se faz *per genus proximum et differentiam*

⁴⁸ RAPOPORT, David C. The four waves of modern terrorism. In: CRONIN, Audrey Kurth; LUCES, James M. (Eds.). **Attacking terrorism: Elements of a grand strategy**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. p. 62. Disponível em: <<http://international.ucla.edu/media/files/Rapoport-Four-Waves-of-Modern-Terrorism.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

⁴⁹ Tradução livre de: “We know it when we see it.” (SCHMID, Alex P.; JONGMAN, Albert J. **Political terrorism**. New York: Routledge, 2017. p. 1).

⁵⁰ SANTOS, Mário Ferreira dos. **Dicionário de filosofia e ciências culturais**. 3. ed. São Paulo: Matese, 1965. Ainda sobre conceito: “Relativamente ao termo, o conceito é aquilo que confere sentido a um vocábulo ou conjunto de vocábulos. Chama-se compreensão do conceito ao conjunto de caracteres ou notas representativas nele expressas. Extensão do conceito é o maior ou menor número de objetos ou realidades a que o conceito se pode aplicar. Da comparação entre extensão e compreensão vale o princípio: quanto maior a compreensão, menor é a extensão, e inversamente. Ajuntando, por exemplo, à compreensão animal a nota doméstica, aumenta a compreensão, mas diminui, por isso mesmo, a extensão, pois é menor o número de animais domésticos do que o número de animais simplesmente.” (LEVENE, Lesley. **Penso, logo existo: tudo o que você precisa saber sobre Filosofia**. Tradução de Debora Fleck. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2013).

specificam (pelo gênero próximo e diferença específica). Assim, segundo a lógica formal, definir “é dizer o que a coisa é, com base no gênero próximo e na diferença específica”⁵¹.

No dizer de Schmid e Jongman, uma definição é basicamente uma equação: um novo, desconhecido, ou mal interpretado ou mal entendido termo (o “definiendo”) é descrito (definido) por uma combinação de pelo menos dois antigos, conhecidos, compreendidos termos (os definidores)⁵². A questão que se coloca, então, é quantos termos, conhecidos e bem compreendidos, são necessários para definir terrorismo? A fórmula simples e primitiva usa um elemento: terrorismo é crime. Já uma definição de dois ou mais elementos seria terrorismo é “assassinato político” ou, ainda, terrorismo é “morte de inocentes”. Terrorismo é violência com propósito político. À medida que se acrescentam elementos à definição (pelo gênero próximo e diferença específica), ela vai se tornando menos ambígua.⁵³

Como saber, então, se a definição é satisfatoriamente precisa? A recomendação de Schmid e Jongman é fazer sempre a pergunta reversa. O que é violência com fins políticos? Se a resposta mais comum for guerra ao invés de terrorismo, tem-se um indicativo de que foram usados termos insuficientes para distinguir os dois tipos de violência. Nesse desiderato de identificar que termos estão sendo usados para definir terrorismo, os autores elaboraram uma tabela que lista 22 “categorias” de palavras mais utilizadas, contendo 109 definições de diferentes renomados estudiosos do tema (Tabela 1):

⁵¹ Definição: “Uma definição não pode conter nada mais e nada menos do que deseja conceituar ou significar. Sabemos que se peca pelo excesso ou por deficiência quando a convertemos (na inversão dos termos). Suponha uma pergunta sobre a definição do ser humano. E que esta seja assim definida: o homem é um animal mortal. Ora, isso é verdade, mas nem por isso deverá ser aceito nestes termos. Basta acrescentar a palavra todo e fazer a conversão para verificar se é verdadeira definição do ser humano. Todo o animal mortal é homem — isso não é verdadeiro. A definição deverá ser repelida por incluir algo estranho ao ser humano, pois nem somente o homem é animal mortal, todo animal irracional também é. Completa-se a definição, acrescentando a palavra racional. Todo homem é animal mortal racional. Da mesma forma, todo animal mortal racional é homem.” (AGOSTINHO, Santo. **Sobre a potencialidade da alma (de *quantitate animae*)**. Tradução de Aloysio Jansen de Faria. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. [Recurso eletrônico não paginado]. Disponível em: <<https://sites.google.com/view/sbgdicionariodefilosofia/defini%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 7 maio 2018).

⁵² SCHMID, Alex P.; JONGMAN, Albert J. **Political terrorism**. New York: Routledge, 2017. p. 5.

⁵³ *Ibidem*, p. 5.

Tabela 1 – Termos mais usados para definir terrorismo

Elemento	Frequência
1. Violência; força	83,5%
2. Política	65%
3. Medo, terror acentuado	51%
4. Ameaça	47%
5. Efeitos (psicológicos) e reações (antecipadas)	41,5%
6. Diferenciação vítima-alvo	37,5%
7. Ação intencional, planejada, sistemática e organizada	32%
8. Método de combate, estratégia, tática	30,5%
9. Extranormalidade, em violação das regras aceitas sem restrições humanitárias	30%
10. Coerção, extorsão, indução ao conformismo	28%
11. Aspecto de publicidade	21,5%
12. Arbitrariedade; caráter aleatório impessoal; indiscriminação	21%
13. Cívica, não combatentes, neutros, estranhos como vítimas	17,5%
14. Intimidação	17%
15. Inocência das vítimas enfatizada	15,5%
16. Grupo, movimento, organização como autor	14%
17. Aspecto simbólico, demonstração a terceiros	13,5%
18. Incalculabilidade, imprevisibilidade, na ocorrência de violência	9%
19. Clandestinidade, natureza secreta	9%
20. Repetitividade, serialidade ou o caráter de campanha da violência	7%
21. Aspecto criminal	6%
22. Exigências feitas em nome de terceiros	4%

Fonte: SCHMID, Alex P.; JONGMAN, Albert J. *Political terrorism*. New York: Routledge, 2017. p. 5.

Ao se considerar as definições apresentadas, pode-se avaliar uma, de cinco elementos, apresentada por Hoffman e trazida como exemplo por Schmid e Jongman: “O terrorismo é uma atividade política humana intencional que é dirigida para a criação de um clima geral de medo, e é projetada para influenciar, na forma desejada pelo protagonista, outros seres humanos e, através deles, alguns cursos de eventos”⁵⁴.

Não há dúvida de que a definição apresenta alguma vagueza, dando margem à ambiguidade e se pode compará-la com a definição de treze elementos, elaborada por Alex Schmid em 1984, na primeira edição de seu livro:

⁵⁴ Tradução livre de: “Terrorism is a purposeful human political activity which is directed toward the creation of a general climate of fear, and is designed to influence, in ways desired by the protagonist, other human beings and, through them, some course of events.” (R. P. Hoffman, *Terrorism: a universal definition* (Ph.D. dissertation) Claremont Graduate School, 1988, p. 181. *Apud* SCHMID, Alex P.; JONGMAN, Albert J. *Political terrorism*. New York: Routledge, 2017. p. 4).

O terrorismo é um método de combate no qual vítimas aleatórias ou simbólicas servem como um alvo instrumental da violência. Essas vítimas instrumentais compartilham características de grupo ou classe que formam a base para sua seleção para vitimização. Através do uso anterior de violência ou da ameaça crível de violência, outros membros desse grupo ou classe são colocados em um estado de medo crônico (terror). Esse grupo ou classe, cuja sensação de segurança dos membros é propositalmente prejudicada, é o alvo do terror. A vitimização do alvo da violência é considerada extranormal pela maioria dos observadores do público testemunha, com base em sua atrocidade, o tempo (por exemplo, tempo de paz) ou local (não um campo de batalha) de vitimização, ou o desrespeito pelas regras de combate aceitas em guerra convencional. A violação da norma cria uma audiência atenta além do alvo do terror; setores dessa audiência podem, por sua vez, formar o principal objeto de manipulação. O objetivo desse método indireto de combate é imobilizar o alvo do terror, a fim de produzir desorientação e / ou conformidade, ou mobilizar alvos secundários de demandas (por exemplo, um governo) ou alvos de atenção (por exemplo, opinião pública) a mudanças de atitude ou comportamento favorecendo os interesses de curto ou longo prazo dos usuários deste método de combate⁵⁵.

Além da necessidade de precisão acadêmica, a definição de terrorismo cumpre muitas funções no estado atual das relações internacionais e na segurança interna dos países. Não é apenas efetivamente um delito que necessita de definição, mas essa definição também tem o propósito de estigmatizar certas organizações, tornando ilegal o seu financiamento e a sua própria existência. A aplicação mais séria, e por vezes imperceptível, é na justificativa de “matanças extrajudiciais chamadas de assassinatos seletivos ou atentados seletivos”⁵⁶ que se materializam em ataques com *drones* ou mesmo com bombardeios massivos⁵⁷. A ausência de consenso sobre uma definição de terrorismo foi sentida na edição da Resolução 1.373 da ONU, como se verá no segundo capítulo do presente trabalho.

Em razão dessas múltiplas funções, não se pode ser ingênuo na busca por uma única definição de terrorismo, já que a definição difere de acordo com o propósito a que serve.

⁵⁵ No original: “Terrorism is a method of combat in which random or symbolic victims serve as an instrumental target of violence. These instrumental victims share group or class characteristics which form the basis for their selection for victimization. Through previous use of violence or the credible threat of violence other members of that group or class are put in a state of chronic fear (terror). This group or class, whose members’ sense of security is purposefully undermined, is the target of terror. The victimization of the target of violence is considered extranormal by most observers from the witnessing audience on the basis of its atrocity, the time (e.g., peacetime) or place (not a battlefield) of victimization, or the disregard for rules of combat accepted in conventional warfare. The norm violation creates an attentive audience beyond the target of terror; sectors of this audience might in turn form the main object of manipulation. The purpose of this indirect method of combat is either to immobilize the target of terror in order to produce disorientation and/or compliance, or to mobilize secondary targets of demands (e.g., a government) or targets of attention (e.g., public opinion) to changes of attitude or behaviour favouring the short or long-term interests of the users of this method of combat.” (SCHMID, Alex P.; JONGMAN, Albert J. **Political terrorism: A research guide to concepts, theories, data bases and literature.** Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1983. p. 96-99).

⁵⁶ FLETCHER, George P. **El indefinible concepto de terrorismo.** Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2016. (Cuadernos de conferencias y artículos; 52). p. 19.

⁵⁷ DRONES dos EUA matam 2 membros da Al Qaeda no Afeganistão. **Exame**, São Paulo, 20 mar. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/drones-dos-eua-matam-2-membros-da-al-qaeda-no-afeganistao/>>. Acesso em: 11 maio 2018; CHACRA, Gustavo. A justificativa de Obama para seus ataques com drones. **Estadão**, São Paulo, 05 fev. 2013. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/blogs/gustavo-chacra/a-justificativa-de-obama-para-seus-ataques-com-drones/>>. Acesso em: 11 maio 2018.

Talvez a melhor forma de conceber o terrorismo não seja como um delito, mas como uma “dimensão diferente do delito, uma versão maior e mais perigosa do delito, uma espécie de super-delito que incorpora algumas das características da guerra”⁵⁸. É mais fácil perceber esta ideia quando se examina a relação qualitativa entre delito e dano. Por que nem todos os danos são considerados delitos? Por que algumas lesões de direito são compensadas apenas como danos materiais e outras desencadeiam investigação criminal que leva, não raro, a uma pena privativa de liberdade? Robert Nozick⁵⁹ leciona que o dano é uma lesão individual, ao passo que o delito é uma lesão coletiva ou, ao menos, leva medo ao público em geral, daí a necessidade de maior dissuasão. Então, o terrorismo está para o delito como o delito está para o dano. É um superdelito, algo para além de uma série ordinária de ameaças e ações violentas.

Parece que não se logrará atingir uma tipologia de terrorismo, não nos mesmos moldes com que se têm os tipos penais de roubo, estupro ou homicídio⁶⁰. Por outro lado, não há dúvida de que se esteve diante de ataques terroristas no 11/9 nos EUA, no 7/9 no UK, no 11/3 na Espanha ou 11/9 em Mumbai. Se é possível haver consenso sobre casos que, sem dúvida,

⁵⁸ FLETCHER, George P. **El indefinible concepto de terrorismo**. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2016. (Cuadernos de conferencias y artículos; 52). p. 19.

⁵⁹ NOZICK, Robert. **Anarchy, state and utopia**. New Jersey: Blackwell, Oxford UK & Cambridge, 1974. Chapter 4, p. 60-62.

⁶⁰ O US Code contém um capítulo contendo definições em torno de Terrorismo e suas complexidades: “CHAPTER 113B—TERRORISM Sec. 2331. Definitions. 2332. Criminal penalties. 2332a. Use of weapons of mass destruction. 2332b. Acts of terrorism transcending national boundaries. [2332c. Repealed.] 2332d. Financial transactions. 2332e. Requests for military assistance to enforce prohibition in certain emergencies. 2332f. Bombings of places of public use, government facilities, public transportation systems and infrastructure facilities. 2332g. Missile systems designed to destroy aircraft. 2332h. Radiological dispersal devices. 2333. Civil remedies. 2334. Jurisdiction and venue. 2335. Limitation of actions. 2336. Other limitations. 2337. Suits against Government officials. 2338. Exclusive Federal jurisdiction. 2339. Harboring or concealing terrorists. 2339A. Providing material support to terrorists. 2339B. Providing material support or resources to designated foreign terrorist organizations. 2339C. Prohibitions against the financing of terrorism. 2339D. Receiving military-type training from a foreign terrorist organization. §2331. Definitions As used in this chapter— (1) the term “international terrorism” means activities that— (A) involve violent acts or acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State, or that would be a criminal violation if committed within the jurisdiction of the United States or of any State; (B) appear to be intended— (i) to intimidate or coerce a civilian population; (ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or (iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and (C) occur primarily outside the territorial jurisdiction of the United States, or transcend national boundaries in terms of the means by which they are accomplished, the persons they appear intended to intimidate or coerce, or the locale in which their perpetrators operate or seek asylum; (2) the term “national of the United States” has the meaning given such term in section 101(a)(22) of the Immigration and Nationality Act; (3) the term “person” means any individual or entity capable of holding a legal or beneficial interest in property; (4) the term “act of war” means any act occurring in the course of— (A) declared war; (B) armed conflict, whether or not war has been declared, between two or more nations; or (C) armed conflict between military forces of any origin; and (5) the term “domestic terrorism” means activities that— (A) involve acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State; (B) appear to be intended— (i) to intimidate or coerce a civilian population; (ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or (iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and (C) occur primarily within the territorial jurisdiction of the United States.” (UNITED STATES. **US Code 2011**. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title18/pdf/USCODE-2011-title18.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018).

representam ataques terroristas, talvez seja útil delimitar as fronteiras do terrorismo como narrativa efetivamente utilizada e sobre o que se está de acordo, no íntimo da intuição de cada ser, sobre o consenso acerca dos ataques às Torres Gêmeas, dos bombardeios suicidas em Israel ou da simples explosão de trens de passageiros. Encontrar essa narrativa precede a tarefa dos legisladores, é tarefa da academia.

Retornando à tabela de Schmid e Jongman e a seu estudo, eles apontam que, em média, os autores usam oito categorias para definir terrorismo. Para que se tenha uma ideia, a definição de Hoffmann contém cinco categorias, enquanto a de Schmid e Jongman, treze.⁶¹

Nesse sentido, é possível estabelecer oito componentes ou oito variáveis que integram as definições de terrorismo e devem ser consideradas: violência, intenção desejada, vítimas, perpetradores, motivos, organização, elemento teatral e ausência de culpa⁶².

a) Violência

O terrorismo tem como premissa o ataque aleatório e violento à vida, à segurança, à liberdade e ao patrimônio das pessoas. Cogita-se, aqui, dos tipos penais de homicídio, sequestro, extorsão e violações físicas e psicológicas. Evidentemente essa violência deve sempre ser ilegal. Caso o uso da força seja justificado como legítima defesa, estará excluído o terrorismo. Embora seja possível eleger alvos, uma das características da violência praticada pelo terror é o uso de meios capazes de criar perigo comum, coletivo e suficiente para criar um estado de alerta generalizado. Dessa forma, a aleatoriedade é emblemática e, de outro lado, emblemática é a motivação política, o que leva, desde já, à próxima variável, que é algo que vai além do delito praticado⁶³.

b) Intenção desejada

No geral, as definições de terrorismo sempre fazem referência à intenção do agente, perceptível nas expressões “intimidar ou obrigar a população civil ou influenciar as políticas de governo por meio da intimidação ou da coação”. É o que se encontra, por exemplo, na Resolução 1.566 da ONU de 2004, onde consta: *intimidar a una población u obligar a un*

⁶¹ “On the average, authors used eight categories to define terrorism. Hoffman’s definition, cited above, contains five of these elements, while mine contains thirteen of them.” Tradução livre: Em média, os autores usaram oito categorias para definir o terrorismo. A definição de Hoffman, citada acima, contém cinco desses elementos, enquanto o meu contém treze deles. (SCHMID, Alex P.; JONGMAN, Albert J. **Political terrorism**. New York: Routledge, 2017. p. 6).

⁶² FLETCHER, George P. **El indefinible concepto de terrorismo**. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2016. (Cuadernos de conferencias y artículos; 52). p. 21.

⁶³ SANTA RITA TAMÉS, Gilberto. **El delito de organización terrorista: un modelo de derecho penal del enemigo: Analisis desde la perspectiva de la imputación objetiva**. Barcelona: Bosch Editor, 2015. p. 58.

*gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo*⁶⁴. Não há dúvida de que o meio para os terroristas alcançarem um objetivo político é a imposição de terror sobre a população civil. Não há dúvida, também, de que esses propósitos podem ser simbólicos, como o ataque às Torres Gêmeas, em Nova Iorque. Seu propósito era vencer os Estados Unidos e o que ele representa, destruindo o *World Trade Center*. Quando se fala em propósito ou intenção em Direito Penal, se estabelecem estados subjetivos que são empiricamente contingentes, que podem ou não acontecer de fato. O propósito de assaltar um banco é obter dinheiro. Se os assaltantes efetivamente logram seu intento, é uma questão de fato. Este é diferente dos propósitos simbólicos dos homicídios da Al-Qaeda contra os símbolos culturais do Ocidente. Note-se que a intenção desejada com o ato terrorista reside para além dele e dos propósitos simbólicos alcançados com a violência. Se um ataque terrorista leva, de fato, um governo a “fazer ou deixar de fazer alguma coisa” é matéria que ocorre após o ataque e depende de variáveis diversas⁶⁵. O 11 de setembro mudou a política estadunidense em vários aspectos, certamente não como o esperado pelos terroristas, mas os atentados dos trens em Madrid fizeram com que a Espanha retirasse suas tropas do Iraque. Como se pode intuir, o principal problema de atribuir propósito aos ataques terroristas é determinar qual teria sido exatamente esse propósito. Em verdade, o terrorista tem uma tripla intenção. Primeiro a intenção de cometer o crime base, o assassinato, o sequestro, a extorsão, a chantagem, o bombardeio. Subjacente a esta, há a intenção de intimidar e coagir um determinado grupo de pessoas ou pessoa específica a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. E, além disso, há uma motivação maior, política ou ideológica, que objetiva desestabilizar um governo ou derrotar uma religião ou ideologia rival⁶⁶.

⁶⁴ NACIONES UNIDAS. **Resolución 1566 (2004)**. Aprobada por el Consejo de Seguridad em su 5053ª sesión, celebrada el 8 de octubre de 2004. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1566\(2004\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2004.shtml&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1566(2004)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2004.shtml&Lang=S)>. Acesso em: 22 abr. 2018.

⁶⁵ FLETCHER, George P. **El indefinible concepto de terrorismo**. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2016. (Cuadernos de conferencias y artículos; 52). p. 23.

⁶⁶ Weigend. T. The Universal Terrorist. The International Community Grappling with a Definition. “the offender's 'specific' intent accompanying his overt act is what sets a terroristic murder, bombing or assault apart from an 'ordinary' crime of the same kind. Terrorists typically pursue a triple goal: they have 'normal' intent to commit the base crime of murder, bombing, assault, etc.; they intend, further, to intimidate a group or the population as a whole and/or to compel others to take action (e.g. to release political prisoners); and they have ulterior political or ideological motives, e.g. to destabilize the present government or to defeat a rival religion or ideology.” (WEIGEND, Thomas. The universal terrorist: the international community grappling with a definition. **Journal of International Criminal Justice**, v. 4, n. 5, p. 912-932, nov. 2006. p. 912. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj/article/4/5/912/835010>>. Acesso em: 22 abr. 2018).

c) Vítimas

Em geral, as definições de terrorismo enfatizam que as vítimas são pessoas inocentes, escolhidas ao acaso, civis. A Convenção Internacional para Supressão ao Financiamento do Terrorismo (*International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1999, define terrorismo, entre outras coisas, como:

*Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.*⁶⁷

Esse debate entre alvos civis e alvos militares em relação às vítimas de terrorismo e seu possível limitador ou, eventualmente, como forma distintiva é argumento herdado dos crimes de guerra, já que as Convenções de Genebra protegem os civis e os prisioneiros de guerra⁶⁸. Então, por analogia, o terrorismo deveria, também, referir-se a essas pessoas protegidas. Por outro lado, haveria senso comum de que os militares, ao ingressar nas forças armadas, estariam voluntariamente se expondo ao risco de ser mortos, de modo que matá-los não seria tão odioso quanto matar civis que nada fazem para atrair a morte para si.

A ideia de que o terrorismo deveria estar limitado apenas a alvos civis não resiste ao confronto com a realidade (*vide* bombardeio do USS Cole)⁶⁹ e mesmo as resoluções mais recentes da ONU tratam a população inocente, os civis, como mais um alvo dentre muitos. Não é por outra razão que a Resolução 1.566, do Conselho de Segurança da ONU, usa a expressão [...] *los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general* [...] ⁷⁰ (grifo nosso). Percebe-se, da simples redação, que os ditos civis não são o único alvo, incluindo aí os militares.

⁶⁷ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. **Resolución 54/109**. Convenio internacional pra la represión de la financiación del terrorismo. Aprobada por la Asamblea General, 25 de febrero de 2000. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/54/109&Lang=S>. Acesso em: 25 abr. 2018.

⁶⁸ “Artigo 8º. Crimes de Guerra. [...]. 2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crimes de guerra’: a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente.” (BRASIL. Estatuto de Roma. **Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018).

⁶⁹ USS cole bombing fast facts. **CNN Libray**, 20 set. 2017. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2013/09/18/world/meast/uss-cole-bombing-fast-facts/index.html>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

⁷⁰ NACIONES UNIDAS. **Resolución 1566 (2004)**. Aprobada por el Consejo de Seguridad em su 5053ª sesión, celebrada el 8 de octubre de 2004. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1566\(2004\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2004.shtml&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1566(2004)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2004.shtml&Lang=S)>. Acesso em: 22 abr. 2018.

d) Terroristas

O terrorista clássico é um combatente fora da estrutura do comando militar, mas pode ter vínculos (e frequentemente tem) com governos de onde obtém apoio logístico, financeiro, moral e material⁷¹.

Então, o problema que surge é saber se os Estados podem se envolver com o terrorismo, seja diretamente (bombardeando deliberadamente civis) ou indiretamente (financiando aqueles que cometem atentados ou sequestram aviões). Há como responsabilizar os chefes de Estado por esses possíveis crimes? Como bem lembra Fletcher⁷², em nenhuma das definições de terrorismo há algo que exclua os chefes de Estado de praticar o crime. Entretanto, como o autor mesmo sinala, não se vê *gran reticencia para decir que Estados Unidos fue culpable de terrorismo por bombardear Hirosima, Nagasaki y Dresde con 'el propósito de intimidar u obligar a la población'*⁷³. O Direito Penal Internacional tem preferido afastar o crime de terrorismo⁷⁴ por práticas de oficiais de Estado⁷⁵ e entender que se trata de crime de guerra, aplicando o Estatuto de Roma, que possui norma explícita sobre o agir de oficiais e chefes de Estado em seu art. 27⁷⁶.

Dessa forma, ao se falar de terrorista se está tratando de *private terrorism*⁷⁷, aquele ou aquela imagem evocada por um ou mais indivíduos cometendo crimes contra pessoas, propriedades ou instalações com o objetivo de atemorizar a população e desestabilizar a ordem constituída⁷⁸.

O terrorista é agente para quem o anonimato é condição fundamental para o sucesso do atentado, pois, conforme observam Pagliarini e Socorro, a “ocultação da identidade” é requisito básico do terrorismo, de forma que o terrorista pode ser qualquer um, não sendo

⁷¹ FLETCHER, George P. **El indefinible concepto de terrorismo**. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2016. (Cuadernos de conferencias y artículos; 52). p. 27.

⁷² *Ibidem*, p. 28.

⁷³ *Ibidem*, p. 28.

⁷⁴ No mesmo sentido: DERSHOWITZ, Alan M. **Why terrorism works: understanding the threat, responding the challenge**. New Haven: Yale University Press, 2002. p. 4.

⁷⁵ FLETCHER, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁶ “Artigo 27. Irrelevância da Qualidade Oficial. 1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena. 2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.” (BRASIL. Estatuto de Roma. **Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018).

⁷⁷ Expressão usada por Thomas Weigend. (WEIGEND, Thomas. The universal terrorist: the international community grappling with a definition. **Journal of International Criminal Justice**, v. 4, n. 5, p. 912-932, nov. 2006. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj/article/4/5/912/835010>>. Acesso em: 22 apr. 2018).

⁷⁸ Definições mais elaboradas serão examinadas adiante.

prerrogativa ser “branco, negro, católico, grego ou judeu”. Também não é requisito que o terrorista, necessariamente, seja alguém disposto a dar sua vida pela causa eleita. Para alguns, o terrorista é aquela pessoa promotora de atentados, devendo sofrer as penas da lei; “para outros, é um patriota e torna-se mártir de uma causa [...]”⁷⁹. Dessa forma, os autores identificam duas classes de terroristas: (a) os praticantes do terror de coação — aqueles que se dispõem a matar por uma causa “seja ela qual for”; e (b) os praticantes do terror de agitação — aqueles que têm objetivos de cunho mais político, como o visto em revoltas contra sistemas de governo ou questões de Estado⁸⁰.

Os terroristas contemporâneos, na verdade, não possuem “endereço de retorno”⁸¹. São grupos não oficiais, podem ser homens, mulheres, adolescentes ou até crianças que, realizada a ação, misturam-se à população e voltam a ser as pessoas comuns, fazendo com que qualquer medida de retaliação ou prevenção pareça “punição coletiva” a toda a comunidade⁸².

e) Motivo ou causa

Um dos assuntos mais controvertidos em matéria de terrorismo é a sua motivação e vem capitulado pelo conhecido *slogan* “o terrorista de uns é o libertador de outros”⁸³.

Hoje, no mundo, a visão amplamente dominante é que nenhuma causa é justificadora do terrorismo, por mais justa que possa ser ou parecer. Por outro lado, aqueles que optam pelo terrorismo sempre acreditam que estão justificados e que sua causa é justa⁸⁴. Atualmente, nenhum norte-americano estaria inclinado a considerar a *Boston Tea Party*⁸⁵ como um ato de terrorismo contra a propriedade britânica, ou as táticas de terra queimada do General Sherman durante a Guerra Civil americana, que, entre outras coisas, determinou que a cidade de Atlanta fosse incendiada⁸⁶. Contudo, não há dúvida de que esses fatos históricos preencheriam o escrutínio de ataques terroristas, assim como o bombardeio do Hotel King David em Israel,

⁷⁹ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SOCORRO, Tatiana de Carvalho. O terror e seus efeitos contra os direitos humanos: estudo interdisciplinar. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, p. 93-111, jan./mar. 2015. p. 107.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 107.

⁸¹ DERSHOWITZ, Alan M. **Why terrorism works**: understanding the threat, responding the challenge. New Haven: Yale University Press, 2002. p. 4.

⁸² *Ibidem*, p. 4.

⁸³ GOLDIE, L. F. E. Profile of a terrorist: distinguishing freedom fighters from terrorists. **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, v. 14, n. 2, p. 125-140, Winter 1987. Disponível em: <<https://surface.syr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1245&context=jilc>>. Acesso em: 14 maio 2018.

⁸⁴ FLETCHER, George P. **El indefinible concepto de terrorismo**. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2016. (Cuadernos de conferencias y artículos; 52). p. 30.

⁸⁵ BARBOSA, Mónica. **Boston Tea Party**: o primeiro passo para Revolução Americana. 2016. Disponível em: <<https://www.anforadearomas.pt/boston-tea-party-o-primeiro-passo-para-a-revolucao-americana/>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

⁸⁶ BATALHA de Atlanta. In: **Wikipedia, a Enciclopédia Livre**, 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Batalha_de_Atlanta>. Acesso em: 30 abr. 2018.

promovido pelo Irgum para libertar a Palestina dos britânicos⁸⁷. Ainda, podem-se citar os bombardeios suicidas, os ataques a faca ou os atropelamentos aleatórios em Israel, todos realizados como forma de “resistir à ocupação”⁸⁸.

A reprovação generalizada ao terrorismo, em especial pela política internacional, deveria colocá-lo em patamar análogo ao da tortura, que se tornou absoluto tabu. Claro que sempre haverá algum utilitarista que possa invocar alguma razão de segurança limite para justificar o uso da tortura, porém, não obstante, ela causa repugnância. Não há dúvida de que se está muito melhor lutando contra essa tentação, quer seja de tortura, quer seja de terrorismo, mesmo que se possa imaginar um fim potencialmente desejável ou justificável⁸⁹.

Não é por outra razão que as Nações Unidas, por intermédio do Conselho de Segurança, ao editar a Resolução 1.566 de 2004, deixa claro que nenhum motivo pode justificar o terrorismo: “Condema nos termos mais veementes todos os atos de terrorismo, independentemente da sua motivação, sempre e por quem quer que seja, como uma das mais graves ameaças à paz e à segurança”⁹⁰. Mais adiante, na mesma Resolução, explicita que o terrorismo não é “[...] justificável sob nenhuma circunstância e sob considerações de ordem política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa, ou outra de natureza similar [...]”⁹¹.

f) Organização

No dia 4 de julho de 2002, coincidência ou não, dia nacional dos Estados Unidos da América, no aeroporto internacional de Los Angeles, um egípcio abriu fogo contra passageiros que aguardavam na fila para fazer o *check in* na companhia aérea israelense El Al. O episódio matou duas pessoas e feriu outras cinco, sendo o atirador morto no local por um policial que reagiu ao fato. O homem em questão possuía duas *driver’s licenses*, uma com o

⁸⁷ ALTMAN, Max. Hoje na história: 1946 — Hotel King David, em Jerusalém, é alvo de ataque terrorista. **Oriente Mídia**, 22 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.orientemidia.org/hoje-na-historia-1946-hotel-king-david-em-jerusalem-e-alvo-de-ataque-terrorista/>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

⁸⁸ ATAQUES em Jerusalém deixam mortos e feridos. **G1 Mundo**, 13 out. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/10/ataques-em-jerusalem-deixam-mortos-e-feridos.html>>. Acesso em: 30 abr. 2018; ISRAEL vela vítimas de ataque contra soldados em Jerusalém. **O Globo**, Rio de Janeiro, 9 jan. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/israel-vela-vitimas-de-ataque-contra-soldados-em-jerusalem-20747496>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

⁸⁹ FLETCHER, George P. **El indefinible concepto de terrorismo**. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2016. (Cuadernos de conferencias y artículos; 52). p. 30.

⁹⁰ Tradução livre de: “Condemns in the strongest terms all acts of terrorism irrespective of their motivation, whenever and by whomsoever committed, as one of the most serious threats to peace and security”. (NACIONES UNIDAS. Consejo de Seguridad. **Resolución 1.566 (2004)**. Aprobada por el Consejo de Seguridad em su 5.053ª sesión, celebrada el 8 de octubre de 2004. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1566\(2004\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2004.shtml&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1566(2004)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2004.shtml&Lang=S)>. Acesso em: 22 abr. 2018).

⁹¹ Tradução livre de: “[...] are under no circumstances justifiable by considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or other similar nature, [...]” (*Ibidem*).

nome de Hesham Mohamed Hadayet e outra com o nome de Hesham Mohamed Ali. O fato do autor dos disparos ser egípcio, de origem árabe e religião muçulmana, logo levou a associações com atos terroristas. Ao revistar o apartamento do suspeito, o FBI encontrou o seguinte bilhete: *Read the Coran!*⁹².

Contudo, o FBI teve imensa dificuldade em determinar se esse era um caso simples de homicídio, portanto sujeito às leis da Califórnia, ou se se tratava de um atentado terrorista, sujeito à lei federal. A principal dificuldade foi concluir se Hesham teria atuado sozinho ou como agente de uma organização, como parte de uma conspiração para atacar civis usuários da companhia aérea de Israel, ponto sobre o qual oficiais americanos e israelenses discordaram⁹³. Ao fim das investigações, o FBI concluiu que o fato tratou-se de um atentado terrorista, embora tivesse descartado qualquer vínculo do autor com organizações terroristas⁹⁴.

A explosão causada por Timothy MacVeigh⁹⁵, em Oklahoma, também demandou extensas investigações para determinar se ele fazia, ou não, parte de uma organização terrorista e, antes disso, houve a investigação a respeito de Ted Kaczynski, mais conhecido

⁹² WEISS, Kenneth R.; LANDSBERG, Mitchell. Gunman kills two at Lax: FBI identifies shooter as egyptian-born resident of Irvine. **Los Angeles Times**, 5 July 2002. Disponível em: <<http://articles.latimes.com/2002/jul/05/local/me-laxshoot5>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

⁹³ Federal, law enforcement and city officials said it appeared the shooting was an isolated incident, with nothing to suggest otherwise. “There is no indication of any terrorism connection in this matter right now, but again we also can’t discount that until we know more,” McLaughlin told reporters. Los Angeles Mayor James Hahn added: “It appears this was an isolated incident.” A Bush administration source concurred with that statement, adding that nothing suggested it was anything other than a criminal act. Israeli officials view the incident differently. “Though there is no clear-cut evidence that this gunman is related to a terror organization, it’s the most logical assumption that when someone opens fire on an El Al counter in an international airport, most likely this is a terror attack,” said Ephraim Sneh, Israeli transportation minister. “We have warnings that these terrorist organizations [will] try to hit Israeli and Jewish targets all over world so we have no reason to assume that this is something different than a terrorist attack,” Sneh said. (HADAYET, Hesham Mohamed. Los Angeles airport shooting kills 3. **CNN.com**, 5 Jul. 2002. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2002/US/07/04/la.airport.shooting/>>. Acesso em: 30 abr. 2018).

⁹⁴ Less than a year after 9/11, on the fourth of July (his birthday) a 52-year old legal immigrant from Egypt who had grievances about the treatment of Palestinians by Israel, walked into the Los Angeles airport, reached the El Al counter, and fired with two pistols, killing two. He was then gunned down and killed by an El Al security guard. The attack occurred at a time when, as Jane Meyer puts it, that “the only certainty shared by virtually the entire American intelligence community was that a second wave of even more devastating terrorist attacks on America was imminent.”¹ The Los Angeles attack scarcely fit that frame, and it was initially labeled a hate crime rather than terrorism. Supporting this judgment was the fact, that there was, as Zachary Zaerr notes, “no network to trace, no manifesto to discover, no understandable method to the madness.” The man generally seemed well-adjusted and did not appear to be terribly ideological or religious. He was having difficulties in his business, and may have been emotionally depressed. Months later, both the FBI and the Department of Justice decided, however, that the attack did indeed “fit the definition of terrorism” particularly because the shooter bypassed so many other ticket counters to target El Al. (MUELLER, John. **Case 4: El Al at LAX**. 16 Jan. 2014. Disponível em: <<https://politicalscience.osu.edu/faculty/jmueller/04LAX7.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018).

⁹⁵ Timothy McVeigh, in full Timothy James McVeigh, (born April 23, 1968, Pendleton, New York, U.S.—died June 11, 2001, Terre Haute, Indiana), American militant who carried out the Oklahoma City bombing on April 19, 1995. The explosion, which killed 168 people, was the deadliest terrorist incident on U.S. soil, until the September 11 attacks in 2001. (TIMOTHY McVeigh: american militant. *In*: ENCYCLOPAEDIA Britannica, 2018. Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/Timothy-McVeigh>>. Acesso em: 30 abr. 2018).

como *Unabomber*⁹⁶. Aqui é necessário fazer as perguntas: por que é tão importante saber se o terrorista pertence a alguma organização? E, se pertence, que vínculo o une a essa organização? O vínculo pode ser político, como do grupo Baader-Meinhof da Alemanha ou do Exército Republicano Irlandês na Irlanda do Norte; pode ser étnico e político, como Euskadi Ta Akatasuna (ETA) na Espanha; pode ser religioso, como a Al-Qaeda (A Base); ou ainda pode ser de outra espécie, mas, de novo, por que é crucial a organização?

Segundo a lição de Fletcher⁹⁷, na ação isolada, como nos exemplos de Hesham, MacVeigh e Unabomber, uma vez morto ou preso o indivíduo, a capacidade de aterrorizar se reduz a zero. Por sua vez, a conexão com uma organização multiplica a capacidade de aterrorizar, pois a organização sobrevive para continuar com a ameaça. Por isso a sensação de terror é mais profunda quando se percebe que a ação não é de um agente avulso, de um lobo solitário, mas de um dentre muitos potenciais agentes, organizados e financiados por uma grande estrutura.

A conexão entre o terrorista e a sua organização eleva sobremaneira a capacidade de ação, de causar dano e, conseqüentemente, de aterrorizar:

Mas a característica fundamental e decisiva do guerrilheiro urbano é que é um homem que luta com armas; dada esta condição, há poucas probabilidades de que possa seguir sua profissão normal por muito tempo ou o referencial da luta de classes, já que é inevitável e esperado necessariamente, o conflito armado do guerrilheiro urbano contra os objetivos essenciais:

- a. A exterminação física dos chefes e assistentes das forças armadas e da polícia.
- b. A expropriação dos recursos do governo e daqueles que pertencem aos grandes capitalistas, latifundiários, e imperialistas, com pequenas expropriações usadas para

⁹⁶ In 1978, Ted Kaczynski sent a homemade bomb to Northwestern University. The campus security officer who opened it, Terry Maker, sustained minor cuts and burns when the bomb exploded. This was the start of Kaczynski's 17-year spree of attacks using homemade bombs. Targets included American Airlines Flight 444 in 1979, the President of United Airlines, Percy Wood, in 1980, the University of Utah in 1981, Janet Smith, a secretary at Vanderbilt University in 1982, Diogenes Angelakos, an engineering professor at the University of California at Berkeley in 1982, John Hauser, a graduate student at the University of California at Berkeley in 1985, Boeing Company in 1985, as well as James V. McConnell, psychology professor, and Nicklaus Suino, research assistant, both at the University of Michigan in 1985. Kaczynski's first known murder victim was computer store owner, Hugh Scrutton, who was killed outside his shop in 1985. Another computer store owner, Gary Wright, was severely injured by a bomb in Utah in 1987 as were California geneticist, Charles Epstein, and Yale University computer science professor, David Gelernter, both in 1993. Kaczynski's final two murder victims were advertising executive, Thomas J. Mosser, in New Jersey in 1994 and timber industry lobbyist, Gilbert Brent Murray, in California in 1995. In total, the FBI tracked 16 bombs created by Kaczynski that resulted in 23 injured victims and 3 deaths. Only two bombs were identified and diffused prior to explosion. (WORTHEN, Meredith. *The Unabomber: 20 years later. Biography*, 18 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.biography.com/news/unabomber-ted-kaczynski-today>>. Acesso em: 30 abr. 2018).

⁹⁷ FLETCHER, George P. *El indefinible concepto de terrorismo*. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2016. (Cuadernos de conferencias y artículos; 52). p. 34.

o mantimento do guerrilheiro urbano individual e grandes expropriações para o sustento da mesma revolução⁹⁸.

A organização exige, paulatinamente, do seu membro, do seu soldado, do seu adepto, compromissos e comprometimentos, ao passo que vai dando a conhecer ao público em geral seus objetivos e que o terror é um dos seus métodos.

Deve ser evidente para vocês a partir dessa discussão que o objetivo da jihad islâmica é eliminar um sistema de governo não-islâmico e estabelecer em seu lugar um sistema de estado islâmico. O Islã não pretende limitar essa revolução a um único Estado ou a poucos países; o objetivo do Islã é provocar uma revolução universal (Syed Abdul Ala Maududi)⁹⁹.

O terrorismo organizado dá ideia de permanência, de continuidade, de perenidade no combate e na luta que se trava, conforme pode ser observado na lição de Bakunin em seu Catecismo Revolucionário:

XVIII. Os Operários, no próprio interesse de sua emancipação econômica, radical e completa, deverão exigir a abolição completa e definitiva do estado com todas as instituições do Estado.

Nota 1. O que é o Estado? É a organização histórica dos princípios da autoridade e da tutela divinas e humanas, exercidas sobre as massas populares, seja em nome de uma religião qualquer, seja em nome da inteligência exclusiva e privilegiada de várias classes de proprietários, em detrimento dos milhões de trabalhadores dos quais elas exploram o trabalho associado e forçado. - A conquista, base do direito da propriedade individualmente hereditária, foi por isso mesmo aquela de todos os Estados. - A exploração legalizada do trabalho das massas em proveito de uma certa quantidade de proprietários — fictícios em sua maioria, e só um pequeno número de reais — sancionada pela igreja em nome de uma suposta Divindade, e que se fez sempre tomar o partido dos mais fortes ou dos mais astutos — chama-se direito. O desenvolvimento da riqueza, do conforto, do luxo e da inteligência refinada e desnaturada das classes privilegiadas — desenvolvimento tendo por base necessária a miséria e a ignorância da imensa maioria das populações — chama-se civilização; e a organização, a garantia de todo esse conjunto de iniquidades históricas chama-se Estado.

Portanto, os operários devem querer a destruição do Estado.¹⁰⁰

⁹⁸ MARIGHELLA, Carlos. **Manual do guerrilheiro urbano**. 1969. p. 7. Disponível em: <<https://www.documentosrevelados.com.br/wp-content/uploads/2015/08/carlos-marighella-manual-do-guerrilheiro-urbano.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

⁹⁹ Tradução livre de: “Jihad In Islam. A World Revolution. ‘It must be evident to you from this discussion that the objective of the Islamic jihad is to eliminate the rule of a non-Islamic system and stablish in its stead an Islamic system state rule. Islam does not intend to confine this revolution to a single State or a few countries; the aim of Islam is to bring about a universal revolution’.” (LAQUEUR, Walter. **Voices of Terror: Manifestos, writings, and manuals of Al Qaeda, Hamas, and other terrorists from around the world and throughout the ages**. Illinois: Reed Press, 2004. p. 398).

¹⁰⁰ BAKUNIN, Mikhail. **Catecismo revolucionário**: programa da sociedade da revolução internacional. São Paulo: Editora Imaginário, 2009. Disponível em: <<https://we.riseup.net/assets/191933/Catecismo%20revolucionario.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

De todas as amarras organizacionais que se pode pensar (políticas, nacionalistas, ideológicas), historicamente, nenhuma delas tem se mostrado mais acentuada do que a religiosa. Os grandes movimentos religiosos acentuam o laço de fraternidade e de união da organização, no sentimento de transcendência, que faz o homem “ligado ao céu e a terra”¹⁰¹ e conecta seus irmãos a um mesmo propósito, a uma mesma “necessidade de realização terrena”¹⁰².

Em nome de Allah, o misericordioso e compassivo

APRESENTAÇÃO

Para aqueles campeões que declararam a verdade dia e noite ... E escreveram com seu sangue e sofrimentos estas frases ...

O confronto que pedimos com os regimes apóstatas não conhece os debates socráticos ... os ideais platônicos ... nem a diplomacia aristotélica. Mas conhece o diálogo de balas, os ideais de assassinato, bombardeio e destruição, e a diplomacia do canhão e da metralhadora.

Os governos islâmicos nunca foram e nunca serão estabelecidos como sempre foram:

por caneta e arma;

por palavra e bala; e

pela língua e dentes¹⁰³.

Por esse motivo, com essa conexão espiritual e o quanto se pode projetar um número indefinido de seguidores de uma determinada organização terrorista, a insegurança ganha proporções de mesma dimensão. Para que se possa imaginar a dimensão, a extensão e a força do terror organizado, veja-se a publicação encabeçada por Shaykh Usamah Bin-Muhammad Bin-Ladin, mais conhecido como Osama Bin Laden, no extenso documento que conclama a jihad, contra judeus e cruzados:

Com base nisso, e de acordo com a ordem de Allah, nós emitimos a seguinte fatwa para todos os muçulmanos:

A determinação para matar americanos e seus aliados — civis e militares — é um dever individual de todo muçulmano que possa realizá-lo e esteja em qualquer país em que seja possível fazê-lo, a fim de libertar a mesquita de al-Aqsa e a mesquita sagrada [Meca] de suas garras, e para que seus exércitos saiam da terra do Islã, derrotados e incapazes de ameaçar qualquer muçulmano. Isso está de acordo com as palavras do Todo-Poderoso Allah, ‘e lutar contra os pagãos todos juntos, enquanto

¹⁰¹ AZEVEDO, Plauto Faraco. **Limites e justificação do poder do estado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 32.

¹⁰² *Ibidem*, p. 33.

¹⁰³ Tradução livre de: “In the name of Allah, the mercifull and compassionate. PRESENTATION. To those champions who avowed the truth day and night ... And wrote with their blood and sufferings these phrases ... The confrontation that we are calling for with the apostate regimes does not know Socratic debates ... Platonic ideals ... nor Aristotelian diplomacy. But it knows the dialogue of bullets, the ideals of assassination, bombing, and destruction, and the diplomacy of the cannon and machine gun. ... Islamic governments have never and will never be established as they [always] have been: by pen and gun; by word and bullet; and by tongue and teeth.” (LAQUEUR, Walter. **Voices of Terror**: Manifestos, writings, and manuals of Al Qaeda, Hamas, and other terrorists from around the world and throughout the ages. Illinois: Reed Press, 2004. p. 403).

lutam contra todos vocês juntos’, e combatê-los até que não haja mais tumulto ou opressão e prevaleça a justiça e a fé em Alá.¹⁰⁴

g) Elemento teatral; propaganda pela ação

Em 1976, Brian Jenkins afirmou que o terrorismo é teatro¹⁰⁵. O terrorismo, para ser efetivo, sempre é um evento dramático, inesperado, surpreendente com grande capacidade de impacto e choque.

Segundo a lição de Walter Laqueur¹⁰⁶, o conceito de propaganda pelo ato remonta a Carlo Pisacane, herói do Risorgimento¹⁰⁷, que teria escrito que “a propaganda da ideia é uma quimera e que as ideias resultam de ações”. Seria dele, igualmente, a expressão “o uso da baioneta em Milão produziu uma propaganda mais eficaz do que mil livros”¹⁰⁸. Seja como for, em 1876, a propaganda pela ação é anunciada em manifesto dos anarquistas italianos, Malatesta e Cafiero. Nessa oportunidade eles deram a conhecer ao mundo que a Federação Anarquista Italiana acreditava que:

O fato insurrecional destinado a afirmar os princípios socialistas pela ação é o meio mais eficaz de propaganda e o único que, sem enganar e corromper as massas, pode penetrar nas camadas sociais mais profundas e atrair as forças vivas da humanidade para a luta sustentada pela Internacional.¹⁰⁹

Em 1881, durante o Congresso Anarquista Internacional ocorrido em Londres, o conceito de propaganda pela ação já era predominante. Conforme observa Laqueur¹¹⁰, Ganz, um dos delegados anarquistas presentes no Congresso, insistia no estudo da química e de novas tecnologias como meio de fornecer conhecimento para fabricação de novas e mortíferas

¹⁰⁴ Tradução livre de: “On that basis, and in compliance with Allah’s order, we issue the following fatwa to all Muslims: The rulling to kill Americans and their allies — civilians and military — is an individual duty for every Muslim who can do it in any country in which it is possible to do it, in order to liberate the al-Aqsa Mosque and the holy Mosque [Mecca] from their grip, and in order for their armies to move out of the land of Islam, defeated and unable to threatean any Muslim. This is an accordance with the word as of Almighty Allah, “and fight the pagans all together as they fight you all together,” and fight them until there there is no more tumult or oppression, and there prevail justice and faith in Allah.” (LAQUEUR, Walter. **Voices of Terror**: Manifestos, writings, and manuals of Al Qaeda, Hamas, and other terrorists from around the world and throughout the ages. Illinois: Reed Press, 2004. p. 411-412).

¹⁰⁵ JENKINS, Brian. **International Terrorism**: A New Mode of Conflict, Research Paper n.º 48. California Seminar on Arms Control And Foreing policy, Crescent Publications, 1976.

¹⁰⁶ LAQUEUR, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁷ RISORGIMENTO. In: ENCYCLOPAEDI Briannica, 2018. Disponível em: <<https://www.britannica.com/event/Risorgimento>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

¹⁰⁸ CARLO Pisacane: Biografia. Disponível em: <https://www.lua.ovh/mundo/pt/Carlo_Pisacane>. Acesso em: 28 abr. 2018.

¹⁰⁹ Tradução livre de: “The insurrectional fact destined to affirm socilist principles by deeds is the most effective means of propaganda and the only one wich, without tricking and corrupting the masses, can penetrate the deepest social layers and draw the living forces of humanity into the struggle sustained by the Internacional.” (LAQUEUR, Walter. **A history of terrorism**. New Jersey: Transaction Publishers, 2016. p. 49).

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 51.

armas para facilitar a luta “contra os opressores”¹¹¹. Tanto que o Congresso editou resolução reconhecendo os serviços já prestados pelas técnicas e ciências químicas em favor da causa revolucionária, recomendando que, no futuro, “associações afiliadas e indivíduos devem dedicar-se ao estudo dessas ciências”¹¹². Tal sugestão tinha por base a convicção de que uma conflagração estava próxima: “A propaganda pela ação tinha que reforçar a propaganda oral e escrita e despertar o espírito das massas, embora ainda existissem ilusões sobre a eficácia dos métodos legais”¹¹³.

A lógica terrorista da propaganda pela ação é plenamente identificável na reprodução da lógica da *Le Revolte*, assinalada por Laqueur:

O governo se esforçaria para defender-se intensificando sua opressão, mas outras ações seriam então cometidas por uma ou mais pessoas, conduzindo assim os revolucionários a atos cada vez mais heróicos. Um ato traria outro, mais e mais pessoas se uniriam à luta e o governo perderia sua unidade e autoconfiança. Qualquer concessão que fizesse chegaria tarde demais e, eventualmente, uma revolução geral ocorreria¹¹⁴.

Embora o trecho citado seja de 1880, a mensagem pouco difere do objetivo contido no *Manual do Guerrilheiro Urbano*, de Carlos Marighella:

O governo não tem alternativa exceto intensificar sua repressão. A rede da polícia, as buscas em casas, a prisão de pessoas inocentes e de suspeitos, ou fechar as ruas, e fazer a cidade insuportável. A ditadura militar embarca na perseguição política. Os assassinatos políticos e o terror policial se fazem rotina.

Apesar de tudo isto, a polícia sistematicamente perde. As forças armadas, a marinha e a força aérea são mobilizadas para executar as funções policiais rotineiras. Ainda assim não encontram uma forma de deter as operações da guerrilha, nem tampouco de acabar com a organização revolucionária com seus grupos fragmentados que se movem e operam através do território nacional contagiosa e persistentemente.

As pessoas se recusam a colaborar com as autoridades, e o sentimento geral é o de que o governo é injusto, incapaz de resolver problemas, e recorre somente a liquidação de seus oponentes.

A situação política no país é transformada numa situação militar na qual os militares aparentam ser mais e mais responsáveis pelos erros e a violência, enquanto que os problemas das vidas das pessoas se fazem verdadeiramente catastróficos.¹¹⁵

¹¹¹ LAQUEUR, Walter. **A history of terrorism**. New Jersey: Transaction Publishers, 2016. p. 51.

¹¹² *Ibidem*, p. 51.

¹¹³ Tradução livre de: “[...] propaganda by deed had to reinforce oral and written propaganda and arouse the spirit of the masses insofar illusions still existed about the effectiveness of legal methods.” (*Ibidem*, p. 51).

¹¹⁴ Tradução livre de: “The government would endeavor to defend itself by intensifying its oppression, but further deeds would then be committed by one or more persons thus driving the revolutionaries to ever more heroic acts. One deed would bring forth another, more and more people would join the struggle and the government would lose its unity and self-confidence. Any concessions it might make would come too late, and eventually a general revolution would take place.” (*Ibidem*, p. 50).

¹¹⁵ MARIGHELLA, Carlos. **Manual do guerrilheiro urbano**. 1969. p. 57-58. Disponível em: <<https://www.documentosrevelados.com.br/wp-content/uploads/2015/08/carlos-marighella-manual-do-guerrilheiro-urbano.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

Em ambas as citações fica claro que o propósito e a intenção terroristas é constranger e obrigar o governo a reagir e coagir o povo, de forma injusta, como forma de propaganda da sua causa.

h) Ausência de culpa ou remorso

Para o sucesso do terror, é imprescindível incutir no público o medo da repetição dos atos terroristas, seja através do mesmo agente, como no caso do *Unabomber*, seja através da organização criminosa comprometida com a mesma causa. Também é imprescindível a percepção pública de que o terrorista atua sem hesitação, sem qualquer sentimento de culpa ou remorso¹¹⁶.

A ausência de culpa ou de remorso flui de diversas fontes, mas, principalmente, pelo convencimento de que se está fazendo o correto, o adequado, o justo, como mostra Nechaev¹¹⁷:

Nas profundezas de seu ser, não apenas em palavras, mas também em ações, ele quebrou todos os laços com a ordem civil e todo o mundo aculturado, com todas as suas leis, propriedades, convenções sociais e suas regras éticas. Ele é um inimigo implacável deste mundo, e se eu continuar a viver nele, isso é apenas para destruí-lo de forma mais eficaz¹¹⁸.

Em mais um exemplo de o quanto é forte a convicção do agir terrorista, o Hamas considera todos os judeus como intrusos em terras palestinas. Aliás, a rigor, pelo Hamas, todo o não muçulmano é considerado intruso:

O Hamas considera parte e parcela da fé religiosa. Nada é mais alto ou mais profundo no nacionalismo do que fazer jihad contra o inimigo que o confronta quando põe os pés na terra dos muçulmanos. E isso se torna um dever individual vinculado a todo homem e mulher muçulmanos; uma mulher deve sair e lutar contra o inimigo, mesmo sem a autorização do marido, e um escravo sem a permissão de seu mestre¹¹⁹.

¹¹⁶ FLETCHER, George P. **El indefinible concepto de terrorismo**. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2016. (Cuadernos de conferencias y artículos; 52). p. 37.

¹¹⁷ SERGEY Gennadiyevich Nechayev: Russian revolutionary. In: **Enciclopedia Britannica**, 2018. Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/Sergey-Gennadiyevich-Nechayev>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

¹¹⁸ “In the very depths of his being, not only in words but also in deeds, he has broken every tie with the civil order and the entire cultured world, with all its laws, proprieties, social conventions, and its ethical rules. He is an implacable enemy of this world, and if he continues to live in it, that is only to destroy it more effectively.” (NECHAEV, Sergey. *Catechism of The Revolucionist* (1869). In: LAQUEUR, Walter. **Voices of Terror: Manifestos, writings, and manuals of Al Qaeda, Hamas, and other terrorists from around the world and throughout the ages**. Illinois: Reed Press, 2004. p. 71).

¹¹⁹ Tradução livre de: “Hamas regards as part and parcel of the religious faith. Nothing is loftier or deeper in Nationalism than waging jihad against the enemy that confronting him when how sets foot on the land of the Muslims. And this becomes an individual duty binding on every Muslim man and woman; a woman must go

Se a ausência de remorso é uma característica do terrorismo, o terrorismo religioso parece potencializar esse efeito, uma vez que seu agir está conectado a uma ordem divina. Tal ausência de remorso pode ser verificada na maioria dos casos ligados ao Islã, como expresso no caso de Yigal Amir¹²⁰, assassino do Primeiro Ministro Yitzhak Rabin. O mesmo se verifica nos movimentos *pro-life* nos Estados Unidos, que se sentiam autorizados a bombardear clínicas de aborto¹²¹. A verdade é que “fazer o trabalho de Deus é suficiente para aplacar qualquer sentimento de remorso que se possa ter por matar inocentes”¹²².

Depois de identificadas as oito variáveis mais presentes nas definições de terrorismo, persiste a falta de consenso acerca do tema, mesmo se tratando de agências de governo de um mesmo país. Como exemplo de discrepância, se aponta o fato de que, enquanto agência de estratégia nacional de segurança dos Estados Unidos da América afirma que “o inimigo é o terrorismo — violência premeditada, politicamente motivada e perpetrada contra inocentes”¹²³, o Departamento de Defesa americano define terrorismo como “o uso deliberado de violência ilegal para imprimir temor, com a intenção de coagir ou intimidar governos ou sociedades na intenção de atingir objetivos que são geralmente políticos, ideológicos ou religiosos”¹²⁴.

Contudo, o que se pode afirmar é que o terrorismo “geralmente envolve violência física ou psicológica contra alvos não combatentes, selecionados ou aleatórios. É uma forma instrumental de impor medo sobre um povo, um governo ou um Estado”¹²⁵. Por outro lado, o terrorismo é sempre, e antes de tudo, um fenômeno social de resistência violenta ao Estado ou aos interesses do Estado, pois os objetivos políticos são precisamente o seu significado. Nesse

out and fight the enemy even without her husband's authorization, and a slave without his master's permission.” (HAMAS in Palestine: its views on homeland and nationalism. *In*: LAQUEUR, Walter. **Voices of Terror: Manifestos, writings, and manuals of Al Qaeda, Hamas, and other terrorists from around the world and throughout the ages.** Illinois: Reed Press, 2004. Article Twelve. p. 431).

¹²⁰ YIGAL Amirs family expresses no regret over rabin murder. **The Times of Israel**, 24 out. 2014. Disponível em: <<https://www.timesofisrael.com/yigal-amirs-family-expresses-no-regret-over-rabin-murder/>>. Acesso em: 5 maio 2018.

¹²¹ WORLD: Americas violence and the pro-life campaign. **BBC News**, 25 out. 1998. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/200848.stm>>. Acesso em: 5 maio 2018.

¹²² FLETCHER, George P. **El indefinible concepto de terrorismo.** Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2016. (Cuadernos de conferencias y artículos; 52). p. 36.

¹²³ Tradução livre de: “The enemy is terrorism — premeditated, politically motivated violence perpetrated against innocents”. (UNITED STATES. **The national security strategy.** Washington, DC, 2002. Disponível em: <<http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2018).

¹²⁴ Tradução livre de: “Calculated use of unlawful violence to inculcate fear; intended to coerce or intimidate governments or societies in pursuit of goals that are generally political, religious, or ideological.” (*Ibidem*).

¹²⁵ GALITO, Maria Souza. **Terrorismo conceptualização do fenômeno.** Lisboa: Instituto Superior de Economia e Gestão, 2013. Disponível em: <https://pascal.iseg.ulisboa.pt/~cesa/files/Doc_trabalho/WP117.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

sentido, a definição de terrorismo oferecida por Männik parece ser a mais completa e a que melhor descreve o fenômeno com todas as suas peculiaridades:

Terrorismo é um método para inspirar ansiedade por repetidas ações violentas aplicadas por atores individuais semiclandestinos, por grupos ou Estados, por razões idiossincráticas, criminais ou políticas, através das quais — ao contrário do assassinato — os alvos diretos da violência não são os principais alvos. As vítimas humanas imediatas da violência são geralmente escolhidas aleatoriamente (alvos de oportunidade) ou seletivamente (alvos simbólicos) de uma população selecionada, e servem como geradores de mensagens. É um processo de comunicação baseado em violência e ameaça de violência que se estabelece entre os terroristas (organização) e as vítimas (em perigo), onde a meta principal é manipular o principal alvo (público) transformando-o em um alvo de terror, um alvo de demandas, ou um alvo de atenção, dependendo se o objetivo principal é a intimidação, a coerção, ou a propaganda¹²⁶.

1.4 TIPIIFICAÇÃO DE TERRORISMO

Konrad Hesse, em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg, na Alemanha, afirmou a força normativa da Constituição lecionando que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, vale dizer, a situação por ela regulada pretende concretizar-se no mundo real. Para tal, essa pretensão de eficácia não deve ser afastada das condições históricas de sua realização, uma vez que se encontra em relação de interdependência, determinando regras que não podem ser desprezadas. A pretensão de eficácia da norma jurídica será realizada se levar em conta as condições técnicas, naturais, econômicas e sociais, agregado o substrato espiritual de um determinado povo, suas concepções concretas e a bagagem axiológica que influencia decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas¹²⁷.

Nesse sentido, Hesse esclarece que a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação, tornando-se, assim, a ordem geral

¹²⁶ Tradução livre de: “Terrorism is an anxiety-inspiring method of repeated violent action, employed by (semi-) clandestine individual, group or state actors, for idiosyncratic, criminal or political reasons, whereby — in contrast to assassination — the direct targets of violence are not the main targets. The immediate human victims of violence are generally chosen randomly (targets of opportunity) or selectively (representative or symbolic targets) from a target population, and serve as message generators. Threat- and violence-based communication processes between terrorist (organization), (imperilled) victims, and main targets are used to manipulate the main target (audience(s)), turning it into a target of terror, a target of demands, or a target of attention, depending on whether intimidation, coercion, or propaganda is primarily sought”. (MANNIK, Erik. *Terrorism, its past, present and future prospects*. *Journal Kviõõa toimetised*, v. 21, n. 12, p. 151-171, 2009. p. 154. Disponível em: <http://www.ksk.edu.ee/wp-content/uploads/2011/03/KVUOA_Toimetised_12-M%C3%A4nnik.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2018).

¹²⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 14.

objetiva do complexo de relações da vida¹²⁸. Dessa forma, embora a Constituição não possa por si só realizar nada, ela pode impor tarefas e transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente concretizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. A Constituição será força ativa se se fizer presente na consciência geral — em especial dos responsáveis pela ordem constitucional — não só a vontade de poder, mas, principalmente, a vontade de constituição¹²⁹.

Seguindo a lição de Hesse, havendo mandado constitucional de criminalização, é pacífico na doutrina que o legislador não tem a faculdade de escolher, se omitir ou deixar de agir em determinada matéria penal. Vive-se um modelo de Direito criminal que lança o desafio de garantir as “exigências de proteção dos valores transindividuais e os imperativos de justiça material”¹³⁰. Da mesma forma que as constituições contemporâneas fixam os limites do poder punitivo do Estado, estabelecendo garantias e resguardando prerrogativas individuais, trazem consigo “normas propulsoras do direito penal para novas matérias, de modo a fazê-lo um instrumento de tutela de bens, cujo resguardo se faz indispensável para a consecução dos fins sociais do estado”¹³¹.

São vários os diplomas constitucionais que possuem mandados de criminalização, cada qual governado por razões históricas e políticas. A título de exemplo, a Constituição dos Estados Unidos da América, em seu Art. 1º, seção 8, lista que dentre os poderes do Congresso está o de “Tomar providências para a punição dos falsificadores de títulos públicos e da moeda corrente dos Estados Unidos” e, mais adiante, “Definir e punir atos de pirataria e delitos cometidos em alto mar, e as infrações ao direito das gentes”¹³². Em outro exemplo, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, traz expressa ordem de

¹²⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 18.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 19.

¹³⁰ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 12.

¹³¹ *Ibidem*, p. 12.

¹³² **Article I, “Section 1**, All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives; [...]; **Section 8**, [...] To provide for the Punishment of counterfeiting the Securities and current Coin of the United States; [...] To define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas, and Offences against the Law of Nations;” (UNITED STATES. **Constitution of the United States**. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1>. Acesso em: 17 jul. 2018).

criminalização de atentados à paz e à coexistência pacífica entre os povos, rescaldo do pós-guerra¹³³.

No mesmo sentido, a Constituição Europeia, que vincula vinte e oito (28) países daquele continente, aponta para a necessidade de regramentos mínimos acerca de certos tipos de criminalidade, dentre as quais o terrorismo, o qual reputa como “criminalidade particularmente grave”. Com efeito, o art. III — 271º da Constituição Europeia determina regras mínimas para as infrações penais e suas sanções “em domínios de criminalidade particularmente grave”, as quais nominadamente são os crimes de: “Terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada”¹³⁴.

Como visto, há uma preocupação transnacional na definição de normas penais para o enfrentamento de determinada criminalidade impactante na Comunidade Europeia de nações, o que determinará uma adequação das legislações nacionais e, até mesmo, uma tipificação mínima comum, pois se trata de um mandado de criminalização que vincula os legislativos dos países-membros da Comunidade¹³⁵.

1.4.1 Abordagem penal do terrorismo na Alemanha

No final da década de 1960 do século passado, eram diversos e variados os grupos terroristas que povoavam o espectro de esquerda, fosse a orientação soviética, maoísta,

¹³³ **Artigo 26**, [Garantia da paz] — “Os atos suscetíveis de perturbar a coexistência pacífica entre os povos e praticados com essa intenção, em especial os que tenham por objetivo preparar uma guerra de agressão, são anticonstitucionais. Estes atos estão sujeitos às penas da lei.” (ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradutor Assis Mendonça Berlin: Deutscher Bundestag, 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2018).

¹³⁴ Artigo III-271, “1. A lei-quadro europeia pode estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns. São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada.

Consoante a evolução da criminalidade, o Conselho pode adoptar uma decisão europeia que identifique outros domínios de criminalidade que preencham os critérios referidos no presente número. O Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu.” (COMUNIDADES EUROPEIAS. **Tratado que estabelece uma Constituição para Europa**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2005. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/sites/europa.eu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2018).

¹³⁵ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Terrorismo**: Direito penal constitucional e os limites de criminalização. Curitiba: Juruá, 2017. p. 147.

anarquista, ou qualquer outra que se imagine, “acima de tudo eles acreditavam na primazia da ação”¹³⁶.

Nesse cenário, a ação armada iniciou-se na então Alemanha Ocidental, com a tentativa de incêndio de uma loja de departamentos em Frankfurt (1968); seguindo-se a colocação de diversas bombas em instalações do exército dos Estados Unidos da América e instalações governamentais da República Federativa da Alemanha (1970); assassinato do presidente do Tribunal de Berlim (von Drenkman, 1974) e outras várias operações. No período, destacou-se a atuação do grupo *Rote Armee Fraktion* (RAF), também conhecido por Baader-Meinhof¹³⁷.

Para combater essa atuação, como não poderia deixar de ser, primeiramente foram aplicados os crimes comuns de homicídio, incêndio, sequestro, etc., pois não havia um delito específico de terrorismo para tipificação de tais condutas¹³⁸. A reação legislativa alemã inicia-se em 1971, quando são promulgadas as chamadas “Leis Baader-Meinhof”, que permitiram aos juízes impedir os advogados que guardavam algum vínculo com o grupo terrorista de atuar em seus processos ou em favor de seus interesses, bem como autorizavam o prosseguimento do julgamento ainda que ausente algum dos advogados no Tribunal¹³⁹.

Apesar dessas providências legislativas, os ataques e atentados terroristas não cessaram. Em fevereiro de 1975, ocorre o sequestro do candidato a prefeito de Berlim Ocidental, Peter Lorenz, e, dois meses após, a invasão da embaixada alemã em Estocolmo, com o sequestro do embaixador alemão. Diante de tais acontecimentos, houve nova reação legislativa e, em 18 de agosto de 1976, entrou em vigor o §129a do Capítulo IV do Código Penal Alemão, prevendo diversas formas e modalidades de “fundação de associações terroristas”¹⁴⁰, o qual, após muitas reformas, hoje, apresenta a seguinte redação:

§129a. Fundação de associações terroristas.

(1) Quem funda uma associação, ou dela toma parte como membro, cujos fins ou atividades sejam voltados para a prática:

1. de homicídio qualificado (§211), homicídio simples (§212) ou genocídio (§6 do Código Penal da Humanidade), ou crimes contra a humanidade (§7 do Código Penal da Humanidade) ou de crimes de guerra (§§8, 9, 10, 11 ou 12 do Código Penal da Humanidade), ou

¹³⁶ Tradução livre de: “[...] above all they believed in the primacy of action.” (LAQUEUR, Walter. **A history of terrorism**. New Jersey: Transaction Publishers, 2016. p. 207).

¹³⁷ *Ibidem*, p. 207; Sobre RAF — Rote Armee Fraktion (Baader-Meinhof) ver: LAQUEUR, Walter. **Voices of terror: Manifestos, writings, and manuals of Al Qaeda, Hamas, and other terrorists from around the world and throughout the ages**. Illinois: Reed Press, 2004. p. 166-168.

¹³⁸ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Terrorismo: Direito penal constitucional e os limites de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 238.

¹³⁹ TANGERINO, Davi de Paiva da Costa. Aspectos penais do terrorismo na Alemanha: uma breve introdução. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos (Coord.). **Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 274.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 274.

2. de condutas puníveis contra a liberdade pessoal, nos casos do §239a ou §239b, é punido com pena privativa de liberdade de um ano até dez anos.

(2) É punido da mesma forma quem funda uma associação, cujos fins ou atividades sejam voltados a:

1. provocar danos corporais ou psíquicos graves a outra pessoa, particularmente da natureza dos previstos no §226;
2. praticar condutas puníveis de acordo com os §§303b, 305, 305a, ou condutas puníveis de perigo comum nos casos dos §§306 até 306c ou 307, alíneas 1 a 3, do §308, alíneas 1 a 4, do §309, alíneas 1 a 5, dos §§313, 314 ou 315, alínea 1,
3. praticar condutas puníveis contra o meio ambiente, nos casos do §330a, alíneas 1 a 3,
4. praticar condutas puníveis de acordo com o §19, alíneas 1 a 3, §20, alíneas 1 ou 2, §20a, alíneas 1 a 3, §19, alínea 2, n. 2, ou alínea 3, n. 2, §20, alíneas 1 ou 2, §20a, alíneas 1 a 3, também sempre em conexão com o §21, ou de acordo com o §§22^a, alíneas 1 a 3, da Lei sobre Controle de Armas de Guerra, ou
5. praticar condutas puníveis de acordo com o §51, alíneas 1 a 3 da Lei de Armas se uma das condutas mencionadas nos ns. 1 a 5 é destinada a intimidar a população de forma relevante, a coagir ilícitamente uma repartição pública ou uma organização internacional com violência ou ameaça de violência ou a afastar ou prejudicar seriamente as estruturas políticas, constitucionais, econômicas ou sociais fundamentais de um Estado ou de uma organização internacional, e pela natureza de sua prática ou de suas consequências pode prejudicar significativamente um Estado ou uma organização internacional.

(3) Se os fins ou atividades de uma associação são voltados a ameaçar a prática de alguma das condutas mencionadas nas alíneas 1 e 2, deve ser aplicada pena privativa de liberdade de seis meses até cinco anos.

(4) Se o agente pertence aos chefes ou responsáveis, deve ser aplicada nos casos das alíneas 1 e 2, pena privativa de liberdade não inferior a três anos; nos casos da alínea 3, pena privativa de liberdade de um ano a dez anos.

(5) Quem apoia uma associação dentre as mencionadas nas alíneas 1, 2 ou 3 é punido, nos casos das alíneas 1 ou 2, com pena privativa de liberdade de seis meses até dez anos; nos casos da alínea 3, com pena privativa de liberdade até cinco anos ou com pena pecuniária. Quem recruta membros ou apoiadores para uma organização mencionada na alínea 1 ou na alínea 2, é punido com pena privativa de liberdade de seis meses até cinco anos.

(6) O Tribunal pode minorar a pena, segundo o seu critério (§49, alínea 2), nos casos da alínea 1, 2, 3 e 5, em relação a partícipes, cuja culpa seja diminuta e cuja participação seja de importância apenas secundária.

(7) O §129, alínea 6, é aplicável, no que couber.

(8) A par de uma pena privativa de liberdade de pelo menos seis meses, o Tribunal pode determinar a perda da capacidade para ocupar cargos públicos e da capacidade para obter direitos a partir de eleições públicas (§45, alínea 2).

(9) Nos casos das alíneas 1, 2 e 4, o Tribunal pode determinar o acompanhamento de condutas (§68, alínea 1)¹⁴¹.

Na mesma oportunidade, foi incluído no já existente crime de “não comunicação de delitos planejados” (§138 do Código Penal Alemão) um tipo específico para o §129a:

§138. Falta de comunicação de condutas puníveis planejadas

[...]

(1) Da mesma forma é punido quem, tomando conhecimento de modo crível e em tempo capaz de permitir que a execução ainda possa ser evitada,

1. [...]

¹⁴¹ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Código Penal Alemão**: Tradução, comparação e notas por Nuria Fabris. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 240-241.

2. da intenção ou da execução de uma conduta punível nos termos do §129a., também em conexão com o 129b, alínea 1, primeira e segunda parte, omite a comunicação imediata a uma repartição pública. O §129b, alínea 3, parte 3 a 5 aplica-se no caso do n.º 2, no que couber¹⁴².

Logo após os atentados de 11 de setembro de 2001, ocorridos nos Estados Unidos da América, dando seguimento à reação legislativa de expansão do Direito Penal¹⁴³, não só houve diversos aperfeiçoamentos e ampliações na redação do §129a do Código Penal Alemão, como houve a introdução de um novo tipo penal, dessa feita, tratando da “Constituição de Associações Terroristas no Exterior”, o §129b:

§129b. Associações criminosas ou terroristas no exterior; perda ampliada e confisco.
 (1) Os §§129 e 129a aplicam-se também a associações no exterior. Se a conduta diz respeito a uma associação fora do âmbito dos Estados membros da União Europeia, isto se aplica apenas quando a conduta é praticada mediante uma ação cometida no âmbito de aplicação territorial desta lei ou quando o agente ou a vítima seja alemão ou se encontre no país. Nos casos da segunda parte, a conduta somente pode ser objeto de persecução penal com autorização do Ministério da Justiça. A autorização pode ser concedida para o caso específico, mas também em geral, para a persecução penal de condutas futuras, que se refiram a uma associação específica. Na decisão sobre autorização, o Ministério leva em consideração, se os esforços da associação são voltados contra os valores fundamentais de uma ordenação estatal atenta à dignidade da pessoa humana ou contra a convivência pacífica dos povos e que, mediante ponderação de todas as circunstâncias, se afiguram reprováveis.
 (2) Nos casos dos §§129 e 129a, também sempre que em conexão também com a alínea 1, os §§73 e 74a devem ser aplicados.¹⁴⁴

Note-se que o legislador não definiu o que entende por terrorismo e utiliza-se do conhecido tipo penal de associação criminosa, aqui com penas exacerbadas, aliado a termos vagos ou, ao menos, de pouca precisão — “intimidar a população de forma relevante”¹⁴⁵ ou ainda “quem apoia uma associação”¹⁴⁶ — e relaciona a uma série de delitos já existentes, vinculando-os a atividades terroristas, ao fenômeno do terrorismo ou à forma de agir do terror¹⁴⁷.

Por fim, na reforma penal de 2009, a República Federal Alemã demonstrou especial preocupação com o estado democrático de direito e os seus fundamentos constitucionais, inserindo proteção de natureza penal nos §§89a e 89b do Código Penal:

¹⁴² DECOMAIN, Pedro Roberto. **Código Penal Alemão: Tradução, comparação e notas** por Nuria Fabris. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 245-246.

¹⁴³ *Vide* capítulo 3 do presente trabalho.

¹⁴⁴ DECOMAIN, *op. cit.*, p. 240-241.

¹⁴⁵ §129a (2) 5 do Código Penal Alemão.

¹⁴⁶ §129a (5) do Código Penal Alemão.

¹⁴⁷ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Terrorismo: Direito penal constitucional e os limites de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 240.

§89a. Preparação de um ato de violência que produza sério risco para o Estado.

(1) Quem prepara um ato de violência que produza sério risco para o Estado é punido com pena privativa de liberdade de seis meses até dez anos. Uma conduta que produza sério risco para o Estado é uma conduta punível contra a vida, nos casos do §211 ou do §212, ou contra a liberdade pessoal, nos casos do §239a ou do §239b, a qual, de acordo com as circunstâncias, seja destinada e apropriada a comprometer a existência ou a segurança de um Estado ou de uma organização internacional ou a afastar, suprimir a vigência de ou destruir fundamentos constitucionais da República Federal Alemã.

(2) A alínea 1 somente é aplicável quando o agente prepara um ato de violência que produza sério risco para o Estado, por intermédio do qual ele

1. instrui outra pessoa ou se deixa instruir acerca da fabricação e do manuseio de armas de fogo, explosivos, dispositivos explosivos ou incendiários, combustíveis nucleares ou outras substâncias radioativas, substâncias que contenham veneno ou possam produzi-lo, outras substâncias nocivas à saúde, dispositivos especiais necessários para a realização da conduta ou em outras habilidades necessárias à realização de condutas puníveis mencionadas na alínea 1,

[...]

§89b. *Relacionamento* para a realização de um ato de violência que produza risco para o Estado.

(1) Quem, com o objetivo de se deixar instruir sobre a prática de um ato de violência que produza sério risco para o Estado, nos termos do §89a, alínea 2, n.1, inicia ou mantém relações com uma associação nos termos do §129a, inclusive em conexão com o §129b, é punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou com pena pecuniária 9...¹⁴⁸.

Nesse ponto, é relevante destacar a visível tática de enfrentamento desse tipo de criminalidade com a antecipação da tutela penal com o emprego de delitos de perigo abstrato, incriminação autônoma de atos preparatórios (ainda que em fase incipiente), como as associações e o porte de substância explosiva¹⁴⁹, assuntos que serão abordados no capítulo 3 do presente trabalho.

1.4.2 Abordagem penal do terrorismo na Espanha

Na Espanha, embora se possa dizer pouco ativo, ainda existe um movimento separatista no País Basco, o chamado *Euskadi Ta Askatasuna* (ETA), que significa Pátria Basca e Liberdade, cujo objetivo maior é a independência daquela região, encravada parte na Espanha (mais de 2/3) e parte na França. Formalmente, o grupo surgiu em 31 de julho de 1959, porém, seu primeiro ataque violento se deu em 1961, uma tentativa fracassada de descarrilamento contra um trem de voluntários franquistas. Apenas em 1968 o ETA fez a sua primeira vítima mortal, um guarda civil de Franco, quando declara o País Basco como terra

¹⁴⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Código Penal Alemão**: Tradução, comparação e notas por Nuria Fabris. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014. p. 221-222.

¹⁴⁹ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Terrorismo**: Direito penal constitucional e os limites de criminalização. Curitiba: Juruá, 2017. p. 241.

invadida por uma potência estrangeira e proclama a necessidade de utilizar a violência para conquistar a descolonização¹⁵⁰.

O golpe de maior efeito obtido pelo ETA foi, em 1973, o assassinato do Primeiro Ministro Carreiro Blanco, em Madrid¹⁵¹, e o primeiro atentado com um grande número de vítimas foi a explosão de uma bomba na cafeteria Rolando, também em Madrid, onde morreram 12 civis e outros 80 ficaram feridos¹⁵². Entre idas e vindas, períodos de negociações de paz, foram mais de 50 anos de terrorismo, até o cessar-fogo unilateral por parte do ETA, “permanente, de caráter geral e internacionalmente verificável”, ocorrido em 10 de janeiro de 2011, às 12h¹⁵³. Quando em atividade, o ETA causou mais de 850 mortes, não tendo realizado nenhum ataque desde julho de 2009¹⁵⁴.

Ao longo desse período, a legislação penal espanhola sofreu diversas modificações, quer pelo fim da ditadura de Franco, quer pelo fenômeno da expansão do Direito Penal¹⁵⁵. O atual Código Penal Espanhol (Lei Orgânica 10, de 23 de novembro de 1995) foi amplamente reformado pela Lei Orgânica 5/2010, ocasião em que foram incorporadas as obrigações assumidas pela Espanha em razão da Decisão-Quadro 2008/919/JHA do Conselho Europeu sobre o Combate ao Terrorismo. As reformas introduzidas foram de natureza técnica, com o objetivo de reorganizar e tornar mais claro o tratamento de atos terroristas pela legislação, como a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas, as novas implicações de grupos e organizações criminosas e incorporação de diversas obrigações anteriormente assumidas pela Espanha em documentos internacionais¹⁵⁶. Essa legislação foi modificada, ainda, pela Lei Orgânica 2/2015, que reformou o Código Penal Espanhol.

No dizer de Cancio Meliá, a legislação antiterrorista espanhola é uma das mais amplas dos países europeus em extensão e intensidade conceitual, tendo usado a Decisão Marco do Conselho Europeu de 2008 como pretexto para ocultar a deliberada intenção de levar a cabo um novo e inusitado adiantamento das barreiras de incriminação — muito mais adiante do

¹⁵⁰ PRIMERAS víctimas. In: APARICIO, Sonia (Coord.). **La dictadura del terror**. Barcelona: El Mundo, 2009. Disponível em: <http://www.elmundo.es/eta/historia/primeras_victimas.html>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁵¹ LAQUEUR, Walter. **A history of terrorism**. New Jersey: Transaction Publishers, 2016. p. 195.

¹⁵² AÑOS 70. In: APARICIO, Sonia (Coord.). **La dictadura del terror**. Barcelona: El Mundo, 2009. Disponível em: <<http://www.elmundo.es/eta/historia/anios70.html>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁵³ ANUNCIO del «alto el fuego permanente». In: APARICIO, Sonia (Coord.). **La dictadura del terror**. Barcelona: El Mundo, 2009. Disponível em: <http://www.elmundo.es/eta/negociaciones/tregua_2011_anuncio.html>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁵⁴ SPAIN. **Profiles on Counter-Terrorist capacity**. Barcelona: Council of Europe, 2013. Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168064102c>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁵⁵ Vide capítulo 3 do presente trabalho.

¹⁵⁶ SPAIN. **Profiles on Counter-Terrorist...** *op. cit.*

que o preconizado pela decisão europeia — criminalizando condutas que mais se associam a propaganda e apoio do que a atos de terrorismo¹⁵⁷.

Dentre as principais modificações oriundas da reforma, Cancio Meliá destaca cinco tópicos¹⁵⁸:

- a) modificação da descrição de pertencimento à organização terrorista (art. 571.1 e 2);
- b) introdução de definições expressas de organização e grupo terrorista, sob um novo regime geral dos delitos de organização, eliminando a noção de “bando armado” (art. 571.3);
- c) ampliação do conceito de colaboração com organização (art. 577);
- d) definição de um novo delito de financiamento ao terrorismo e estabelecimento da possibilidade de apenar pessoas jurídicas (art. 576);
- e) tipificação de uma nova figura de propaganda, consistente em difundir publicamente mensagens ou *slogans* que tenham como finalidade ou que, por seu conteúdo, sejam idôneos para incitar outros ao cometimento de delito de terrorismo (art. 579).

No Código Penal Espanhol, o terrorismo é tratado no *Libro II: Delitos y sus penas; Título XXII: Delitos contra el orden público; Capítulo VII: De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo*, sendo dividido em duas seções: *Sección 1ª De las organizaciones y grupos terroristas* e *Sección 2ª De los delitos de terrorismo*¹⁵⁹. Desse modo, as organizações e os grupos terroristas vêm definidos na primeira seção, nos artigos 571 e 572 do Código Penal Espanhol.

Artículo 571.

*A los efectos de este Código se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente.*¹⁶⁰

¹⁵⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. El derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la unión europea. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 10, p. 45-72, jan./jun. 2014. p. 46.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 56.

¹⁵⁹ ESPANHA. *Código Penal y legislación complementaria*. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 2018. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>. Acesso em: 19 set. 2018.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

Observa-se que o art. 571 do Código Penal Espanhol se vale das definições constantes nos artigos 570 bis¹⁶¹ e 570 ter¹⁶², que definem organização criminosa e o que vem a ser grupo criminoso, e aplica esses conceitos à atividade terrorista. Por definição, a organização requer ao menos três pessoas, possui um caráter de estabilidade no tempo e divisão de tarefas para o fim de cometer delitos. Já o grupo requer a participação de ao menos três pessoas para a realização concertada de delitos.

Llobet Angli, invocando a lição de Cancio Meliá, refere que a distinção entre grupo terrorista e organização terrorista não resulta materialmente adequada, nem é obrigatória por razões de legalidade, uma vez que designa uma só realidade típica¹⁶³. Acrescenta, ainda, que tanto a Audiência Nacional como o Tribunal Supremo da Espanha, indistintamente, para se referir ao grupo terrorista basco ETA, utilizam as expressões “bando armado”, “organização”, “organização armada” ou “grupo armado”¹⁶⁴.

Na sequência, o art. 572 prevê as penas estabelecidas para aqueles que promovem, organizam, constituem ou dirigem uma organização ou grupo terrorista ou aqueles que simplesmente participam:

Artículo 572.

1. *Quienes promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.*
2. *Quienes participaran activamente en la organización o grupo, o formaran parte de ellos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años.*¹⁶⁵

Como visto, o apenamento é fixado de acordo com o protagonismo do agente dentro

¹⁶¹ **Artículo 570 bis.** “[...] A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.” (ESPAÑA. **Código Penal y legislación complementaria**. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 2018. p. 170. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>. Acesso em: 19 set. 2018.).

¹⁶² **Artículo 570 ter.** “[...] A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.” (*Ibidem*, p. 170).

¹⁶³ CANCIO MELIÁ, Manuel. Sentido y Limites de los delitos de terrorismo. **Revista Derecho Penal**, n. 26, p. 47-83, ene./mar. 2009. *Apud.* LLOBET ANGLI, Mariona. **Derecho penal del terrorismo: limites de su punición en un Estado democrático**. Madrid: Laley, 2010. p. 182, Nota 549.

¹⁶⁴ LLOBET ANGLI, Mariona. **Derecho penal del terrorismo: limites de su punición en un Estado democrático**. Madrid: Laley, 2010. p. 182, Nota 550.

¹⁶⁵ ESPAÑA. **Código Penal y legislación complementaria**. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 2018. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>. Acesso em: 19 set. 2018. p. 171.

da organização ou grupo terrorista¹⁶⁶. Nesse ponto, Cancio Meliá critica a redação do Art. 572.2 (*vide* nota 157), pois a expressão “fazer parte” sem que seja “participando ativamente” é um desconhecimento da mecânica de um organismo terrorista e uma expressão de amplitude exagerada¹⁶⁷.

Logo a seguir, na seção 2^a, vêm os delitos de terrorismo propriamente ditos, entre os artigos 573 e 580. Segundo Cancio Meliá, a reforma de 2015 cobre um amplo espectro de condutas, considerando delito de terrorismo qualquer delito grave cometido por alguém que pertença a uma organização terrorista ou não (*lone wolf*) e enquadrando como grave qualquer delito praticado contra um amplo e variado espectro de bens jurídicos, como vida, liberdade, integridade moral, liberdade e integridade sexuais, recursos naturais, a Coroa, saúde pública, entre outros, desde que seja, alternativamente com o propósito de comprometer as estruturas democráticas do Estado ou comprometer seus processos decisórios ou ainda provocar abalo social, desestabilizar os organismos internacionais ou provocar um estado de terror¹⁶⁸.

Dessa forma, os principais tipos penais de terrorismo vêm detalhados no art. 573¹⁶⁹, e suas penas, definidas no artigo seguinte (Art. 573 bis)¹⁷⁰. Por sua vez, o art. 574 trata da posse

¹⁶⁶ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Terrorismo**: Direito penal constitucional e os limites de criminalização. Curitiba: Juruá, 2017. p. 258.

¹⁶⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. El derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la unión europea. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 6, n. 10, p. 45-72, jan./jun. 2014. p. 57.

¹⁶⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. El derecho penal español tras la reforma de 2015. *In*: CALLEGARI, André Luís et al. **O crime de terrorismo**: reflexões críticas e comentários à Lei de terrorismo: de acordo com a lei 13.260/2016. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2016. p. 116.

¹⁶⁹ “**Artículo 573. 1.** Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades: **1.ª** Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. **2.ª** Alterar gravemente la paz pública. **3.ª** Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. **4.ª** Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella. **2.** Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior. **3.** Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo.” (ESPAÑA. **Código Penal y legislación complementaria**. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 2018. p. 172. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>. Acesso em: 19 jul. 2018).

¹⁷⁰ “**Artículo 573 bis. 1.** Los delitos de terrorismo a los que se refiere el apartado 1 del artículo anterior serán castigados con las siguientes penas: **1.ª** Con la de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código si se causara la muerte de una persona. **2.ª** Con la de prisión de veinte a veinticinco años cuando, en los casos de secuestro o detención ilegal, no se dé razón del paradero de la persona. **3.ª** Con la de prisión de quince a veinte años si se causara un aborto del artículo 144, se produjeran lesiones de las tipificadas en los artículos 149, 150, 157 o 158, el secuestro de una persona, o estragos o incendio de los previstos respectivamente en los artículos 346 y 351. **4.ª** Con la de prisión de diez a quince años si se causara cualquier otra lesión, o se detuviera ilegalmente, amenazara o coaccionara a una persona. **5.ª** Y con la pena prevista para el delito

e depósito de armas, munições e explosivos. A reforma de 2015 elevou as penas ao máximo de 20 anos e retirou a necessidade de vinculação do agente com as organizações ou os grupos terroristas, bastando a conduta ser praticada com a finalidade de terrorismo¹⁷¹.

As condutas tipificadas no art. 575, o chamado adestramento ou autoadestramento, constituem uma das principais novidades da Lei Orgânica 2/2015, como indica a própria exposição de motivos:

O terrorismo internacional de corte jihadista se caracteriza, precisamente, por haver incorporado essas novas formas de agressão, consistentes em novos instrumentos de captação, adestramento ou doutrinação no ódio, para empregá-los de maneira cruel contra todos aqueles que, em seu ideário extremista e violento, sejam qualificados como inimigos. Estas novas ameaças devem, portanto, ser combatidas com a ferramenta mais eficaz que os democratas podem empregar frente ao fanatismo totalitário dos terroristas: a lei¹⁷².

No plano internacional, o Convênio do Conselho da Europa para prevenção ao terrorismo de 2005, a Convenção de Varsóvia, já previa que os países signatários deveriam tomar medidas preventivas para coibir o adestramento com fins terroristas e definia o que era entendido por adestramento com esse fim. Em seguida, com a decisão marco de 2008, também do Conselho da Europa, foi estabelecida a necessidade de tipificar essas condutas, baseando-se no fato de que a ameaça terrorista havia crescido e se desenvolvido nos últimos

cometido en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado, cuando se tratase de cualquier otro de los delitos a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior. **2.** Las penas se impondrán en su mitad superior si los hechos se cometieran contra las personas mencionadas en el apartado 3 del artículo 550 o contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o de las Fuerzas Armadas o contra empleados públicos que presten servicio en instituciones penitenciarias. **3.** Los delitos de terrorismo a los que se refiere el apartado 2 del artículo anterior se castigarán con la pena superior en grado a la respectivamente prevista en los correspondientes artículos. **4.** El delito de desórdenes públicos previsto en el artículo 557 bis, así como los delitos de rebelión y sedición, cuando se cometan por una organización o grupo terrorista o individualmente pero amparados en ellos, se castigarán con la pena superior en grado a las previstas para tales delitos.” (ESPAÑA. **Código Penal y legislación complementaria**. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 2018. p. 172. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>. Acesso em: 19 jul. 2018. p. 172.).

¹⁷¹ AGUDO FERNANDEZ, Enrique; JAEN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Angel Luis. **Terrorismo en el siglo XXI**. Madrid: Dykinson, 2016. p. 114.

¹⁷² Tradução livre de trecho da exposição de motivos da Lei Orgânica 2/2015, de 30 de março, que modificou a Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal, em matéria de delitos de terrorismo. “El terrorismo internacional de corte yihadista se caracteriza, precisamente, por haber incorporado esas nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos. Estas nuevas amenazas deben, por tanto, ser combatidas con la herramienta más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas: la ley.” (ESPAÑA. **Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3440>>. Acesso em: 20 jul. 2018).

anos, com profundas mudanças em seu *modus operandi*, tanto dos terroristas quanto de seus partidários e simpatizantes¹⁷³.

Destaca-se que houve a substituição de grupos estruturados e hierárquicos por grupúsculos semiautônomos ligados entre si, mas com total flexibilidade, formando redes internacionais, recorrendo cada vez mais a novas tecnologias, em especial a internet, utilizada para inspirar e mobilizar redes, células e indivíduos e que serve de fonte de informação e difusão de meios e métodos terroristas, consistindo em verdadeiro campo de treinamento virtual. Essa nova forma de ação fez com que as atividades de provocação e instigação ao cometimento de delitos de terrorismo, assim como o recrutamento, a capacitação e o adestramento de terroristas, tenha se multiplicado a custo e risco muito baixos, para não se dizer ínfimos¹⁷⁴.

O referido art. 575 traz a seguinte redação:

Artículo 575.

1. Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones.

2. Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior.

Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.

Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

3. La misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista¹⁷⁵.

¹⁷³ AGUDO FERNANDEZ, Enrique; JAEN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Angel Luis. **Terrorismo en el siglo XXI**. Madrid: Dykinson, 2016. p. 120.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 120.

¹⁷⁵ ESPANHA. **Código Penal y legislación complementaria**. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 2018. p. 173. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>. Acesso em: 19 set. 2018.

Como se percebe, o artigo em comento criminaliza atos preparatórios de atentado ou delito terrorista, sendo que o mero treinamento já constitui ilícito. Na modalidade do apartado 2, o treinamento conduzido de maneira autônoma é punível, como também o acesso habitual a determinados conteúdos de internet¹⁷⁶. O objetivo desse tipo penal é adiantar a barreira punitiva ao momento em que se desenvolve uma atividade ideológica tendente à radicalização das pessoas que, mesmo ainda não havendo realizado uma conduta terrorista, demonstram disposição de perpetrá-la como consequência dessa capacitação, formação e doutrinação¹⁷⁷.

Ainda é digno de nota o tipo financiamento ao terrorismo, previsto no art. 576 do Código Espanhol¹⁷⁸. Trata-se de um delito de mera conduta, pois não é necessária a produção de nenhum resultado material, ou seja, comete o crime quem, por quaisquer meios, direta ou indiretamente, solicitar, adquirir, possuir, usar, converter, transmitir ou realizar qualquer outra atividade, com produtos ou títulos de qualquer natureza, com a intenção de serem utilizados ou sabendo que serão utilizados, no todo ou em parte, para a prática de qualquer das infrações atinentes ao terrorismo¹⁷⁹.

Resta destacar dois pontos importantes e inovadores do art. 576: a) o apartado 4, que configura a modalidade de imprudência grave daqueles que estão obrigados a colaborar com as autoridades em virtude de lei e, desde logo, que por sua desídia não detectam quaisquer das

¹⁷⁶ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Terrorismo**: Direito penal constitucional e os limites de criminalização. Curitiba: Juruá, 2017. p. 261.

¹⁷⁷ AGUDO FERNANDEZ, Enrique; JAEN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Angel Luis. **Terrorismo en el siglo XXI**. Madrid: Dykinson, 2016. p. 119.

¹⁷⁸ **Artículo 576. 1.** Será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años y multa del triple al quíntuplo de su valor el que, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo. **2.** Si los bienes o valores se pusieran efectivamente a disposición del responsable del delito de terrorismo, se podrá imponer la pena superior en grado. Si llegaran a ser empleados para la ejecución de actos terroristas concretos, el hecho se castigará como coautoría o complicidad, según los casos. **3.** En el caso de que la conducta a que se refiere el apartado 1 se hubiera llevado a cabo atentando contra el patrimonio, cometiendo extorsión, falsedad documental o mediante la comisión de cualquier otro delito, éstos se castigarán con la pena superior en grado a la que les corresponda, sin perjuicio de imponer además la que proceda conforme a los apartados anteriores. **4.** El que estando específicamente sujeto por la ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de las conductas descritas en el apartado 1 será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en él. **5.** Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos tipificados en este artículo se le impondrán las siguientes penas: **a)** Multa de dos a cinco años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. **b)** Multa de uno a tres años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en la letra anterior. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.” (ESPAÑA. **Código Penal y legislación complementaria**. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 2018. p. 173-174. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>. Acesso em: 19 set. 2018).

¹⁷⁹ KAZMIERCZAK, *op. cit.*, p. 262.

condutas descritas acima; *b*) o apartado 5, que prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria de financiamento ao terrorismo¹⁸⁰.

¹⁸⁰ AGUDO FERNANDEZ, Enrique; JAEN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Angel Luis. **Terrorismo en el siglo XXI**. Madrid: Dykinson, 2016. p. 146.

2 COMBATE AO TERRORISMO E O DIREITO INTERNACIONAL

Ainda durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), os aliados já estavam empenhados na reorganização do sistema internacional do pós-guerra através da institucionalização de uma nova Organização Internacional de caráter verdadeiramente universal. O primeiro passo foi uma declaração conjunta do Primeiro Ministro Britânico, Winston Churchill, e do Presidente Norte-Americano, Roosevelt, chamada Carta do Atlântico, da qual resultaram seis pontos fundamentais¹⁸¹:

1. O direito de todos os povos à segurança das suas fronteiras;
2. O direito dos povos de escolher a forma de governo sob a qual desejam viver;
3. A igualdade de todos os Estados, vitoriosos e vencidos, de acesso às matérias-primas e de condições de comércio;
4. A promoção da colaboração entre as nações com o fim de obter para todos melhores condições de trabalho, prosperidade e segurança social;
5. A liberdade de navegação;
6. O desarmamento.

As negociações prosseguiram evoluindo, entre agosto e outubro de 1944, até que a reunião entre os EUA e o Reino Unido, primeiro, e a China, depois, resultou no “Plano de Dumbarton Oaks” (nas proximidades de Washington), mesmo com algumas questões substanciais pendentes de serem resolvidas. As negociações evoluíram em Yalta, em fevereiro de 1945¹⁸².

Em 25 de abril de 1945, em São Francisco, foi realizada uma Conferência Internacional onde estiveram presentes as três grandes potências beligerantes e vencedoras da Segunda Guerra Mundial (EUA, Reino Unido e URSS) e a China, na qualidade de potências convocantes de uma série de nações ou Estados pacíficos que declararam guerra ao inimigo comum antes de 1º de março de 1945. Os trabalhos foram concluídos em 26 de junho desse ano e aprovados em Assembleia Geral, no mesmo dia em que o Japão se rendeu (a Alemanha já havia se rendido em 8 de maio), colocando fim às hostilidades¹⁸³.

Dessa conferência de São Francisco nasceu a Carta das Nações Unidas, que entrou oficialmente em vigor no dia 24 de outubro de 1945 (o dia oficial da ONU), após ter sido ratificada por 2/3 dos 51 Estados fundadores (como acordado pelo art. 110º da CNU). Essa

¹⁸¹ XAVIER, Ana Isabel *et al.* **A Organização das Nações Unidas**. Coimbra: Humana Global, 2007. p. 27.

¹⁸² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 683.

¹⁸³ XAVIER, *op. cit.*, p. 28.

exigência incluía a aprovação dos cinco grandes (EUA, França, URSS, Reino Unido e China), de modo a evitar situação paralela à do Pacto da Sociedade das Nações, que restou não sendo ratificado pelos EUA, fragilizando as pretensões universais da Organização Internacional e a sua legitimidade de intervenção. Exatamente para garantir o envolvimento da potência americana, a ONU, em 14 de fevereiro de 1946, convergiu na decisão da sede se situar em Nova Iorque.¹⁸⁴

O tratado-fundação da ONU, que é a carta orgânica da instituição, foi firmado inicialmente por 51 Estados-membros, sendo aprovado no Brasil pelo Decreto-lei n.º 7.935, de 3 de setembro de 1945¹⁸⁵, ratificado no dia 12 do mesmo mês e promulgado pelo Decreto n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945.¹⁸⁶

2.1 PRINCÍPIOS E PROPÓSITOS REGENTES DA ONU

Os propósitos da Organização das Nações Unidas vêm indicados tanto no preâmbulo como no art. 1º de sua carta constitutiva e podem ser sintetizados da seguinte forma: a) preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade; b) reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas; c) estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do Direito Internacional possam ser mantidos; d) promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla; e) praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros como bons vizinhos, unir forças para manter a paz e a segurança internacionais, e garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum; f) empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos; g) manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim, tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade

¹⁸⁴ XAVIER, Ana Isabel *et al.* **A Organização das Nações Unidas**. Coimbra: Humana Global, 2007. p. 29.

¹⁸⁵ BRASIL. **Decreto-Lei n.º 7.935, de 3 de setembro de 1945**. Aprova a Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7935-3-setembro-1945-417286-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

¹⁸⁶ BRASIL. **Decreto n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018.

com os princípios da justiça e do Direito Internacional, ao ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar à perturbação da paz; h) desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direito e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; i) conseguir a cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e j) ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns¹⁸⁷.

2.1.1 Os órgãos das Nações Unidas

No capítulo III da Carta das Nações Unidas, são elencados os órgãos principais ou órgãos constitucionais da Organização: Assembleia Geral (AG), Conselho de Segurança (CS), Conselho Econômico e Social (CES), Conselho de Tutela (CT), Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) e Secretariado. As competências e atribuições desses órgãos são descritas nos artigos 7.º e seguintes¹⁸⁸. O art. 7.º da Carta das Nações Unidas, paralelamente aos órgãos principais instituídos, ainda prevê o estabelecimento de “órgãos subsidiários”, os quais são criados na medida das necessidades e competências da Organização, por Convenção Internacional ou pela própria revisão da Carta¹⁸⁹.

2.1.1.1 Assembleia Geral

A Assembleia Geral é o principal órgão das Nações Unidas e o único composto por representantes de todos os Estados-membros, até o número máximo de cinco delegados por Estado. Representa o maior foro de discussões de que jamais se teve notícia e tem competência para discutir e fazer recomendações relativas a qualquer matéria que seja objeto

¹⁸⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 684-684.

¹⁸⁸ ARAÚJO, Gisele Ferreira de. Proteção dos direitos humanos por organismos internacionais: controle e coercibilidade: Tribunais Penais Internacionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 280-305, jan./mar. 2007. p. 285.

¹⁸⁹ **Artigo 7.º**. “**1.** Ficam estabelecidos como órgãos principais das Nações Unidas: uma Assembléia Geral, um Conselho de Segurança, um Conselho Econômico e Social, um Conselho de Tutela, uma Corte Internacional de Justiça e um Secretariado. **2.** Serão estabelecidos, de acordo com a presente Carta, os órgãos subsidiários considerados de necessidade.” (NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/docs/carta_da_onu.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2018).

da Carta das Nações Unidas ou que se relacione com as atribuições e funções de quaisquer dos órgãos nela previstos¹⁹⁰.

A par de ser a instância máxima das Nações Unidas, a Assembleia Geral desempenha papel central na definição dos princípios gerais de manutenção da paz, em especial no que concerne ao desarmamento, reforço da cooperação política, econômica, social e cultural em termos internacionais, sobretudo para a proteção dos Direitos Humanos¹⁹¹. A Assembleia Geral da ONU se manifesta por meio de resoluções, declarações ou recomendações, de efeito não vinculante aos seus Estados-membros. Estas são diferentes das decisões do Conselho de Segurança, que têm força cogente e são de cumprimento obrigatório¹⁹².

2.1.1.2 Conselho de Segurança

O Conselho de Segurança é o órgão da ONU que tem como atribuição principal a “manutenção da paz e segurança internacionais” (art. 24, §1º e art. 26 da Carta da ONU), sendo atualmente considerado o principal corpo da Organização. É composto por cinco membros permanentes: China, França, Rússia, Reino Unido e Estados Unidos e outros dez membros não permanentes, eleitos pela Assembleia Geral, com mandato de dois anos, considerando sua contribuição para os propósitos das Nações Unidas (art. 23, §§1º e 2º da Carta da ONU)¹⁹³.

O mais significativo referente ao Conselho de Segurança é o direito de controle das grandes potências, decorrente do seu *status* de vencedoras da Segunda Guerra Mundial, ou seja, o reforço da distinção entre os Estados ainda passa pelo benefício do direito de veto, que determina fortemente o processo de tomada de decisão. Isso significa que cada um dos cinco membros permanentes pode proibir uma ação, mesmo que os catorze restantes sejam a favor,

¹⁹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 686.

¹⁹¹ XAVIER, Ana Isabel *et al.* **A Organização das Nações Unidas**. Coimbra: Humana Global, 2007 p. 56; Sobre o tema ver: Carta da ONU “Artigo 13 - 1. A Assembleia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a: b) promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.” (BRASIL. **Decreto-Lei n.º 7.935, de 3 de setembro de 1945**. Aprova a Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional da Justiça. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7935-3-setembro-1945-417286-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 24 jul. 2018).

¹⁹² MAZZUOLI, *op. cit.*, p. 686.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 688.

sendo, por isso, o único órgão cujas decisões são vinculativas para todos os Estados-membros¹⁹⁴.

De tal modo, o Conselho de Segurança é o único órgão das Nações Unidas com poder de tomar decisões mandatórias, as quais os demais membros da organização têm de fielmente acatar e executar, nos termos do art. 25¹⁹⁵ da Carta da ONU. Por essa razão, em questões de caráter militar, o Conselho de Segurança é assessorado por uma Comissão de Estado-Maior, formada pelos Chefes de Estado-Maior dos membros permanentes do Conselho de Segurança, investida das responsabilidades de direção das forças armadas colocadas por tais membros à disposição do Conselho de Segurança.¹⁹⁶

2.2 O PAPEL DAS NAÇÕES UNIDAS NO CONTROLE DO TERRORISMO

As efemérides de 11 de setembro incluíam, até o ano de 2001, a celebração da Diada, na Espanha, Dia Nacional da Catalunha, o cinquentenário do início das obras do Pentágono e o aniversário do golpe militar chileno que depôs o presidente Salvador Allende. Nesse mesmo dia, se adotava em Lima, no Peru, a Carta Democrática Interamericana da Organização dos Estados Americanos e haveria de inaugurar-se a 56ª Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova Iorque. Mas, seguramente, a partir dessa data, esses festejos e todos os demais fatos desse dia seriam obscurecidos nos livros de história pelo ataque suicida levado a efeito pela Al-Qaeda (A Base), organização terrorista dirigida por Osama Bin Laden, que orquestrou o sequestro e o apoderamento de aeronaves comerciais, arremessando-as contra as Torres Gêmeas do World Trade Center em Nova Iorque e contra o Pentágono, em Washington, deixando um saldo de aproximadamente três mil mortos.

A partir de 11 de setembro de 2001, o terrorismo foi destacado, acima de qualquer outro perigo, velho ou novo, como a grande ameaça à paz e à segurança internacionais. Até esse momento, os terroristas se apresentavam como o espinho descerebrado e fanático de movimentos separatistas do estado, ou de movimentos antissistema. Eram a expressão desesperada e radical de movimentos de libertação da dominação colonial ou da ocupação

¹⁹⁴ XAVIER, Ana Isabel *et al.* **A Organização das Nações Unidas**. Coimbra: Humana Global, 2007. p. 56.

¹⁹⁵ “Artigo 25. Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.” (BRASIL. **Decreto n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018).

¹⁹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 691.

estrangeira ou, ainda, como resposta a políticas nebulosas de um governo qualquer, sem transparência, que devia ser afrontado para que fossem atingidos alguns objetivos domésticos ou internacionais. O ataque de 11 de setembro se destaca e sobressai não apenas por seu escandaloso espetáculo, assistido ao vivo em todo o mundo, seu massacre sem precedentes, sua ousadia inusitada, seu impacto simbólico em ícones do capitalismo e na sede do poder militar da maior potência bélica mundial, mas principalmente por ter revelado e evidenciado a existência de uma rede de organizações e células terroristas transnacionais que se servem dos Estados, mas são deles independentes.¹⁹⁷

Dessa forma, o terrorismo internacional contemporâneo representa um fenômeno completamente diferente do conflito interestatal tradicional e do terrorismo de Estado¹⁹⁸. Os terroristas são agentes não estatais, ou seja, não são combatentes de nenhum estado, não vestem uniformes, não têm bases fixas nem território definido a proteger, não respondem a nenhuma autoridade governamental e se localizam fisicamente em múltiplos Estados, conforme lhes seja conveniente. O terrorismo desconhece as normas básicas de Direito Internacional humanitário e dirige suas ações fundamentalmente contra a população civil, perseguindo causar morte, medo e pânico, atacando bens públicos e privados. Esses novos agentes se confundem com a população civil quando dela não fazem parte, dificultando sua perseguição, detecção e identificação de acordo com as normas protetivas de direitos humanos e de Direito Internacional humanitário.¹⁹⁹

2.2.1 Terrorismo Jihadista

No fim do século XX, o movimento terrorista que surge como desafio global e modifica todos os parâmetros até então conhecidos é o terrorismo religioso, de origem muçulmana de caráter jihadista. Necessário então, ainda que brevemente, compreender os conceitos que envolvem o tema.

¹⁹⁷ REMIRO BROTONS, Antonio. Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden. **Revista Española de Derecho Internacional**, v. 53, n. 1, p. 125-172, 2001.

¹⁹⁸ Sobre Terrorismo de Estado *vide*: LLOBET ANGLI, Mariona. **Derecho penal del terrorismo**: limites de su punición en un Estado democrático. Madrid: Laley, 2010. p. 109 e seguintes.

¹⁹⁹ LOPEZ-JACOISTE, Eugenia. Instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo. *In*: JORDAN, Javier; POZO, Pilar; GUINDO, Miguel G. (Coord.). **Terrorismo sin fronteras**: Actores, escenarios y respuestas en un mundo global. Navarra: Thomson Reuters, 2010. p. 153.

2.2.1.1 Origem do Islã e o terrorismo religioso: o fim do estado laico

Embora as datas não sejam precisas, Maomé teria nascido em 570 da era cristã, em Meca, hoje Arábia Saudita. Aproximadamente aos 40 anos de idade passou a ter visões e, no monte Hira, tem a primeira revelação de Deus (Alá), que lhe comunica seu encargo de profeta. Desde então, até sua morte no ano de 632, recebeu mensagens divinas e as difundiu entre as pessoas do seu entorno. Ocorre que seu entorno era a cidade de Meca, a mais importante da Arábia por encontrar-se nela o templo da Caaba²⁰⁰. Em que pese sua origem hebraica, Meca acolhia estátuas de distintos deuses, pois a ela acorriam árabes de diversas religiões trazendo benefícios econômicos à cidade e prosperidade aos comerciantes. Assim, não surpreende que a pregação monoteísta de Maomé tenha sofrido forte oposição, tendo sido obrigado a fugir para Medina no ano de 622, onde, em verdade, funda o Islã, como forma política, que põe fim à anarquia tribal vivida anteriormente. Através de grandes e graves enfrentamentos com os habitantes e governantes de Meca, Maomé logra conquistar a cidade a qual ocupa em uma peregrinação no ano de 632 e, logo que regressa a Medina, vem a falecer²⁰¹.

Maomé é sucedido por quatro Califas²⁰², que dividem o Islã em três grandes ramos. O *xiita*, que defende que o Califa deve ser sucedido por laços de sangue; o *sunita*, que dispensa esse requisito, desde que o escolhido logre manter a comunidade islâmica unida e preserve a ortodoxia religiosa; e, pôr fim, a *jariyita*, dissidência do primeiro grupo, que defende que apenas o mais pio pode ser Califa. Ao governo dos quatro primeiros califas seguiram-se distintas dinastias, desmembradas em pequenos estados unidos apenas pela religião. Em 1924, o mundo islâmico sofre grande impacto, quando Mustafa Kemal Atatürk promove a abolição do califado otomano de Istambul, que simbolizava a unidade dos crentes muçulmanos de todo o mundo, e o substitui por uma república turca nacionalista e laica. Esse fato, aliado à expansão ocidental na forma do colonialismo europeu sobre os territórios de fé muçulmana, provoca reações e, apenas quatro anos depois, surge, no Egito, a Irmandade Muçulmana²⁰³.

Cabe, neste ponto, distinguir Islam de Islamismo. O primeiro é a religião professada por um bilhão e duzentos milhões de pessoas no mundo e, apesar de sua aparência monolítica,

²⁰⁰ A *Caaba* é a Casa sagrada de Deus, situada no meio da mesquita sagrada na cidade de Meca, na Arábia Saudita. (STACEY, Aisha. A Caaba: a casa sagrada de Deus. **IslamReligion**, 18 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.islamreligion.com/pt/articles/3282/caaba-casa-sagrada-de-deus/>>. Acesso em: 27 jul. 2018).

²⁰¹ VAZQUEZ GOMEZ, Rebeca. An approach to islamic law and its regulation of the veil. **Ius Canonicum**, v. 47, n. 94, p. 591-616, July/Dec. 2007. p. 592.

²⁰² Califa, em árabe, significa sucessor. (CALIFADO. In: BRITANNICA Escola, 2018. Disponível em: <<https://escola.britannica.com.br/levels/fundamental/article/califado/480883>>. Acesso em: 27 jul. 2018).

²⁰³ VAZQUEZ GOMEZ, *op. cit.*

o Islã é, em realidade, uma religião muito fragmentada, formada por um mosaico de interpretações distintas e, muitas vezes, conflitantes, sem autoridade central ou mesmo um conjunto de sábios que concentre o conhecimento da fé. Já o Islamismo é uma ideologia política que pretende a instauração de governos que assegurem o cumprimento social do caminho de vida islâmico (*sharia*)²⁰⁴.

Segundo Martin Muñoz, o islamismo é um movimento reformista que persegue a recuperação de princípios e instituições do Islã originário, mas tratando de conciliá-los com a modernidade própria do momento atual. Na sua visão, o islamismo se apresenta como alternativa esperançosa frente à deslegitimação dos governos árabes. De qualquer forma, o germe do islamismo é fundamentalista e reivindica a volta à pureza dos textos sagrados do Islã, eliminando os desvios de interpretação que neles se introduziu²⁰⁵.

Ocorre que esses grupos islamistas acreditam que o Estado não deve ser aconfessional, ao contrário, deve ser religioso, islâmico, e que a constituição deve basear-se nos princípios da Sharia. O primeiro grupo desse tipo a surgir foram os Irmãos Muçulmanos, no Egito, em 1928, e espalhou-se pelo mundo adotando nomes e formas de organização diferentes em cada país.²⁰⁶ Em um primeiro momento, esses grupos islâmico dedicam-se à luta anticolonial, de caráter nacionalista. Vencida essa etapa, passam a questionar seus próprios governos, descontentes com o modelo de Estado nascido da descolonização e que não cumpriu as promessas de independência e modernização e que, para sobreviver, alinha-se demasiadamente ao Ocidente.²⁰⁷

Ocorre que a aparição, no Egito, da organização chamada Irmãos Muçulmanos, em 1928, fez ressurgir e recuperou a prática de um islamismo profundo, reacendendo o conceito de *al-umma* (*al-ummah*). A comunidade muçulmana, o Islã, considera a si mesma como uma unidade religiosa, política e jurídica, que transcende as fronteiras nacionais, a raça, a idade ou quaisquer outras circunstâncias pessoais. Estão todos unidos pelos cinco pilares do Islã (*arkam al-islam*): a) profissão de fé — “não há outro Deus que não seja Alá, e Maomé é seu único profeta”. Testemunho que deve ser dado de público, em voz alta, ao menos uma vez na vida; b) oração ritual (*as-salat*) — que deve ocorrer cinco vezes ao dia, precedida das pertinentes abluções; c) pagamento da esmola legal (*az-zakat*) — cujo importe varia de acordo

²⁰⁴ JORDÁN, Javier. Terrorismo yihadista y estado de derecho. **Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico**, v. 3, p. 21-33, 2008. p. 21.

²⁰⁵ G. MARTIN Muñoz, *El Estado árabe. Crisis de legitimidad y contestación islamista*. Barcelona 1999, p. 289-294. *Apud* VAZQUEZ GOMEZ, Rebeca. An approach to islamic law and its regulation of the veil. **Ius Canonicum**, v. 47, n. 94, p. 591-616, July/Dec. 2007. p. 594.

²⁰⁶ JORDÁN, *op. cit.*, p. 22.

²⁰⁷ VAZQUEZ GOMEZ, *op. cit.*, p. 596.

com o patrimônio da família, tendo por base de periodicidade o ano lunar; d) jejum durante o mês do Ramadan; e) peregrinação a Meca ao menos uma vez na vida.²⁰⁸

A partir do movimento dos Irmãos Muçulmanos, a par de renovar a fé, ressurgem algumas ideias que pareciam adormecidas. O uso da violência contra infiéis é legítimo e a jihad é obrigação de todo muçulmano. Na verdade, a Guerra Santa não apenas legitima o combate para propagação da fé verdadeira em todo o mundo, como também é útil para hostilizar e derrubar governos em países muçulmanos que não se baseiam nas leis instituídas por Alá. A República Islâmica do Irã e a organização terrorista Al-Qaeda são duas das várias faces dessa moeda²⁰⁹.

Embora possa existir alguma divergência sobre o emprego de violência por muçulmanos entre si e mesmo contra governos muçulmanos — o que seria contra a fé, pois provoca a *fitna*, divisão, guerra civil e anarquia, e quem provoca esse tipo de circunstância seria *jariyie* (pessoa desviada de caráter violento) ou *takfirie* (aquele que declara outra pessoa como não muçulmano ou um muçulmano desviado e, portanto, passível de sofrer violência) —, é unânime o entendimento de que a jihad é uma obrigação quando se trata de defender a terra do Islã contra estrangeiros²¹⁰.

Se estava ocorrendo um ressurgimento da fé, até o fim dos anos 1970, a pauta dos jihadistas era essencialmente local, nacional. Porém, com a especial contribuição de dois fatores, tudo muda na década de 1980. A jihad, no Afeganistão, permitiu que milhares de voluntários árabes se conhecessem e estabelecessem laços de camaradagem e, em que pese nem todos fossem islamitas radicais, muitos deles já militavam em grupos jihadistas em seus países. Além dessa aproximação, as tecnologias de comunicação sofrem grande desenvolvimento e surge a Internet, o que permitiu que essas pessoas mantivessem contato mesmo com o fim da guerra, ou com o retorno de cada um ao seu país de origem²¹¹.

Exatamente nesse contexto, Osama Bin Laden funda, em 1988, a Al-Qaeda, que passa a apoiar financeira e militarmente, fornecendo treinamento, grupos jihadistas dos mais diversos matizes, tudo com o objetivo de reinstaurar o Califado, que albergue toda a terra do Islã sem as fronteiras atuais.²¹²

²⁰⁸ GUTIERREZ ESPADA, Cesareo. Radicales y reformistas en el Islam (sobre el use de la violencia). **Revista Española de Derecho Internacional**, v. 61, n. 1, p. 13-37, Jan./June 2009. p. 13.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 15.

²¹⁰ JORDÁN, Javier. Terrorismo yihadista y estado de derecho. **Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico**, v. 3, p. 21-33, 2008. p. 23.

²¹¹ *Ibidem*, p. 23.

²¹² *Ibidem*, p. 24.

O efeito foi enorme, pois a Jihad tornou-se global. Não houve apenas uma expansão na escala, houve uma mudança de tática e estratégia. É o que se percebe ao ler o manifesto do egípcio Ayman al-Zawahiri, braço direito de Bin Laden, intitulado “Cavaleiros sob o Estandarte do Profeta”²¹³, ainda sem tradução para o Português.

Mamdani, ao referir o texto de al-Zawahiri, chama atenção para essa mudança de discurso no que ele qualifica de “o manifesto mais abrangente e politicamente fundamentado sobre a jihad global”²¹⁴. O autor observa que Zawahiri conclama os jihadistas a trocar seus alvos dos inimigos próximos para “os mais distantes”²¹⁵. Segundo o texto, para que a Jihad alcance o sucesso, será necessária uma nova liderança, científica e racional que reconstrua as relações da elite com as massas. Zawahiri entende que a causa mais mobilizadora para a Jihad é a causa palestina, pois atrai todos os árabes, crentes ou não. Aos que têm dúvidas quanto ao uso de terrorismo como arma política, ele explica que é legítimo atacar as populações civis ocidentais, e não apenas seus governos e instituições, porque os ocidentais só conhecem a linguagem do interesse próprio apoiado por suas forças militares, e os jihadistas, se querem ter seus direitos reconhecidos, devem falar com eles na mesma linguagem. Por fim defende os ataques suicidas como forma eficiente de causar grandes danos ao inimigo com pouco custo em vidas para os *mujahadeen*²¹⁶.

Nas palavras do próprio al-Zawahiri:

Perseguir os americanos e os judeus não é impossível. Matá-los com uma única bala, uma facada ou um dispositivo feito de uma mistura popular de explosivos ou bater-lhes com uma barra de ferro não é impossível. Queimar suas propriedades com coquetéis molotov não é difícil. Com os meios disponíveis, pequenos grupos podem se tornar um horror assustador para os americanos e os judeus²¹⁷.

Sobre esse ponto, Pawlik chama atenção que o terrorista religiosamente motivado é amplamente independente das restrições atinentes à seleção da vítima. A “transcendência dos motivos e metas para mais além da pura dimensão política” conduz à violência quase ilimitada contra tudo que não pertença ao círculo dos crentes e escolhidos. O que move o

²¹³ Vide: LAQUEUR, Walter. Knights under the prophet’s banner. In: LAQUEUR, Walter. **Voices of terror: Manifestos, writings, and manuals of Al Qaeda, Hamas, and other terrorists from around the world and throughout the ages.** Illinois: Reed Press, 2004. p. 426 e ss.

²¹⁴ MAMDANI, Mahmood; KEPEL, Gilles; ROY, Olivier. Whither political Islam? Understanding the modern Jihad. **Foreign Affairs**, v. 84, n. 1, p. 148-155, Jan./Feb. 2005. p. 150.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 150.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 150.

²¹⁷ Tradução livre de: “Tracking down the Americans and the Jews is not impossible. Killing them with a single bullet, a stab, or a device made up of a popular mix of explosives or hitting them with an iron rod is not impossible. Burning down their property with Molotov cocktails is not difficult. With the available means, small groups could prove to be a frightening horror to the Americans and the Jews.” (LAQUEUR, *op. cit.*, p. 426).

terrorista religiosamente motivado não é somente transformar a ordem política de seu país, mas, sim, o ataque à ordem internacional em sua totalidade, de maneira que essa “guerra ao ocidente” amplia o espectro de locais passíveis de ataque e também a indiscriminabilidade das vítimas, de forma que o terror se transforma em global e onipresente. Ademais, ao terrorista, a quem se garante, no caso de imolação, a coroa dos mártires, são oferecidas alternativas especiais de ação, já que “aquele que não teme a morte nada teme”. Não tendo por que se preocupar com cálculos de riscos ou assegurar-se contra retaliações, pode concentrar todos os esforços em atingir o máximo de destruição, ingressando na “forma mais pérfida da imortalidade”²¹⁸.

De forma que uma Jihad global, com objetivos diferentes dos até então pretendidos pelos movimentos terroristas conhecidos, só poderia determinar o surgimento ou a materialização concreta de organizações completamente diferentes. Ao invés do recrutamento lento e sedutor, feito cara a cara, olho no olho até os anos 1980, passa ao recrutamento impessoal, via internet, o que produz uma organização que desafia todo o conhecimento até então existente, uma espécie de organização não governamental (ONG) do terrorismo. Em outras palavras, a Al-Qaeda passa a ser uma nação sem território a ser ocupado, sem equipamento militar que possa ser destruído e nem constitui um regime que possa ser deposto. Não obstante, esse mesmo grupo, com seus *sites* de internet, seus *links* de televisão via satélite, suas transferências financeiras clandestinas e viajantes internacionais pelos cinco continentes, obteve uma proliferação de ativistas que vai dos subúrbios da cidade de Jersey aos arrozais da Indonésia, prova que a Al-Qaeda tem sido decisivamente moderna e inovadora²¹⁹.

Muito se discute sobre a extensão e o preciso significado do termo jihad. Não há dúvida de que, em alguns momentos, ele possui o significado de luta interna, do homem com ele mesmo, contra seus vícios. Há também os que, no passado, faziam distinção entre jihad defensiva e jihad ofensiva²²⁰. Contemporaneamente, o sentido é o de guerra santa.

O egípcio Sayyed Qutb assevera que só existe o Islã quando o governo se baseia totalmente nas leis instituídas por Deus. O Islã tem como missão estabelecer o reino de Deus e impor sua lei em todo o universo e sobre todo gênero humano, e a finalidade de difundir o Islã

²¹⁸ PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo, LiberArs, 2012. p. 113-114.

²¹⁹ MAMDANI, Mahmood; KEPPEL, Gilles; ROY, Olivier. Whither political Islam? Understanding the modern Jihad. **Foreign Affairs**, v. 84, n. 1, p. 148-155, Jan./Feb. 2005. p. 150.

²²⁰ GUTIERREZ ESPADA, Cesareo. Radicales y reformistas en el Islam (sobre el use de la violencia). **Revista Española de Derecho Internacional**, v. 61, n. 1, p. 13-37, Jan./June 2009. p. 24.

é o que dá origem ao princípio da jihad²²¹. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Sayyid Abu A'la al Maudidi, fundador do Partido Islâmico em Lahore, no Paquistão. Segundo ele, a jihad é necessária porque “o Islã é um sistema integral e global que pretende acabar com os demais sistemas falsos existentes no mundo”²²².

De forma mais clara, Abdullah Yusuf Azzam²²³ não só escreveu sobre a jihad, como também a praticou no Afeganistão, onde veio a falecer. Dizia ele que a jihad se autorizou para salvar a humanidade inteira da incredulidade, para estabelecer a religião de Deus na terra e constituir um Estado islâmico. A fé islâmica, segundo diz, é a única forma de salvar a humanidade e libertar o homem de seu sofrimento, sobretudo do fracasso da civilização ocidental em proporcionar felicidade ao gênero humano e em trazer-lhe a paz que tanto necessita. No entender desse pensador, as normas da jihad impõem que ela seja comunicada a outras comunidades islâmicas antes de ser desencadeada, mas, depois disso, a guerra contra todos os que apóiam os infiéis é um dever de todo o bom muçulmano e, nesse sentido, toda ação que prejudica os infiéis e beneficia os muçulmanos é legítima. A jihad é prioritária e a sua convocação é ato discricionário do comandante no campo de batalha. Por fim, a jihad é obrigação individual de todo muçulmano em terra ocupada por infiéis e persistirá até que eles sejam expulsos, como o Afeganistão, a Palestina e al-Andalus (Espanha). A jihad não é apenas uma obrigação dos fiéis muçulmanos, mas um dos pilares da fé. Na verdade, o principal dever depois da profissão de fé na unicidade de Deus: “Só há um Deus, e Maomé é seu profeta”²²⁴.

2.2.2 A ONU e a cooperação jurídica internacional no combate ao terrorismo

O instituto da cooperação jurídica internacional será considerado em sentido amplo e compreenderá toda e qualquer hipótese de intercâmbio e auxílio entre Estados, organismos internacionais ou órgãos administrativos ou judiciais que tenha como objeto informações, medidas processuais, cumprimento de decisões, seja em matéria cível ou penal. O fundamento que justifica a assistência mútua e o espírito de cooperação é a confiança mútua entre os Estados ou entre os Estados e os organismos internacionais a estimular o esforço de

²²¹ *Ibidem*, p. 25.

²²² GUTIERREZ ESPADA, Cesareo. Radicales y reformistas en el Islam (sobre el use de la violencia). **Revista Española de Derecho Internacional**, v. 61, n. 1, p. 13-37, Jan./June 2009. p. 25.

²²³ *Vide* biografia em: ABDULLAH Yusuf Azzam. In: **Wikipédia, A enciclopédia livre**, 2018. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Abdullah_Yusuf_Azzam>. Acesso em: 30 jul. 2018.

²²⁴ GUTIERREZ ESPADA, *op. cit.*, p. 26.

solidariedade recíproco segundo bases seguras²²⁵. A cooperação jurídica internacional constitui-se em instrumento indispensável de promoção e garantia de direitos e assume papel de extrema relevância em matéria de prevenção e repressão ao terrorismo, cujas práticas acarretam graves violações de direitos humanos, como sinalado pelas convenções e protocolos internacionais²²⁶. Por essa razão, remonta a 1937 e à Sociedade das Nações o primeiro instrumento internacional de combate ao terrorismo, a Convenção para Prevenção e Combate ao Terrorismo, que nunca entrou em vigor²²⁷.

Como fenômeno de múltiplas manifestações, por muitos anos, a forma mais frequente de terrorismo foi a praticada contra aeronaves, o que motivou que as primeiras convenções internacionais convergissem sobre as diversas formas de cometimento de terrorismo a bordo de aeronaves²²⁸. De forma mais abrangente, pode-se dizer que, historicamente, em 1972, a discussão acerca do combate ao terrorismo ingressou formalmente na agenda da Assembleia Geral das Nações Unidas. Nesse ano, foi editada a Resolução n.º 3.034²²⁹, sendo esta a primeira iniciativa no seio das Nações Unidas para a implementação de medidas de prevenção ao terrorismo como fenômeno, instituindo o Comitê Especial Sobre o Terrorismo Internacional.²³⁰ Não obstante essa resolução, diversos outros tratados internacionais foram firmados, de cunho setorial, visando proteger atividades, pessoas ou interesses específicos. Nesse contexto foram celebrados acordos como a Convenção sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares (1980), o Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência nos Aeroportos que Prestem

²²⁵ BECHARA, Fabio Ramazzini. Cooperação jurídica internacional e terrorismo. In: FERNADES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos (Coord.). **Terrorismo e justiça penal**. Belo Horizonte, Forum, 2014. p. 382-383.

²²⁶ BECHARA, Fabio Ramazzini. Cooperação jurídica internacional e terrorismo. In: FERNADES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos (Coord.). **Terrorismo e justiça penal**. Belo Horizonte, Forum, 2014. p. 383.

²²⁷ MARTINEZ VARGAS, Juan Ramón. **Derecho internacional y terrorismo: cuestiones de derecho internacional y relaciones internacionales**. Bogotá: Universidad del Rosario. Berg Institute, 2015. p. 84.

²²⁸ Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft (Convenção referente às Infracções e a Certos Outros Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves), aprovada em 1963, em Tokio; autoriza o comandante da aeronave a impor medidas razoáveis a qualquer pessoa que tenha cometido ou esteja prestes a cometer tais atos e exige que os Estados Partes detenham os infratores. Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (Convenção para a Repressão da Captura Ilícita de Aeronaves), Haia, 1970; exige que os Estados punam os sequestros com “penas severas” e que extraditem ou instaurem um processo judicial contra os infratores. Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation (Convenção para a Repressão de Actos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil), Montreal, 1971; exige que as Partes punam as infracções com “penas severas” e extraditem ou instaurem um processo judicial contra os infratores; complementada pelo Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation (Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência nos Aeroportos ao Serviço da Aviação Civil), Montreal, 1988; 107 Estados Partes; alarga as disposições da Convenção, de modo a abranger os atos terroristas nos aeroportos. (*Ibidem*, p. 84).

²²⁹ A/RES/3034 — Measures to prevent international terrorism which endangers or takes innocent human lives or jeopardizes fundamental freedoms, and study of the underlying causes of those forms of terrorism and acts of violence which lie in misery, frustration, grievance and despair and which cause some people to sacrifice human lives, including their own, in an attempt to effect radical changes. (NAÇÕES UNIDAS. **Resolutions adopted on the reports of the Sixth Committee**. 18 December 1972. p. 119. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3034\(XXVII\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3034(XXVII))>. Acesso: 15 jun. 2018).

²³⁰ *Ibidem*, p. 119.

Serviços à Aviação Civil Internacional, complementar à Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil (1988), a Convenção para a Supressão de Atos Ilegais contra a Segurança da Navegação Marítima (1988), o Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas Situadas na Plataforma Continental (1988), a Convenção de Nova York Contra a Tomada de Reféns (1979), a Convenção de Viena sobre a Proteção Física de Materiais Nucleares (1979), a Convenção de Nova York sobre a Prevenção e Punição de Crimes Contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, incluindo os Altos Funcionários de Governos e os Agentes Diplomáticos (1973)²³¹.

Somente depois do final da Guerra Fria, com a inauguração de um novo ambiente global, marcado mais preponderantemente pelas guerras e conflitos de natureza interna do que pelas guerras entre Estados, passou-se a dar tratamento mais uniforme e universal à questão. Conforme abordado anteriormente, a noção tradicional de segurança, centrada na configuração do Estado, com suas fronteiras, população e instituições, se encontra ameaçada, pois o Estado é, ao mesmo tempo, objeto de proteção e garantidor de proteção. Desse modo, há uma mudança de paradigma, passando-se do modelo de “segurança nacional” para o de segurança humana, cujo foco não é mais o Estado, mas os indivíduos a serem protegidos, bem como suas vidas, dignidade e direitos²³².

Nesse contexto, em 1994, a Assembleia Geral das Nações Unidas editou a Resolução 49/185, com enfoque na questão dos direitos humanos como objeto de proteção em face do terrorismo. Nessa resolução, a ONU condena todas as práticas de terrorismo e insta os Estados-membros a adotar as medidas necessárias e efetivas, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos, para prevenir, combater e eliminar todos os atos de terrorismo, onde quer que sejam cometidos. Ainda, exorta à intensificação da cooperação internacional na luta contra a ameaça terrorista, em planos tanto nacionais quanto regionais ou internacionais²³³.

²³¹ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O direito internacional e o direito brasileiro em face do terrorismo. **Revista dos Tribunais Online. Ciências Penais**, v. 15, p. 335-355, jul./dez. 2011. p. 4.

²³² MOECKLI, Daniel. Human rights and nondiscrimination in the “war on terror”. Oxford: Oxford University Press, 2008. *Apud* CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Combate ao terrorismo no âmbito das Nações Unidas: o sistema de sanções direcionadas a indivíduos, as garantias procedimentais do due process of law e os direitos humanos. **Revista Brasileira de Direitos Humanos**, v. 3, p. 565-578, out./dez. 2012.

²³³ ONU. 49/185. “1. Reiterates its unequivocal condemnation of all acts, methods and practices of terrorism, as activities aimed at the destruction of human rights, fundamental freedoms and democracy, threatening the territorial integrity and security of States, destabilizing legitimately constituted Governments, undermining pluralistic civil society and having adverse consequences on the economic and social development of States; 2. Expresses its solidarity with the victims of terrorism; 3. Calls upon States to take all necessary and effective measures in accordance with international standards of human rights, to prevent, combat and eliminate all acts of terrorism wherever and by whomever committed, and urges the international community to enhance cooperation in the fight against the threat of terrorism at national, regional and international

Em verdade, a Resolução 49/185 não propõe qualquer medida de combate ao terrorismo, mas reafirma a vida humana como direito individual fundamental de primeira grandeza e, evidenciando a solidariedade das Nações Unidas às vítimas do terrorismo, insta que os Estados-membros adotem medidas antiterror. Desse modo, as medidas de combate ao terrorismo propriamente ditas passaram a surgir no final do ano de 1994, com a edição da Resolução 49/60²³⁴, que propõe um plano de atividades para eliminar o terrorismo internacional. Posteriormente, ainda foram editadas as resoluções 50/53²³⁵, de 11 de dezembro de 1995; 51/210²³⁶, de 17 de dezembro de 1996; 52/165²³⁷, de 15 de dezembro de 1997; e 53/108²³⁸, de 8 de dezembro de 1998, todas reafirmando os valores já anteriormente consagrados e propondo novas medidas de combate ao terrorismo.

Assim, a partir do final de 1999, a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança das Nações Unidas passaram a editar resoluções mais agudas, chegando a prever o sistema sancionatório de indivíduos suspeitos de praticar atos de terrorismo. Isso ficou bastante evidente com a edição da Resolução 1.267/1999²³⁹ pelo Conselho de Segurança, que criou uma espécie de “lista negra” (*listing*) para indivíduos e entidades ligadas à Al-Qaeda e ao Talibã. Por intermédio dessa resolução, foi criada a Comissão de Sanções Contra a Al-Qaeda e o Talibã²⁴⁰.

Em 2001, em razão dos ataques a Nova Iorque, Washington e Pensilvânia, e como fosse necessária uma resposta imediata, o recrudescimento na luta contra o terrorismo deu-se na interpretação pelo Conselho de Segurança da ONU acerca das consequências dos atos

levels;” (UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution 49/185**. Human rights and terrorism. 6 march 1995. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/49/185>. Acesso em: 05 jul. 2018).

²³⁴ UNITED NATIONS. **Resolution 49/60**. Measures to eliminate international terrorism. 17 February 1995. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/49/60>. Acesso em: 11 jul. 2018.

²³⁵ UNITED NATIONS. **Resolution 50/53**. Measures to eliminate international terrorism. 29 January 1996. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/50/53>. Acesso em: 11 jul. 2018.

²³⁶ UNITED NATIONS. **Resolution 51/210**. Measures to eliminate international terrorism. 16 January 1997. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/51/210>. Acesso em: 11 jul. 2018.

²³⁷ UNITED NATIONS. **Resolution 52/165**. Measures to eliminate international terrorism. 19 January 1998. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/52/165>. Acesso em: 11 jul. 2018.

²³⁸ UNITED NATIONS. **Resolution 53/108**. Measures to eliminate international terrorism. 26 January 1999. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/53/108>. Acesso em: 11 jul. 2018.

²³⁹ NACIONES UNIDAS. **Resolución 1.267 (1999)**. Aprobada por el Consejo de Seguridad em su 4.051º sesión, celebrada el 15 de octubre de 1999. Disponível em: <[https://undocs.org/es/S/RES/1267%20\(1999\)](https://undocs.org/es/S/RES/1267%20(1999))>. Acesso em: 11 jul. 2018.

²⁴⁰ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Combate ao terrorismo no âmbito das Nações Unidas: o sistema de sanções direcionadas a indivíduos, as garantias procedimentais do due process of law e os direitos humanos. **Revista Brasileira de Direitos Humanos**, v. 3, out./dez. 2012. p. 1.

terroristas quanto ao direito à legítima defesa dos Estados-membros em caso de agressão armada. Mais propriamente quanto ao que constitui agressão armada para que o Estado possa reagir, com uso de força militar, dentro dos parâmetros de legalidade internacionalmente aceitos. No dizer de Lopez-Jacoiste, ataques terroristas são verdadeiros “ataques armados” e, portanto, constituem “ameaças à paz, quebras da paz ou atos de agressão”, nos termos do art. 51 da Carta da ONU²⁴¹.

Até o 11 de setembro de 2001, em caso de agressão armada por um Estado, o Estado agredido tinha o direito de reagir em legítima defesa, direito previsto no art. 51²⁴² da Carta da ONU, que pode ser exercido individual ou coletivamente para fazer cessar a agressão estrangeira. São exemplos clássicos a Coreia em 1950 e o Kuwait em 1990. Note-se que, até então, tratava-se de agressão entre Estados²⁴³. Contudo, em razão dos ataques de 11 de setembro, o Conselho de Segurança da ONU edita a resolução 1.368/2001²⁴⁴, cujo preâmbulo declara reconhecer “o direito imane de legítima defesa individual ou coletiva de conformidade com a Carta das Nações Unidas” e, na parte dispositiva, condena inequivocamente os atentados de 11 de setembro e os “considera uma ameaça à paz e à segurança internacionais”. Note-se que manter a paz e a segurança internacionais é o propósito primeiro das Nações Unidas²⁴⁵.

É de sinalar que até a Resolução 1.368/2001 do Conselho de Segurança da ONU, único órgão cujas decisões são vinculativas a todos os Estados-membros²⁴⁶, apenas Estados Unidos, Israel e África do Sul sustentavam a possibilidade de enviar resposta militar a

²⁴¹ LOPEZ-JACOISTE, Eugenia. Instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo. In: JORDAN, Javier; POZO, Pilar; GUINDO, Miguel G. (Coord.). **Terrorismo sin fronteras: Actores, escenarios y respuestas en un mundo global**. Navarra: Thomson Reuters, 2010. p. 153.

²⁴² *Artigo 51*. “Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.” (BRASIL. **Decreto n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 19 jul. 2018).

²⁴³ CASSESE, Antonio. Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law. **European Journal of International Law**, v. 12, p. 993-1001, 2001. p. 996. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/12/5/1558.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

²⁴⁴ NACIONES UNIDAS. **Resolución 1.368 (2001)**. Reafirmando los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. 12 de setiembre de 2001. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1368\(2001\)&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1368(2001)&Lang=S)>. Acesso em: 15 jul. 2018.

²⁴⁵ *Artigo 1* — Os propósitos das Nações Unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: [...]” (BRASIL. **Decreto n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945**, *op. cit.*).

²⁴⁶ *Vide* item 2.1.1.2.

ataques de bases terroristas abrigadas em países estrangeiros como forma de legítima defesa a uma hostilidade sofrida em seu território²⁴⁷. Apesar de sua redação ambígua, como ressalta Cassese, o argumento para edição da dita Resolução é que esses países, ao proteger organizações terroristas e dar-lhes refúgio ou mesmo apenas tolerá-las, tornam-se cúmplices, sendo, portanto, responsáveis pelo que se pode chamar de agressão armada indireta. A posição da maioria dos países, até então, era de que, por uma questão de proporcionalidade, ações armadas de pequena escala não autorizavam represálias militares como ação de legítima defesa, quer contra Estados, quer contra bases terroristas²⁴⁸. Contudo, os eventos de 11 de setembro e a Resolução n.º 1.368/2001 do Conselho de Segurança mudaram dramaticamente esse cenário e a correlação de forças, tanto que a Resolução, já no seu preâmbulo, reconhece o direito “imaneente à legítima defesa individual e coletiva” e, no dispositivo N.º 1, reconhece o fato como sendo “uma ameaça à paz”. Por fim, no seu dispositivo N.º 5, o Conselho de Segurança manifesta sua disposição de “tomar todas as medidas necessárias para responder aos ataques terroristas”, em outras palavras, se declara pronto a autorizar retaliação militar²⁴⁹.

No mesmo dia em que foi aprovada a Resolução 1.368/2001 do Conselho de Segurança, a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), com base no Art. 5º de seu Estatuto e no Art. 51 da Carta da ONU, por unanimidade de seus 19 membros, emitiu declaração reconhecendo que eles se encontravam na posição de legítima defesa coletiva, decisão essa que não encontrou objeção no Conselho de Segurança da ONU. Assim, em poucos dias, dada a magnitude dos ataques de 11 de setembro, mudaram-se os parâmetros do conceito de legítima defesa, que passaram a considerar um ataque terrorista perpetrado por uma organização terrorista equivalente a uma agressão armada por um Estado²⁵⁰.

Nesse processo histórico, em razão dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 e persistindo na luta antiterror em resposta aos atentados em Nova York, em Washington e na Pensilvânia, o Conselho de Segurança das Nações Unidas editou a Resolução 1.373/2001²⁵¹, pela qual a ONU insta os Estados-membros a adotar uma série de medidas, como: criminalizar o financiamento ao terrorismo; realizar o congelamento de

²⁴⁷ CASSESE, Antonio. Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law. **European Journal of International Law**, v. 12, p. 993-1001, 2001. p. 996. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/12/5/1558.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 996.

²⁴⁹ REMIRO BROTONS, Antonio. Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden. **Revista Española de Derecho Internacional**, v. 53, n. 1, p. 125-172, 2001.

²⁵⁰ CASSESE, *op. cit.*, p. 997.

²⁵¹ NACIONES UNIDAS. **Resolución 1.373 (2001)**. Aprobada por el Consejo de Seguridad em su 4.385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1373\(2001\)&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1373(2001)&Lang=S)>. Acesso em: 15 jul. 2018.

valores e fundos de qualquer natureza de pessoas que cometam atos terroristas; recusar-se a prestar qualquer apoio financeiro a grupos terroristas; abster-se de dar refúgio, sustento ou apoio de qualquer natureza a indivíduos suspeitos de praticar atos de terrorismo; aprimorar o intercâmbio de informações com outros Estados sobre qualquer grupo que se dedique a planejar ou praticar atos terroristas; auxiliar outros Estados na investigação, detecção, detenção, extradição de quaisquer pessoas que participem de atos dessa natureza; e, por fim, criminalizar no âmbito do direito interno de cada um dos Estados-membros o auxílio ativo ou passivo ao terrorismo²⁵².

A Resolução n.º 1.373/2001 ainda criou a Comissão Antiterrorismo, composta pelos quinze Estados-membros integrantes do Conselho de Segurança das Nações Unidas, estimando-se que essa comissão tenha reunido o maior conjunto de informações sobre a capacidade de cada Estado combater o terrorismo²⁵³. Por sua vez, a Resolução 1.566/2005 instituiu um grupo de trabalho responsável por propor novas medidas de combate ao terror, as quais devem observar obrigatoriamente as normas de direitos humanos, as normas atinentes à proteção de refugiados e o direito internacional humanitário²⁵⁴. Também, a Resolução n.º 1.624/2005 do Conselho de Segurança insta os Estados-membros da ONU a proibir, por lei, a incitação de quaisquer pessoas às práticas terroristas. Em seu texto, está disposto que o Conselho de Segurança condena de forma veemente a incitação de atos terroristas e repudia tentativas de justificar ou glorificar atos terroristas que possam ensejar outros atos terroristas²⁵⁵. Ainda insta todos os Estados-membros a agir de acordo com suas responsabilidades perante o Direito Internacional para: (a) proibir, por lei, incitação da prática de ato ou atos terroristas; (b) evitar essa conduta; (c) negar asilo a quaisquer pessoas com relação às quais exista informação crível e relevante que apresente razões para considerar que elas sejam culpadas por essa conduta²⁵⁶. No atual cenário, a legislação brasileira atende às

²⁵² MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O direito internacional e o direito brasileiro em face do terrorismo. **Revista dos Tribunais Online. Ciências Penais**, v. 15, p. 335-355, jul./dez. 2011. p. 342.

²⁵³ *Ibidem*, p. 342.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 343.

²⁵⁵ Tradução livre de: “Condemning also in the strongest terms the incitement of terrorist acts and repudiating attempts at the justification or glorification (apologie) of terrorist acts that may incite further terrorist acts.” (UNITED NATIONS. **Resolution 1.624 (2005)**. Adopted by the security council at its 5.261st meeting, on 14 september 2005. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1624\(2005\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1624(2005))>. Acesso em: 10 jul. 2018).

²⁵⁶ Tradução livre de: “1. Calls upon all States to adopt such measures as may be necessary and appropriate and in accordance with their obligations under international law to: (a) Prohibit by law incitement to commit a terrorist act or acts; (b) Prevent such conduct; (c) Deny safe haven to any persons with respect to whom there is credible and relevant information giving serious reasons for considering that they have been guilty of such conduct”. (*Ibidem*).

determinações da Resolução 1.624/2005²⁵⁷.

2.2.2.1 O Conselho de Segurança e a Resolução 1.373/2001

Era de se esperar que os eventos ocorridos nos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001, pela sua forma, escala e magnitude, desencadeassem uma reação de mesma, ou maior proporção, e que essa reação deixaria marcas no sistema legal internacional. Esses eventos seguem sendo qualificados como sem precedentes, embora se possa dizer que eram, sim, previsíveis, ao menos no sentido de que houve antecedentes da mesma natureza. Houve um atentado prévio nas mesmas Torres Gêmeas, houve a explosão de um edifício federal em Oklahoma City, descobriram-se conspirações para explodir túneis em Nova Iorque e os prédios das Nações Unidas, todas as catástrofes de magnitude semelhante aos eventos de 11 de setembro. Principalmente, há décadas, as pessoas vêm lendo sobre a possibilidade de atentados terroristas com cenários cada vez mais catastróficos, como o terrorismo nuclear. Ainda assim, quando acontece, é como se houvesse um choque de reconhecimento. É como Chernobyl, embora todos soubessem que um acidente nuclear poderia ocorrer, ainda assim, quando ocorre, há um choque de reconhecimento²⁵⁸. Isso importa porque, passado o choque de reconhecimento, o fato ocorrido precisa ser analisado sob uma perspectiva legal, ou seja, os fatos ocorridos em 11 de setembro precisavam ser analisados sob a ótica do sistema legal internacional, já que ficou claro tratar-se de um atentado terrorista perpetrado por uma organização com ramificações internacionais²⁵⁹.

Por fim, a indagação que se faz é se o inusitado e a magnitude dos fatos tratados podem ser processados pelo sistema existente? O sistema é suficiente para apreender, compreender e tratar adequadamente o fato ocorrido? Apesar da magnitude, do peso e da estrutura desse caso, ele pode ser absorvido pelo sistema e contribuir com sua natural evolução? Ou seriam esses eventos tão únicos, tão imprevisíveis, tão indigeríveis pelo sistema que exigiriam uma mudança no próprio sistema? Não uma mudança de ajustes e especificações, mas uma mudança nos parâmetros do sistema²⁶⁰.

²⁵⁷ UNITED NATIONS. **Resolution 1.624 (2005)**. Adopted by the security council at its 5.261st meeting, on 14 september 2005. p. 346 Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1624\(2005\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1624(2005))>. Acesso em: 10 jul. 2018.

²⁵⁸ ABI-SAAB, Georges. The proper role of international law in combating terrorism. **Chinese Journal of International Law**, v. 1, n. 1, p. 305-313, 2002.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 306.

Entrando em vigor em 28 de setembro de 2001, a Resolução 1.373 é a pedra angular das Nações Unidas no esforço de combate ao terrorismo e representa uma mudança nos parâmetros de atuação do Conselho de Segurança e da própria Organização das Nações Unidas. Adotada sob a égide do Capítulo VII da Carta da ONU, declara o terrorismo internacional uma “ameaça à paz e à segurança internacionais” e impõe obrigações vinculativas a todos os Estados-membros das Nações Unidas. Determina profundo envolvimento do Conselho de Segurança, que passa a ter papel de protagonismo no desenvolvimento da política contraterrorismo, papel desenvolvido até então pela Assembleia Geral²⁶¹. Ao editar a Resolução 1.373, o Conselho de Segurança “abriu novos caminhos” usando os poderes do Capítulo VII da Carta para, pela primeira vez, ordenar a todos os Estados que tomem ações positivas de um lado e que se abstenham de outras atividades em determinado contexto. Até então, os poderes do Capítulo VII eram usados para disciplinar um determinado país, mas jamais para ditar a política global de longo alcance²⁶².

A primeira grande novidade da Resolução 1.373 foi a criação do Comitê de Contra Terrorismo (CTC), composto por todos os membros do Conselho de Segurança e com a função, entre outras, de acompanhar a implementação, pelos Estados-membros, das diretrizes constantes na própria Resolução. Pelos termos do seu dispositivo 6, todos os Estados-membros devem apresentar relatórios periódicos ao CTC sobre seus avanços em relação à implementação da Resolução. Embora a Resolução não tenha fornecido uma diretriz de como o CTC deve agir, na prática, observa-se que o Comitê tem adotado uma postura de transparência, primando pelo consenso, tornando-se um importante elo no estabelecimento do diálogo entre o Conselho de Segurança e os Estados-membros na construção da melhor forma de implementar, interna e internacionalmente, as estruturas necessárias para combater o terrorismo²⁶³. O que se deve ressaltar é que foi a primeira vez que o Conselho de Segurança adotou determinações vinculativas de política doméstica, a serem seguidas pelos Estados-membros das nações Unidas. Essa medida não tinha nenhum precedente com tamanha abrangência e, em especial, em assunto de tão difícil trato como o terrorismo. Notadamente, a Resolução explicita o que o Conselho de Segurança determina e espera dos Estados-membros

²⁶¹ ROSAND, Eric. Security council resolution 1.373, the counter-terrorism committee, and the fight against terrorism. *American Journal of International Law*, v. 97, n. 2, p. 333-341, apr. 2003. p. 333.

²⁶² STROMSETH, Jane E. Imperial security council — implementing security council resolutions 1.373 and 1.390. *American Society of International Law Proceedings*, n. 97, p. 41-54, 2003. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2688&context=facpub>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

²⁶³ ROSAND, *op. cit.*, p.335.

— que se abstenham de dar qualquer amparo, auxílio ou proteção a quem apoia ou pratica terrorismo e que passem a uma postura ativa de persecução a essas atividades²⁶⁴.

A Resolução 1.373 apresenta um programa de combate ao terrorismo desenvolvido em três níveis. O primeiro determina que todos os Estados-membros adotem um programa legislativo de incriminação de atos terroristas conforme, pelo menos, definido no seu dispositivo. O segundo exige um compromisso dos governos, uma decisão política de proceder conforme estabelecido no dispositivo. Por fim, demanda que o Estado mantenha o Comitê de Contra Terrorismo informando sobre os progressos e dificuldades enfrentados na implementação da Resolução²⁶⁵.

Segundo Diaz Barrado, se podem destacar ao menos quatro aspectos importantes da Resolução 1.373. Em primeiro lugar, ela contém e detalha uma série de medidas de enfrentamento direto ao terrorismo internacional, na base da prevenção e repressão do financiamento de atos terroristas, contemplando a tipificação de delitos, o congelamento de fundos econômicos e a proibição de colocá-los à disposição de quem participa de atividades, de qualquer modo, vinculadas ao terrorismo. Em segundo lugar, descreve um conjunto de medidas que afetariam diretamente as pessoas que cometem ou participam de atos terroristas, tais como impedir o recrutamento, impedir provisão de alerta e aviso a possíveis coautores, denegação de refúgio e quartel, persecução penal dos autores e partícipes, estabelecimento de controles eficazes de fronteira e de emissão de documentos e assistência mútua nas investigações e nos processos penais. Em terceiro lugar, prevê medidas que reforçariam a luta contra o terrorismo através das relações de cooperação entre os Estados, tais como o intercâmbio de informação operacional, a cooperação nas esferas administrativas e judiciais, a celebração ou adesão a acordos e tratados internacionais sobre a matéria, e rígido controle na concessão do *status* de refugiado. Por fim, a criação do Comitê Contra o Terrorismo, com o objetivo de acompanhar a implementação da Resolução²⁶⁶.

Em que pese a Resolução ter sido saudada como uma singular inovação e um meio eficaz de mobilizar os Estados contra o terrorismo, de uma forma que jamais se atingiria através do processo tradicional dos tratados, recebeu forte crítica o fato de o Conselho de Segurança ter aberto mão da oportunidade de definir terrorismo ou o que seria ato de

²⁶⁴ KFIR, Isaac. A regime in need of balance: the un counter-terrorism regimes of security and human rights. **University of Miami National Security and Armed Conflict Law Review**, v. 4, n. 1, p. 7-47, 2013. p. 32. Disponível em: <<https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1046&context=umnsac>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 32.

²⁶⁶ DIAZ BARRADO, Castor Miguel. El marco jurídico internacional de la lucha contra el terrorismo. In: LUCHA contra el terrorismo y derecho internacional. instituto español de estudios estrategicos. Barcelona: Ministerio de Defensa, 2006. (Cuadernos de Estrategia; 133). p. 66.

terrorismo. Ao assim proceder, o Conselho de Segurança transferiu aos Estados-membros essa incumbência, permitindo que fossem elaborados tipos penais de grande amplitude, resultando em restrições aos direitos humanos sob o pretexto de combate ao terrorismo²⁶⁷.

É preciso ter em mente que os mais variados instrumentos internacionais de natureza universal patrocinados pelas Nações Unidas têm um único objetivo comum: responder à internacionalização do terrorismo pela internacionalização da repressão²⁶⁸. De fato, os vários tratados ou convenções internacionais de natureza universal que tratam com agentes de crimes específicos, como sequestro de aviões e navios ou tomada de reféns, partem da definição do que constitui o delito ou delitos, suas circunstâncias e as medidas para prevenção. Também são impostas medidas que obrigam a punição desses crimes com penas geralmente severas²⁶⁹. Entretanto, a inexistência de uma definição uniforme e universalmente aceita, aliada a um forte mandato para criação de leis e políticas contraterrorismo, abriu possibilidade para o cometimento de abusos pelos Estados-membros nos domínios em que a fragmentada definição internacional carece de clareza²⁷⁰.

Essa preocupação foi levada ao CTC pelo Gabinete do Alto Comissário para os Direitos Humanos das Nações Unidas. Na oportunidade, foi referida a preocupação de que a guerra ao terror pudesse ser explorada para a obtenção de vantagem política no terreno doméstico, reprimindo dissidências políticas legítimas. No mesmo momento, a Anistia Internacional manifestou preocupação com o fato de a implementação da Resolução 1.373 facilitar a violação de direitos humanos. O representante do CTC, concordando com tais manifestações, reconheceu a possibilidade de que a implementação da Resolução 1.373 resultasse em violações de direitos humanos²⁷¹. Durante esse debate, foram levantadas questões concretas de legislações aprovadas sob a égide da Resolução 1.373, que limitaram o direito de associação e ampliaram significativamente o poder de prisão dado às forças policiais e o tempo de detenção. Foram citados casos de extradição de civis, os quais foram obrigados a voltar a seus países de origem mediante a simples declaração de que não seriam

²⁶⁷ KASSA, Wondwossen D. Rethinking the no definition consensus and the would have been binding assumption pertaining to Security Council Resolution 1373. **Flinders Law Journal**, v. 17, n. 1, p. 127-154, July 2015.

²⁶⁸ GUILLAUME, Gilbert. Terrorism and international law. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 53, n. 3, p. 537-548, jul. 2004. Disponível em: <<http://uniset.ca/terr/art/guillaume.html>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 541.

²⁷⁰ KASSA, *op. cit.*, p. 133.

²⁷¹ HUMAN Rights Committee Briefed on work of counter-terrorism committee. **Press Release**, 27 march 2003. Disponível em: <<https://www.un.org/press/en/2003/hrct630.doc.htm>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

submetidos à tortura, o que, na visão dos órgãos de Direitos Humanos, é uma medida inadequada e insuficiente para proteger os direitos individuais de qualquer pessoa.²⁷²

É nesse sentido a manifestação de Martin Scheinin, relator especial para promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas:

O relator especial manifesta particular preocupação com os repetidos apelos da comunidade internacional para eliminação do terrorismo, na ausência de uma definição universal e compreensiva do termo podem surgir consequências negativas para os direitos humanos. Apelos da comunidade internacional para combater terrorismo, sem uma definição do termo, pode ser interpretado como uma delegação aos Estados para que definam seu significado. Esse fato tem potencial de gerar indesejados abusos nos direitos humanos e mau uso da expressão. [...] Além do mais, há o risco de que o uso pela comunidade internacional da noção de ‘terrorismo’ sem definir o termo, resulte na legitimação internacional não intencional de condutas perpetradas por regimes opressores de que a comunidade internacional deseja uma forte ação contra o terrorismo conforme é por eles definido²⁷³.

Segundo Kassa, após a análise de mais de 500 relatórios enviados ao CTC por Estados-membros, confirmou-se que a falta de definição por parte da ONU do que seja terrorismo é preocupante. O estudo demonstrou que as definições de terrorismo acolhidas nas leis domésticas antiterror são amplas, vagas e, muitas vezes, conflitantes²⁷⁴. Sobre o tema, aliás, a *Internacional Commission of Jurists*²⁷⁵, por sua iniciativa, publicou interessante documento intitulado *Assessing damage, urging action: Report of the Eminent Jurists Panel*

²⁷² HUMAN Rights Committee Briefed on work of counter-terrorism committee. **Press Release**, 27 march 2003. Disponível em: <<https://www.un.org/press/en/2003/hrct630.doc.htm>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

²⁷³ Tradução livre de: “Of particular concern to the Special Rapporteur’s mandate is that repeated calls by the international community for action to eliminate terrorism, in the absence of a universal and comprehensive definition of the term, may give rise to adverse consequences for human rights. Calls by the international community to combat terrorism, without defining the term, can be understood as leaving it to individual States to define what is meant by the term. This carries the potential for unintended human rights abuses and even the deliberate misuse of the term. [...] Furthermore, there is a risk that the international community’s use of the notion of “terrorism”, without defining the term, results in the unintentional international legitimization of conduct undertaken by oppressive regimes, through delivering the message that the international community wants strong action against “terrorism” however defined.” (UNITED NATIONS. Economic and Social Council. **Promotion and protection of human rights**: Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin. 28 dec. 2015. Disponível em: <<https://undocs.org/E/CN.4/2006/98>>. Acesso em: 31 jul. 2018).

²⁷⁴ KASSA, Wondwossen D. Rethinking the No definition consensus and the would have been binding assumption pertaining to Security Council Resolution 1.373. **Flinders Law Journal**, v. 17, n. 1, p. 127-154, jul. 2015. p. 134. Disponível em: <<http://www5.austlii.edu.au/au/journals/FlinLawJl/2015/4.html>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

²⁷⁵ “The International Commission of Jurists (ICJ) is a non-governmental organization devoted to promoting the understanding and observance of the rule of law and the legal protection of human rights throughout the world. It is headquartered in Geneva, Switzerland, and has many national sections and affiliated organizations. It enjoys consultative status in the United Nations Economic and Social Council, UNESCO, the Council of Europe and African Union. The ICJ maintains cooperative relations with various bodies of the Organization of American States.” (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. Geneva, 2018. Disponível em: <<https://www.icj.org/>>. Acesso em: 31 jul. 2018).

on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights, que traz exemplo do que foi mau uso da Resolução 1.373 e da ausência de definição em torno do que seja terrorismo.

Tratando especificamente sobre as leis antiterror, o documento explicita que os governos respondem a atos de terrorismo ou a ameaça de tais atos aprovando, com presteza, novas legislações. O que não se tem claro é se essa presteza é para simplesmente responder à angústia do público em geral ou se para atingir algum ganho político imediato ou ambos, talvez. Segundo os juristas que firmam o documento, o que a experiência tem demonstrado é que, invariavelmente, tais legislações são aprovadas sem um escrutínio mais demorado e sem que sejam consideradas medidas alternativas, resultando em problemas futuros²⁷⁶. O documento ainda ressalta o fato de que os Estados, desejosos de aprovar leis antiterror, se deparam com o problema em torno dos conceitos de “terrorismo”, “terroristas” e “delitos de terrorismo”. Em muitos casos, é fácil perceber quando governos locais têm como alvo seus inimigos domésticos, como o caso do revogado Art. 8º da Lei Antiterror 3.713 da Turquia, que incriminava “propaganda escrita e oral, assembleias, encontros e demonstrações voltadas a vulnerar indivisível unidade da República Turca”²⁷⁷. Na verdade, o referido dispositivo objetivava impedir qualquer debate acerca do tratamento, do *status* e das pretensões dos Curdos, uma minoria étnica que vive no território turco²⁷⁸.

Nesse sentido, uma das críticas mais violentas à omissão da ONU veio do Editorial do *The Criminal Law Quarterly*:

O fracasso do Conselho de Segurança em promover uma definição de terrorismo deixou os Estados livres para criar as suas próprias definições. Alguns definiram terrorismo de forma tão ampla de modo que pudesse abranger desde desobediência civil não violenta até dissidência pacífica; outros seletivamente definiram o terrorismo para que ele não incluísse ataques contra civis de uma potência de ocupação. Alguns países como a Síria reuniu ambas as proezas. Seguindo uma Convenção Árabe definiu terrorismo de uma maneira tão ampla que incluiu dissidência enquanto excluiu ‘luta pela liberdade’ desde que ela não seja dirigida contra um Estado Árabe²⁷⁹.

²⁷⁶ ASSESSING Damage, Urging Action: Report of the eminent jurists panel on terrorism, counter-terrorism and Human Rights. Geneva, 2009. p. 36. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/499e76822.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 37.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 37.

²⁷⁹ Tradução livre de: “The Security Council's failure to promote a definition of terrorism left states free to create their own definitions. Some defined terrorism very broadly so it could cover non-violent civil disobedience or even peaceful dissent; others selectively defined terrorism so that it would not include attacks on the civilians of an occupying power. A few countries, like Syria, managed both feats. Following an Arab Convention, it defined terrorism in an overbroad manner that included dissent while excluding ‘freedom fighting’, so long as it was not directed at an Arab state.” (THE UN's failed response to terrorism. *Criminal Law Quarterly*, v. 58, n. 1, p. 1-3, dec. 2011. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/clwqtrty58&div=3&id=&page=>>>. Acesso em: 31 jul. 2018).

Em detrimento das preocupações relativas a possíveis violações aos direitos humanos decorrentes das legislações derivadas da Resolução 1.373, sob o ponto de vista pragmático, os resultados da Resolução são entusiasmantes, dada sua natureza vinculativa. Note-se que até a sua edição, apenas dois Estados-membros eram signatários de todas as doze convenções internacionais e protocolos de combate ao terrorismo existentes, negociados e concluídos da forma tradicional pela Assembleia Geral e outros órgãos das Nações Unidas²⁸⁰.

Se, por um lado, a efetividade da decisão do Conselho de Segurança da ONU foi inquestionável ao editar a Resolução 1.373, invocando os poderes do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, muitos levantam a objeção de que, ao assim agir, o Conselho de Segurança enfraqueceu a integridade constitucional das Nações Unidas e subverteu a balança de poder interno da Organização²⁸¹. Por essa razão, levanta-se uma questão mais ampla para o futuro: os poderes contidos no Capítulo VII da Carta da ONU permitem ao Conselho de Segurança e lhe conferem legitimidade para tomar decisões na condição de “legislador global”²⁸²? Por outro lado, qual a legitimidade de um colegiado de 15 países, com a proeminência de cinco (com poder de veto), cujas decisões são imunes a revisão judicial de qualquer ordem (a ONU possui imunidade judicial), criar obrigações legais de longo e indefinido alcance para toda a comunidade internacional? Será essa a forma adequada de fazer política internacional?²⁸³

Se, por um lado, a Resolução 1.373 facilitou internamente a adoção de legislação antiterrorismo, alguns países, por seu histórico, foram bastante recalcitrantes em modernizar sua legislação, dentre eles o Brasil. A história política do Brasil mostra que houve a prática de atos de terrorismo por grupos rebeldes contra o Estado e a população civil e pelo Estado contra insurgentes e a população. É impossível dizer que um lado estivesse, ao longo da história, sempre certo e justificado e o outro, sempre errado. Entretanto, é possível afirmar que houve tempos em que ambos os lados usaram de táticas terroristas. Que ambos os lados usaram como desculpa a violência de seu oponente para justificar a escalada de sua própria violência. De maneira que, se a palavra terrorismo é multifacetada no contexto brasileiro, é

²⁸⁰ ROSAND, Eric. The security council as global legislator: ultra vires or ultra innovative. **Fordham International Law Journal**, v. 28, n. 3, p. 542-590, feb. 2005. p. 549. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/frdint28&i=568>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 570.

²⁸² *Ibidem*, p. 573.

²⁸³ *Ibidem*, p. 573-574.

possível afirmar que ela se referia tanto a governos militares quanto à violência política dos grupos insurgentes²⁸⁴.

Com esse passado, e com as mudanças políticas recentes ocorridas no Brasil, a situação se colocou de tal forma que a criminalização doméstica do terrorismo pode não ter a resposta política positiva que teve em outras regiões do planeta. Há fatores distintivos no Brasil que fazem com que ele seja refratário a uma nova lei antiterror: sua aderência à democracia representativa, sua aderência a uma sólida política de direitos humanos (mesmo em face de ameaças à segurança nacional) e um compromisso com a manutenção do debate político vibrante através do direito à livre manifestação e protesto, em especial contra o governo, o que leva à opção de enquadrar como crime comum atos violentos de organizações como o MST. Soma-se a esses fatores certa desconfiança da população, que tende a associar qualquer aumento de poder do Estado, comum nas legislações antiterror, como um convite à repressão²⁸⁵.

De qualquer modo, ainda que com resistências, em 2016, o Brasil aprovou sua lei antiterror, o que será visto a seguir.

2.3 TERRORISMO NO BRASIL

O 11 de setembro e os ataques terroristas que se seguiram acenderam uma consciência global acerca da magnitude da ameaça e dos riscos que o terrorismo representa. Compreensível, então, que as leis antiterror tenham sido enfatizadas, consideradas e consolidadas como o ponto-chave das preocupações nacionais, regionais e internacionais. A resposta do Conselho de Segurança foi sem precedentes, adotando a Resolução 1.373/2001, que foi descrita como “legislação” com base no fato de ser “geral, unilateral, e obrigatória”²⁸⁶ aos países-membros. De modo que, em 20 de setembro de 2001, a União Europeia editou sua primeira política geral antiterror e a Organização dos Estados Americanos (OEA), no mesmo ano, editou a Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, com o objetivo expresso de “prevenir, punir e eliminar o terrorismo”²⁸⁷, assinada pelo Brasil, em 06/03/2002, e ratificada

²⁸⁴ WELSH, Rebecca. Understood but undefined: why do Argentina and Brazil resist criminalising terrorism. *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, v. 7, n. 3, p. 327-348, 2013. p. 341. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/vioincl7&i=329>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 344-345. Obs. O Art. é datado de março de 2013, portanto anterior à Lei 13.260/2016.

²⁸⁶ CH Powell, 'The UN, Terrorism and the Rule of Law' in Victor V Ramraj, Michael Hor, Kent Roach and George Williams (Eds.), *Global Anti-Terrorism Law and Policy* (2nd edn, CUP 2012) 23, 29-30. *Apud Ibidem*, p. 327.

²⁸⁷ BRASIL. **Decreto n.º 5.639, de 26 de dezembro de 2005**. Promulga a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5639.htm>. Acesso em: 8 ago. 2018.

em 26/09/2005²⁸⁸. Não obstante toda sinalização internacional, o Brasil se manteve recalitrante até aprovar sua legislação em 2016²⁸⁹.

2.3.1 Histórico do terrorismo no Brasil

Embora, no Brasil, o terrorismo tenha sido tipificado recentemente, por meio da Lei n.º 13.260/2016, a matéria já foi objeto de diversas outras legislações, mesmo em período anterior à expressão “terrorismo” ter sido cunhada. Ainda no período colonial, durante a União Ibérica, Portugal promulgou as Ordenações Filipinas de 1603²⁹⁰, que nada mais eram do que uma compilação de leis. Dentre outros delitos, era previsto o crime de Lesa Majestade²⁹¹, cometido contra a pessoa do monarca ou contra seu Real Estado, e que, à época, poderia ser interpretado como causador de terror. Assim, tendo em vista a vinculação do Brasil Colônia à Coroa Portuguesa, a referida legislação tinha vigência nas terras brasileiras²⁹².

Como dito, nessa época ainda não se havia cunhado as expressões *terror* e *terrorismo*, pois as primeiras concepções sobre o tema foram lançadas pela Revolução Francesa, como já visto. Sem referir as expressões *terror* e *terrorismo*, durante o Primeiro Império do Brasil, foi promulgado o Código Penal do Império de 1831, ocasião em que houve uma espécie de repressão aos delitos contra a segurança nacional e a ordem política²⁹³, conforme se verifica na Parte Segunda, dos Crimes Públicos, em especial no Título I, que trata dos crimes contra a existência política do Império, e no Título IV, que disciplina os crimes contra a segurança interna do Império e pública²⁹⁴.

²⁸⁸ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **A-66: Convencion Interamericana contra el Terrorismo**. Bridgetown, Barbados, 6 mar. 2002. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-66.html>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

²⁸⁹ WELSH, Rebecca. Understood but undefined: why do Argentina and Brazil resist criminalising terrorism. **Vienna Online Journal on International Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 327-348, 2013. p. 327-328. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/vioincl7&i=329>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 344-345. Obs. O artigo é datado de março de 2013, portanto anterior à Lei 13.260/2016.

²⁹⁰ PORTUGAL. **Ordenações Filipinas online**. Edição baseada na obra de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm?inp=lesa+majestade&qop=*&outp=>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

²⁹¹ Livro 5, Tít. 6: Do Crime de Lesa Magestade. In: PORTUGAL. **Ordenações Filipinas online**. Edição baseada na obra de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1153.htm>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

²⁹² ALMEIDA, Débora de Souza de. **Terrorismo: Comentários**, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016 e aspectos criminológicos e político-criminais. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 139.

²⁹³ GUIMARÃES, Marcelo Ovídio Lopes. **O tratamento penal do terrorismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 80.

²⁹⁴ BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 1º ago. 2018.

A mesma situação se observa com a edição do Código Penal Republicano, o qual manteve praticamente as mesmas disposições do Código Penal do Império no que diz respeito à segurança nacional, apenas adequando-o para a terminologia republicana²⁹⁵. Em 17 de janeiro de 1921, foi publicado o Decreto n.º 4.269²⁹⁶, que regulava a repressão ao anarquismo, pois, na época, o país estava sob a ameaça de um terrorismo anarquista, sendo necessário reprimi-lo, conforme se havia feito na Europa²⁹⁷. Nos artigos 4º, 5º e 6º do referido Decreto, era criminalizada a utilização, fabricação e colocação de explosivos em lugares públicos ou acessíveis ao público²⁹⁸. Merece especial atenção o art. 6º, cujo texto definia a finalidade das condutas: “intuito de causar tumulto, alarma, ou desordem, ou de commetter alguns dos crimes indicados no art. 1º ou de auxiliar a sua execução”, indicando aquilo que, hoje, parcialmente se entende por terrorismo, evidenciando que o legislador desejava coibir atentados à bomba que objetivassem causar terror e tumulto generalizado²⁹⁹.

Posteriormente, sob o trauma da Intentona Comunista ou Revolta Vermelha, foi promulgada a Lei n.º 38, de 4 de abril de 1935³⁰⁰, que definiu os crimes contra a ordem política e social, tipificando criminalmente condutas como realizar alteração constitucional por meios violentos e a oposição ao livre funcionamento de qualquer dos poderes políticos da União. O art. 17 da referida legislação se aproxima muito das práticas típicas do terrorismo atual, pois criminaliza a conduta de incitar ou preparar atentado contra pessoa ou bens, por motivos doutrinários, políticos ou religiosos³⁰¹.

²⁹⁵ ALMEIDA, Débora de Souza de. **Terrorismo**: Comentários, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016 e aspectos criminológicos e político-criminais. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 140.

²⁹⁶ BRASIL. **Decreto n.º 4.269, de 17 de janeiro de 1921**. Regula a Repressão do Anarchismo. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4269-17-janeiro-1921-776402-publicacaooriginal-140313-pl.html>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

²⁹⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: UERJ, 1981. *Apud* ALMEIDA, *op. cit.*, p. 140.

²⁹⁸ “**Art. 4º**. Fazer explodir em edificios publicos ou particulares, nas vias publicas ou logares franqueados ao publico, bombas de dynamite ou de outros explosivos iguaes, ou semelhantes em seus effeitos aos da dynamite. - Pena: prisão cellualar por um a quatro annos.

Art. 5º. Collocar, nos logares indicados no artigo anterior, bombas de dynamite ou de outros explosivos iguaes ou semelhantes em seus effeitos aos da dynamite. - Pena: prisão cellualar por seis mezes a dous annos.

Art. 6º. Fabricar bombas de dynamite ou de outros explosivos iguaes ou semelhantes, em seus effeitos, aos da dynamite, com o intuito de causar tumulto, alarma, ou desordem, ou de commetter alguns dos crimes indicados no art. 1º ou de auxiliar a sua execução. - Pena: prisão cellualar por seis mezes a dous annos.”

(BRASIL. **Decreto n.º 4269, de 17 de janeiro de 1921**. Regula a Repressão do Anarchismo. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4269-17-janeiro-1921-776402-publicacaooriginal-140313-pl.html>>. Acesso em: 2 ago. 2018).

²⁹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: UERJ, 1981. *Apud* ALMEIDA, Débora de Souza de. **Terrorismo**: Comentários, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016 e aspectos criminológicos e político-criminais. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 140.

³⁰⁰ BRASIL. **Lei n.º 38, de 4 de abril de 1935**. Define crimes contra a ordem política e social. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-38-4-abril-1935-397878-republicacao-77367-pl.html>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

³⁰¹ *Ibidem*.

No ano de 1938, foi promovida uma alteração no art. 122, item 13³⁰², da Constituição de 1937, por intermédio da Lei Constitucional n.º 01 de 1938. Embora o referido artigo já apresentasse normas acerca da segurança nacional, com a alteração, a expressão *terror* foi introduzida pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro³⁰³.

Na esfera infraconstitucional, nesse mesmo ano, foi editado o Decreto-Lei 431/38, cujo art. 2º, item 8, previa pena de morte para condutas que tivessem como objetivo suscitar o terror, com o fim de atentar contra a segurança nacional.

Art. 2º Caberá pena de morte nos seguintes crimes:

[...]

8) praticar devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror, com o fim de atentar contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições;³⁰⁴

Em 1953, por intermédio da Lei n.º 1.802/53, foram revogados a Lei n.º 38/1935 e o Decreto-lei n.º 431/1938, adotando-se novas definições para os crimes contra o Estado e a ordem política. O art. 4º, inciso II, da Lei n.º 1.802/53 manteve redação semelhante ao art. 2º, item 8, do Decreto-Lei n.º 431/1938, mas afastou a pena de morte:

³⁰² “**Art 122** - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] **13**) Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes: (Redação dada pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938) (Vide Decreto n.º 10.358, de 1942); **a**) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; (Redação dada pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938); **b**) atentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; (Redação dada pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938); **c**) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra; (Redação dada pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938); **d**) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; (Redação dada pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938); **e**) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; (Redação dada pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938); **f**) a insurreição armada contra os Poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito; (Redação dada pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938); **g**) praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevém em virtude deles; (Incluído pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938); **h**) **atentar contra a segurança do Estado praticando devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror; (Incluído pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938); i**) atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República; (Incluído pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938); **j**) o homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade. (Incluído pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938).” (BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso: 1º ago. 2018. Grifo nosso).

³⁰³ ALMEIDA, Débora de Souza de. **Terrorismo**: Comentários, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016 e aspectos criminológicos e político-criminais. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 141.

³⁰⁴ BRASIL. **Decreto-Lei n.º 431, de 18 de maio de 1938**. Define crimes contra a personalidade internacional, a Estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-431-18-maio-1938-350768-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

Art. 4º Praticar:

[...]

II - devastação, saque, incêndio, depredação, desordem de modo a causar danos materiais ou a **suscitar terror**, com o fim de atentar contra a segurança do Estado;

Pena: - reclusão de 3 a 8 anos aos cabeças, e de 2 a 6 anos aos demais agentes³⁰⁵.

A Lei n.º 1.802/53, em seu art. 16, ainda tipificava outras condutas que possuísem como fim a utilização de substâncias ou engenhos explosivos ou armas de guerra que, eventualmente, pudessem ser instrumentos de *terror*:

Art. 16. Fabricar, ter sob a sua guarda ou à sua disposição, possuir, importar, exportar, comprar ou vender, trocar, ceder ou emprestar transporte por conta própria ou de outrem, substâncias ou engenhos explosivos ou armas de guerra ou utilizáveis como instrumento de destruição ou **terror**, tudo em quantidade e mais condições indicativas de intenção criminosa³⁰⁶.

Com o advento do Governo Militar, a Lei n.º 1.802/53 foi considerada inadequada para punir com severidade os crimes praticados contra a segurança nacional³⁰⁷. Nesse período, o primeiro diploma que tratou da matéria foi o Decreto-Lei n.º 314/1967, que definia expressamente a punição a atos de terrorismo nos artigos 25 e 40:

Art. 25. Praticar massacre, devastação, saque, roubo, seqüestro, incêndio ou depredação, atentado pessoal, ato de sabotagem ou terrorismo; impedir ou dificultar o funcionamento de serviços essenciais administrados pelo Estado ou mediante concessão ou autorização:

Pena - reclusão, de 2 a 6 anos.

Art. 40. A responsabilidade penal ou civil pela propaganda subversiva é autônoma e não exclui a dos autores ou responsáveis por outros crimes, na forma dêste decreto-lei ou de outras leis³⁰⁸.

Em março de 1969, com a edição do Decreto-Lei n.º 510/1969, ambos os artigos tiveram sua redação alterada³⁰⁹. Todavia, meses depois, em setembro, os Decretos-Lei n.º

³⁰⁵ BRASIL. **Lei n.º 1.802, de 5 de janeiro de 1953**. Define os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1802-5-janeiro-1953-367324-republicacao-45847-pl.html>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Terrorismo**: Direito penal constitucional e os limites de criminalização. Curitiba: Juruá, 2017. p. 302.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 302.

³⁰⁹ “Art. 25. Praticar devastação, saque, assalto, roubo, seqüestro, incêndio ou depredação; ato de sabotagem ou terrorismo, inclusive contra estabelecimento de crédito ou financiamento, massacre, atentado pessoal; impedir ou dificultar o funcionamento de serviços essenciais, administrados pelo Estado, ou mediante concessão ou autorização. - Pena: Reclusão, de 2 a 6 anos. [...]”

Art. 40. Importar, fabricar, ter em depósito ou sob sua guarda, comprar, vender, doar, ou ceder, transportar ou trazer consigo armas de fogo ou engenhos privativos das Fôrças Armadas, ou quaisquer instrumentos de destruição ou terror. - Pena: Reclusão, de 1 a 3 anos.” (Redação dada pelo: BRASIL. **Decreto-lei n.º 510, de 20 de março de 1969**. Altera dispositivos do decreto-lei n.º 314 de 13 de março de 1967, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-510-20-marco-1969-376778-norma-pe.html>>. Acesso em: 2 ago. 2018).

314/1967 e n.º 510/1969 foram revogados pelo Decreto-Lei n.º 898/1969, o qual altera significativamente as penas cominadas aos delitos contra a segurança nacional, dentre esses os crimes de terror³¹⁰, lembrando que, nesse momento, o Brasil se encontrava sob a égide do Ato Institucional n.º 5. O art. 28³¹¹ do Decreto-Lei n.º 898/1969 apresentou uma tentativa de tipificação do terrorismo, porém não observava o princípio da taxatividade, uma vez que meramente invocava a expressão *terrorismo*³¹². Nesse contexto, o art. 46 do aludido Decreto-lei manteve paralelismo com a redação do revogado art. 16 da Lei n.º 1.802/53, mantendo a expressão *instrumentos de destruição e terror*³¹³. Pelo que se percebe, no primeiro momento da ditadura militar, houve uma grande escalada na repressão dos atos tidos como terroristas, com significativo agravamento das penas³¹⁴.

O Decreto-Lei n.º 898/1969 vigeu por quase dez anos, sendo revogado, em 1978, pela Lei n.º 6.620/78³¹⁵. Embora a nova legislação objetivasse dar tipificação mais completa ao crime de terrorismo, manteve substancialmente a mesma redação da lei anterior, acrescentando a finalidade atentatória à segurança nacional.³¹⁶

³¹⁰ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Terrorismo: Direito penal constitucional e os limites de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 302.

³¹¹ “Art. 28. Devastar, saquear, assaltar, roubar, sequestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal, ato de massacre, sabotagem ou terrorismo: - Pena: reclusão, de 12 a 30 anos. Parágrafo único. Se, da prática do ato, resultar morte: Pena: prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.” (BRASIL. **Decreto-lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969**. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-898-29-setembro-1969-377568-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 1º ago. 2018).

³¹² ALMEIDA, Débora de Souza de. **Terrorismo: Comentários, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016 e aspectos criminológicos e político-criminais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 139.

³¹³ **Decreto-Lei n.º 898/1969**. “Art. 46. Importar, fabricar, ter em depósito ou sob sua guarda, comprar, vender, doar ou ceder, transportar ou trazer consigo armas de fogo ou engenhos privativos das Fôrças Armadas ou quaisquer instrumentos de destruição ou terror, sem permissão da autoridade competente: Pena: reclusão, de 5 a 10 anos.” (BRASIL. **Decreto-lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969**. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-898-29-setembro-1969-377568-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 1º ago. 2018); **Lei n.º 1.802/53**. “Art. 16. Fabricar, ter sob a sua guarda ou à sua disposição, possuir, importar, exportar, comprar ou vender, trocar, ceder ou emprestar transporte por conta própria ou de outrem, substâncias ou engenhos explosivos ou armas de guerra ou utilizáveis como instrumento de destruição ou terror, tudo em quantidade e mais condições indicativas de intenção criminosas. - Pena: reclusão de 1 a 4 anos.” (BRASIL. **Lei n.º 1.802, de 05 de janeiro de 1953**. Define os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1802-5-janeiro-1953-367324-republicacao-45847-pl.html>>. Acesso em: 3 ago. 2018).

³¹⁴ KAZMIERCZAK, *op. cit.*, p. 302.

³¹⁵ “Art. 28. Tentar desmembrar parte do território nacional, para constituir país independente. - Pena: reclusão, de 4 a 12 anos.” (BRASIL. **Lei n.º 6.620, de 17 de dezembro de 1978**. Define os crimes contra Segurança Nacional, estabelece sistemática para o seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6620.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018).

³¹⁶ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 144.

A atual Lei de Segurança Nacional (Lei n.º 7.170/83), que revogou a disciplina da Lei n.º 6.620/78, segue recebendo críticas da doutrina³¹⁷, em especial quanto à redação do art. 20³¹⁸, que tipifica a prática de *atos terroristas* sem trazer qualquer especificação do que seriam esses atos ou apresentar qualquer definição ou delimitação da matéria. Desse modo, o dispositivo legal viola o princípio da taxatividade (*lex certa*) e, conseqüentemente, o próprio princípio da legalidade, como ocorreu com as legislações anteriores³¹⁹. O objetivo dessa nova legislação, conforme esclarecido no art. 1º, foi a tipificação de condutas que lesam ou expõem a perigo de lesão a integridade do território nacional e a soberania; o regime representativo democrático, a federação e o estado do direito, bem como a pessoa dos chefes dos Poderes da União.³²⁰ Contudo, ainda que por meio da redação deste art. 1º o legislador tenha realizado um esforço para solucionar o problema da imprecisão do tipo penal, não foi possível afastar a mácula de cláusula aberta.

Outro fato que chama atenção é que todos os dispositivos que, de alguma forma, previram a atividade de terrorismo, desde o Império, sempre trouxeram consigo o objetivo de preservar as instituições, o sistema político, a forma de Estado e de governo. Todavia, parece que nenhum deles realmente obteve o sucesso desejado, uma vez que o Brasil, ao longo dos séculos XIX e XX, passou do Império para a República por meio de um golpe militar, atravessando períodos de governos ditatoriais, como a Era Vargas e o período militar, sem falar que, em um período de menos de 170 anos, contou com sete Constituições, sendo seis delas posteriores à proclamação da República³²¹.

Passados alguns anos da edição da Lei de Segurança Nacional, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que menciona o terrorismo em dois artigos, não realizando, porém, sua definição³²². O art. 4º coloca o repúdio ao terrorismo como um dos princípios

³¹⁷ ALMEIDA, Débora de Souza de. **Terrorismo**: Comentários, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016 e aspectos criminológicos e político-criminais. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 145.

³¹⁸ “**Art. 20** - Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, 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.” (BRASIL. **Lei n.º 7.170, de 14 de dezembro de 1983**. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7170.htm>. Acesso em: 3 ago. 2018).

³¹⁹ AZEVEDO, Paulo Bueno de. Terrorismo, direito penal do inimigo e retórica da prevaricação. **Revista Brasileira de Direitos Humanos**, v. 11, p. 1-20, out./dez. 2014. p. 4.

³²⁰ BRASIL. **Lei n.º 7.170**, ... *op. cit.*

³²¹ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 145.

³²² “**Art. 4º** A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

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

norteadores das relações externas do Brasil, ao passo que o art. 5º, inciso XLIII, coloca o terrorismo no mesmo patamar dos crimes hediondos, trazendo todas as consequências jurídicas, como a insuscetibilidade de fiança, graça ou anistia. Ademais, tal comando constitucional fundamenta a existência da atual Lei Antiterrorismo, que nasce como regulamentação ao inciso XLIII do art. 5º da CF³²³. Na mesma linha, a Lei dos Crimes Hediondos, replicando a expressão terrorismo, não o definiu, restringindo-se a estabelecer normas de caráter material e processual, como a regulamentação do tempo de cumprimento da pena para fins de progressão de regime. Em 1998, foi publicada a Lei n.º 9.613/98, que criou o Conselho de Atividades Financeiras (COAF), bem como dispôs sobre os crimes de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores. Nessa época, seu art. 1º dispôs que configurava infração penal o ato de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente” de crime de terrorismo. Posteriormente, com a edição da Lei alteradora n.º 10.701/03, o art. 1º e seus incisos foram alterados, acrescentando o financiamento ao terrorismo³²⁴.

Também em 2003, houve a edição da Lei n.º 10.744/03, que disciplinava a “assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo”. Embora essa legislação não tenha natureza puramente penal e processual penal, refletia nessa esfera, tendo em vista que trouxe a primeira tentativa de real definição daquilo que seriam atos terroristas³²⁵. Todavia, a lei refere que atos terroristas são quaisquer atos praticados com fins

propriedade, nos termos seguintes: [...] **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” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 ago. 2018).

³²³ BRASIL. **Lei n.º 13.260, de 16 de março de 2016**. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis n.ºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 3 ago. 2018.

³²⁴ BRASIL. **Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras — COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 3 ago. 2018.

³²⁵ **Art. 1º**, “§4º. Entende-se por ato terrorista qualquer ato de uma ou mais pessoas, sendo ou não agentes de um poder soberano, com fins políticos ou terroristas, seja a perda ou dano dele resultante acidental ou intencional.” (BRASIL. **Lei n.º 10.744, de 9 de outubro de 2003**. Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo

terroristas, o que beira a redundância. Outrossim, por seus efeitos na esfera penal, se pode dizer que o dispositivo mantém a natureza de norma penal em branco, isso fica mais evidente com a leitura do art. 3º, que estabelece que o Ministério da Defesa é responsável por atestar que os atos elencados no art. 1º possuem natureza terrorista³²⁶.

Por seu turno, a nova Lei de Organizações Criminosas (Lei n.º 12.850/13), ao definir sua esfera de aplicação, dispõe tratar também das “[...] organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos”.³²⁷ Contudo, essa redação é reflexo da reforma operada pela atual Lei Antiterrorismo, pois, originalmente, seu art. 1º, §2º apresentava o seguinte teor:

“§2º. Esta Lei se aplica também:

[...]

II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional”³²⁸.

A definição de atos terroristas, expressão originalmente apresentada na Lei de Organizações Criminosas, foi reproduzida pelo art. 10 da Lei n.º 13.170/15³²⁹, que disciplina a ação de indisponibilidade de bens, direitos ou valores em decorrência de resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas que prevejam esse tipo de sanção.

No âmbito internacional, historicamente, a formação e evolução de impérios e nações estiveram permeadas pelas guerras de conquista e expansão territorial, isso fez com que, ao longo dos anos, surgisse, no âmbito dos organismos internacionais, normas consuetudinárias e convencionais atinentes ao direito de guerra e ao direito humanitário, aos limites aos ataques,

público, excluídas as empresas de táxi aéreo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.744.htm>. Acesso em: 2 ago. 2018).

³²⁶ “**Art. 3º.** Caberá ao Ministro de Estado da Defesa, ouvidos os órgãos competentes, atestar que a despesa a que se refere o art. 1º desta Lei ocorreu em virtude de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos.” (*Ibidem*).

³²⁷ BRASIL. **Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em: 4 ago. 2018.

³²⁸ ALMEIDA, Débora de Souza de. **Terrorismo:** Comentários, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016 e aspectos criminológicos e político-criminais. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 149.

³²⁹ “**Art.10.** O juiz providenciará a imediata intimação da União quanto ao cumprimento do disposto nos arts. 5º, 7º, 8º e 9º desta Lei, bem como de sentenças condenatórias relacionadas à prática de atos terroristas. Parágrafo único. O Ministério da Justiça transmitirá o rol das informações de que trata o caput ao Ministério das Relações Exteriores, para que sejam encaminhadas ao CSNU, quando necessário.” (BRASIL. **Lei n.º 13.170, de 16 de outubro de 2015.** Disciplina a ação de indisponibilidade de bens, direitos ou valores em decorrência de resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas — CSNU. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13170.htm>. Acesso em: 4 ago. 2018).

bem como aos tipos de armas e técnicas vedadas e o socorro às vítimas da guerra, nominadamente *jus in bello* e *jus ad bellum*³³⁰. Contudo, não há direito humanitário ou norma de guerra que possua eficácia contra o terrorismo e esse fato incute medo não somente na população, mas também nos governos. Isso fez com que a comunidade internacional envidasse esforços para o combate ao terrorismo, o que se mostra evidente quando as ONU se vê motivada a expedir regulamentos incitando os Estados-membros a atuarem fortemente no combate ao terrorismo. Esses movimentos foram ainda mais intensificados após os atentados de 11 de setembro de 2001³³¹.

Longe desses tipos de manifestações terroristas, e com passado recente de enfrentamento político violento, o Brasil tardou em cumprir as obrigações assumidas internacionalmente, omitindo-se no compromisso formalmente assumido de criar uma legislação específica que fosse capaz de prevenir e combater o terrorismo e o financiamento ao terror³³². Prova disso é que o Brasil ratificou pelo menos 15 convenções e protocolos internacionais de combate ao terrorismo: Convenção Relativa às Infrações e Certos Outros Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves; Convenção para Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves; Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos contra as Pessoas e a Extorsão Conexa Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional; Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil; Convenção sobre a Prevenção e Punição de Infrações contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, incluindo os Agentes Diplomáticos; Convenção contra a Tomada de Reféns; Convenção sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares; Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos de Violência nos Aeroportos a Serviço da Aviação Civil; Convenção sobre a Marcação dos Explosivos Plásticos para Fins de Detecção; Convenção Interamericana Contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos; Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas; Convenção Internacional para a Supressão do

³³⁰ O Direito Internacional Humanitário (DIH) e outros regimes jurídicos são complementários em situações de conflito armado. No entanto, são sistemas distintos. A diferença mais importante é a que se estabelece entre o *jus in bello* (ou DIH), que regula a forma como as hostilidades são conduzidas, e o *jus ad bellum*, que se refere aos motivos da guerra. Em alguns aspectos, existem superposições entre o DIH, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito dos Refugiados. (O Direito Internacional Humanitário e outros regimes jurídicos. **Comitê Internacional da Cruz Vermelha**, 29 out. 2010. Disponível em: <<https://www.icrc.org/por/war-and-law/ihl-other-legal-regimes/overview-other-legal-regimes.htm>>. Acesso em: 5 ago. 2018).

³³¹ GANDRA, Thiago Grazziane; NAVES, Carlos Luis Lima e. Uma análise hermenêutica sobre o crime de terrorismo tipificado na Lei 13.260/16: elemento subjetivo especial do injusto inserido pelo legislador infraconstitucional. In: HABIB, Gabriel (Coord.). **Lei antiterrorismo**: lei n.º 13.260/2016. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 311-312.

³³² *Ibidem*, p. 312.

Financiamento do Terrorismo; Convenção Interamericana contra o Terrorismo; Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima; Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança de Plataformas Fixas localizadas na Plataforma Continental; e a Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear³³³.

A isso, Almeida acrescenta que o Brasil editou os seguintes diplomas sobre a matéria: Decreto n.º 8.521/2015, que dispõe sobre a execução, no território nacional, da Resolução 2.161/2014 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que trata de sanções a indivíduos, grupos, iniciativas e entidades da Al-Qaeda e associados; Decreto n.º 8.522/2015, que dispõe sobre a execução, no território nacional, da Resolução 2.160/2014 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que renova o regime de sanções aplicável ao Talibã e dá outras disposições; Decreto n.º 8.526/2015 e o Decreto n.º 8.799/2016, os quais dispõem sobre a execução, no território nacional, da Resolução n.º 2.199/2015 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, atualizando as sanções da Resolução n.º 1.267/1999, e reafirmando as obrigações impostas aos Estados-membros, a fim de que adotem medidas eficazes no combate ao terrorismo e ao financiamento do terrorismo, bem como para coibir o comércio de armas e materiais conexos com o Estado Islâmico no Iraque e no Levante, com a Frente Al-Nusra e com indivíduos, grupos, empresas e entidades associados à Al-Qaeda³³⁴.

Porém, mesmo após esse percurso nas relações exteriores, o Brasil ainda não havia cumprido a obrigação de legislar internamente acerca do enfrentamento ao terrorismo. Em razão dessa injustificável demora das autoridades nacionais em elaborar um plano de política criminal minucioso, voltado a impedir o terror e as ações que o sustentassem, a partir de 2010, o Brasil passou a ser pressionado pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI³³⁵)³³⁶, ingressando em um estágio de acompanhamento (*follow up*) por parte da Agência. Não bastasse isso, em 2014, ao se tornar o único Estado-membro integrante do G-20 que não havia

³³³ LASMAR, Jorge Mascarenhas. A legislação brasileira de combate e prevenção do terrorismo quatorze anos após 11 de Setembro: limites, falhas e reflexões para o futuro. **Revista de Sociologia e Política**, v. 23, n. 53, p. 47-70, mar. 2015. p. 58-59.

³³⁴ *Ibidem*, p. 150-151.

³³⁵ *Financial Action Task Force — FATF* constitui-se de um grupamento governamental internacional de caráter informal, ou seja, não criada por tratado ou convenção, cuja função consiste na elaboração de recomendações com vista à prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, bem como ao confisco dos lucros oriundos do crime e à cooperação internacional nestas matérias. (GANDRA, Thiago Grazziane; NAVES, Carlos Luis Lima e. Uma análise hermenêutica sobre o crime de terrorismo tipificado na Lei 13.260/16: elemento subjetivo especial do injusto inserido pelo legislador infraconstitucional. *In*: HABIB, Gabriel (Coord.). **Lei antiterrorismo**: lei n.º 13.260/2016. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 312).

³³⁶ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Terrorismo**: Direito penal constitucional e os limites de criminalização. Curitiba: Juruá, 2017. p. 310.

tratado minimamente sobre a matéria atinente ao financiamento e outras práticas de terrorismo, o Brasil foi repreendido formalmente³³⁷.

Há anos, a Organização das Nações Unidas, nas diversas resoluções editadas pela Assembleia Geral e o Conselho de Segurança, vinha instigando os seus Estados-membros a criar mecanismos de combate e repressão ao terrorismo, além disso, no início dos anos 2000, a *International Court of Justice*³³⁸ se manifestou sobre o caráter vinculante das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas aos Estados-membros, sendo que o Brasil estava totalmente em desacordo com a política adotada por aquele órgão³³⁹. Por fim, em 2015, a *Global Terrorism Database* (GTD) realizou estudo apontando que o Brasil ocupava o 74^a lugar no *ranking* de países com possibilidade de ataques terroristas³⁴⁰.

Desse modo, o Projeto de Lei encaminhado ao Congresso Nacional, e que mais tarde se tornaria a Lei n.º 13.260/2016, teve tramitação atípica diante da velocidade em sua apreciação e aprovação. O governo federal justificou esse trâmite pela necessidade de cumprir o acordo internacional firmado com o Grupo de Ação Financeira (GAFI), bem como pela conveniência de atender à exigência do Comitê Olímpico Internacional, que, na área de segurança, desejava prevenir eventuais delitos de natureza terrorista durante a realização dos Jogos Olímpicos no Rio de Janeiro.

Assim, depois de um longo percurso e das diversas pressões internacionais, em 2016, chegou-se à publicação da Lei n.º 13.260/2016 — Lei Antiterrorismo, que regulamenta o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988³⁴¹.

³³⁷ GANDRA, Thiago Grazziane; NAVES, Carlos Luis Lima e. Uma análise hermenêutica sobre o crime de terrorismo tipificado na Lei 13.260/16: elemento subjetivo especial do injusto inserido pelo legislador infraconstitucional. In: HABIB, Gabriel (Coord.). **Lei antiterrorismo**: lei n.º 13.260/2016. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 312.

³³⁸ ÖBERG, Marko Divac. The legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ. **The European Journal of International Law**, v. 16, n. 5, p. 879-906, 2005. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/16/5/329.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2018.

³³⁹ “Unlike the recommendations of the SC, its decisions have binding force, but the Court has made only a provisional finding that SC decisions have an overriding normative power capable of pre-empting obligations flowing from traditional sources of international law”. Tradução Livre: Ao contrário das recomendações do CS, suas decisões têm força vinculante, mas o Tribunal fez apenas uma constatação provisória de que as decisões do CS têm um poder normativo preponderante capaz de antecipar obrigações decorrentes de fontes tradicionais de direito internacional. (ÖBERG, Marko Divac. The legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ. **The European Journal of International Law**, v. 16, n. 5, p. 879-906, 2005. p. 884. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/16/5/329.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2018).

³⁴⁰ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Terrorismo**: Direito penal constitucional e os limites de criminalização. Curitiba: Juruá, 2017. p. 310.

³⁴¹ BRASIL. **Lei n.º 13.260, de 16 de março de 2016**. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis n.ºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 3 ago. 2018.

2.3.2 Lei n.º 13.260/2016 — A lei antiterror brasileira

A legislação, antes de ser medida eficaz de combate ao terrorismo, mostrou-se ideologicamente comprometida e um instrumento de proteção às manifestações sociais. Restou evidente o esforço empregado pelo governo para que os protestos de natureza política e de classes sociais e profissionais não fossem tratados como atos terroristas, embora se veja que muitas manifestações resultam em violência e depredação generalizada. Vejam-se todos os episódios que ocorreram entre 2013 (durante a Copa das Confederações) e 2018 (durante alguns desdobramentos da operação Lava Jato). Isso sem falar que a Lei Antiterrorismo também não contemplou a atuação de organizações criminosas com forte atuação no território nacional, comandadas, muitas vezes, desde o interior de estabelecimentos prisionais. Organizações essas que têm como marca a forma violenta de agir e a intimidação do Estado pela disseminação do medo coletivo entre a população³⁴².

A Lei n.º 13.260/2016, em seu art. 2º traz o conceito daquilo que se entende por terrorismo e por atos terroristas. Todavia, a despeito das dificuldades conceituais já vistas, a definição brasileira está longe de ser adequada, uma vez que está mais comprometida com bandeiras ideológicas do que com a estrutura da realidade nacional e internacional³⁴³. Em análise superficial, observa-se um esforço por parte do legislador em salvaguardar o princípio da taxatividade e da legalidade, afastando o caráter de norma penal em branco que envolvia a

³⁴² GANDRA, Thiago Grazziane; NAVES, Carlos Luis Lima e. Uma análise hermenêutica sobre o crime de terrorismo tipificado na Lei 13.260/16: elemento subjetivo especial do injusto inserido pelo legislador infraconstitucional. In: HABIB, Gabriel (Coord.). **Lei antiterrorismo**: lei n.º 13.260/2016. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 313.

³⁴³ “**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); **IV** - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento; **V** - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa: - Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência. **§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.” (BRASIL. **Lei n.º 13.260, de 16 de março de 2016.** Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis n.ºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 3 ago. 2018).

conceituação do instituto até então, dada a ausência completa de conceituação. Contudo, Débora de Souza Almeida e Fábio Roque Araújo, ao comentarem o referido dispositivo, ponderam que a definição esculpida prevê, sob a mesma pena, condutas de diferentes graus de lesividade. Outrossim, o tipo penal revela-se, em diversos pontos, vago e impreciso, sobretudo em relação ao elemento subjetivo especial, o que, na opinião dos autores, acarretará dificuldades ou arbitrariedades na aplicação da legislação³⁴⁴.

Conforme decisão de política legislativa, as motivações para o cometimento do terrorismo são a xenofobia, a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, as quais podem ser classificadas como “terrorismo ideológico-religioso”³⁴⁵. Essa cláusula possui natureza aberta, vaga e imprecisa, especialmente no que tange à xenofobia, pois não há no ordenamento jurídico brasileiro algum dispositivo que defina essa elementar³⁴⁶. Essas motivações se aproximam muito do crime de genocídio, cuja definição se encontra no art. 2º da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio³⁴⁷ (1948) e no art. 6º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional³⁴⁸ (1998)³⁴⁹.

A presença apenas dessas elementares denuncia o erro do Congresso Nacional de deixar de fora o “terrorismo político-revolucionário”, que possui como motivação o extremismo político, característico de grupos como as FARC. Essa realidade é muito mais próxima do contexto geopolítico brasileiro do que os casos vivenciados pela Europa e Estados Unidos. Isso sem falar nas revoluções políticas ocorridas no Brasil durante diversos períodos do século XX e que foram, em muitos momentos, extremamente violentas³⁵⁰.

Diante dessa ausência de motivação política, nasceram outras celeumas, Scandelari, Ferreira, Caruncho e Cavagnari levantam a discussão acerca da natureza jurídica do crime de terrorismo, questionando se se trata de crime de natureza política ou de crime comum. Em geral, os atos de terrorismo não visam aniquilar propriamente um sistema político ou um determinado ordenamento, tendo como principal finalidade causar terror em uma determinada

³⁴⁴ ALMEIDA, Débora de Souza de. **Terrorismo**: Comentários, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016 e aspectos criminológicos e político-criminais. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 175-176.

³⁴⁵ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Terrorismo**: Direito penal constitucional e os limites de criminalização. Curitiba: Juruá, 2017. p. 311-312.

³⁴⁶ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 185.

³⁴⁷ NAÇÕES UNIDAS. **Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio**. Aprovada e proposta para assinatura e ratificação ou adesão pela resolução 260 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 9 de Dezembro de 1948. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca...crime_genocidio.pdf>. Acesso em: 10 ago 2018.

³⁴⁸ BRASIL. **Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

³⁴⁹ NUNES, Paulo Henrique Faria *et al.* Lei Antiterrorismo no Brasil: Análise do Quadro Normativo e Institucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 132, p. 61-83, jun. 2017.

³⁵⁰ KAZMIERCZAK, *op. cit.*, p. 311-312.

sociedade ou comunidade, gerando a sensação de insegurança. Dessa forma, os autores acreditam ser mais adequado encarar o terrorismo como crime comum, não perdendo de vista o fato de que os atos terroristas, buscando causar terror social generalizado, afetam o estado psicológico dos cidadãos, sendo plausível pensar que a paz pública é o bem jurídico tutelado pela Lei Antiterrorismo³⁵¹.

A despeito disso, não se pode ignorar que os atos de terror, muitas vezes, têm motivações políticas, ainda que de forma secundária e reflexa. E esse é um ponto fundamental, pois, como dito, a legislação brasileira trouxe como motivação apenas a xenofobia e a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, evidenciando seu comprometimento com bandeiras ideológicas, esquecendo-se do verdadeiro enfrentamento ao problema³⁵². Veja-se que a referida Lei n.º 10.744/2003, que disciplina a responsabilidade civil do Estado diante de ataques terroristas, prevê em seu contexto as motivações de natureza política, conforme se observa no art. 1º, §4º. Da mesma forma, todas as legislações anteriores, ainda que de forma arcaica, vinculavam atos terroristas a finalidades políticas. Assim, mais que uma evolução legislativa, a Lei Antiterrorismo quebra erroneamente um paradigma. Em consequência disso, na atualidade, qualquer ato que possua motivação política, ainda que cause terror social e generalizado, será considerado atípico, para efeitos de enquadramento como terrorismo. Evidente que o autor do fato não permanecerá impune, respondendo por delito comum, somado à responsabilização civil do Estado³⁵³.

Comentando o art. 2º da Lei n.º 13.260/2016, Moura refere que a razão política não está no rol das motivações do crime de terrorismo, mesmo sendo o seu principal motor. São contemplados o inconformismo, o preconceito, a intransigência religiosa, mas não a questão política, que é central, fundamental. Caso ocorra um atentado de natureza seletiva e de cunho político, tendo como alvo dignitário estrangeiro em visita ao Brasil, o praticante não poderá ser enquadrado dentro dos parâmetros da Lei n.º 13.260/2016, pois o indivíduo não teve como motivação o preconceito religioso ou nenhuma das razões constantes na lei, mas, sim, motivação política. Acerca disso, como aludido, ao analisar o passado recente do Brasil, verifica-se que foi praticado um grande número de ações por motivação política, seja por parte do Estado ou dos opositores do governo, as quais possivelmente seriam consideradas

³⁵¹ SCANDELARI, Gustavo Britta *et al.* Art. 1º da Lei Antiterror. *In*: BUSATO, Paulo César (Org.). **Lei antiterror anotada**: Lei 13.260 de 16 de março de 2016. Indaiatuba, SP: Foco, 2018. p. 26.

³⁵² *Ibidem*, p. 25.

³⁵³ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Terrorismo**: Direito penal constitucional e os limites de criminalização. Curitiba: Juruá, 2017. p. 312-313.

atos de terror, dentro dos critérios internacionalmente estabelecidos. Entretanto, hoje, estão à margem da legislação pátria³⁵⁴.

Ainda sobre o elemento subjetivo especial do tipo, consta no art. 2º, além da motivação, uma finalidade específica. Desse modo, vê-se que no crime de terrorismo, nos inúmeros desdobramentos de ações possíveis, é necessário que o autor persiga um resultado — causar terror — que tenha em vista a realização do tipo penal, ainda que este não se realize plenamente. Está claro, pois, que o tipo penal do terrorismo é um crime de intenção³⁵⁵. Assim, evidentemente, o legislador buscou diferenciar o crime de terrorismo dos crimes comuns, seguindo também a tendência apresentada já na Resolução 49/60 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, no ano de 1994³⁵⁶.

Ademais, segundo o entendimento de Cancio Meliá, o terror social e generalizado constitui um dos requisitos indispensáveis para a configuração do crime de terrorismo, sendo elemento indispensável para diferenciação de outros delitos³⁵⁷. Partindo desse pressuposto, ainda é possível apontar como outro equívoco do legislador brasileiro o fato de deixar de fora da previsão legal a atuação de organizações criminosas, quando coordenam ataques que levam terror à sociedade. Organizações criminosas como o PCC, Comando Vermelho e Balas na Cara, que atuam dentro e fora de estabelecimentos prisionais, muitas vezes, coordenam ações de terror, como ataques sincronizados a coletivos, ateando fogo em ônibus ou atacando com violência unidades de polícia ou outros órgãos públicos. Essas ações têm por objetivo pressionar o Estado a recuar diante de alguma medida de combate ao crime, como a instalação de bloqueadores de sinal de celular em presídios. Essas mesmas ações causam grande impacto no estado psicológico dos cidadãos, incutindo um sentimento de pânico. Porém, ainda que haja a intenção de levar terror à população, essas ações não poderiam ser enquadradas na lei

³⁵⁴ MOURA, João Batista. Crime de terrorismo: uma visão principiológica à luz da lei 13.260/2016. In: HABIB, Gabriel (Coord.). **Lei antiterrorismo**. Salvador: Juspodium, 2017. p. 167.

³⁵⁵ BUSATO, Paulo César (Org.). **Lei antiterror anotada: Lei 13.260 de 16 de março de 2016**. Indaiatuba, SP: Foco, 2018. p. 31.

³⁵⁶ “3. Los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos” (NACIONES UNIDAS. **Resolución 49/60**. Medidas para eliminar el terrorismo internacional. Aprobada el 19 de febrero de 1995. p. 4. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/49/60&Lang=S>. Acesso em: 5 ago. 2018).

³⁵⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto**. Madrid: Editorial Reus, 2010. p. 167.

de terrorismo, tendo em vista que a sua motivação não se enquadraria nos parâmetros do tipo legal³⁵⁸.

Outrossim, há de se ter em mente que o terror social generalizado pode evoluir a partir de outras atividades não armadas, como ataques cibernéticos, derrubada de sistemas de tráfego aéreo e outros ataques de “inteligência”³⁵⁹. Embora não de forma expressa, o legislador parece ter enquadrado essas situações no tipo penal, ao dispor que o crime se configurará quando o terror social ou generalizado expuser a perigo a paz pública e a incolumidade pública. De qualquer sorte, para Almeida, o art. 2º prevê apenas crimes de perigo comum e concreto, mesmo que a ocorrência do dano seja prescindível³⁶⁰. Entretanto, para Azevedo³⁶¹, o crime de terrorismo é de perigo abstrato, pois a periculosidade não necessitaria ser comprovada, bastando a simples prática da ação que se pressupõe perigosa. Esse último posicionamento parece o mais adequado, na medida em que ações como transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos ou nucleares podem ser consideradas, em si mesmas, perigosas. Mesmo sendo necessário comprovar a idoneidade da ação realizada, ou seja, que ela é capaz de produzir potencial resultado danoso, isso não afasta o caráter abstrato da norma³⁶².

Em suma, doutrinariamente, poder-se-ia classificar o crime de terrorismo como pluriofensivo; comum (podendo ser praticado por qualquer pessoa); unissubjetivo ou unilateral ou de concurso eventual; havendo somente um sujeito passivo (a coletividade); de perigo comum, visto que expõe a perigo número indeterminado de pessoas; de ação múltipla ou conteúdo variado ou tipo misto alternativo, diante da diversidade de verbos nucleares; formal ou de consumação antecipada ou de resultado cortado, pois o delito consuma-se independentemente de ser alcançado o resultado pretendido³⁶³; de perigo abstrato e comissivo.

³⁵⁸ GANDRA, Thiago Grazziane; NAVES, Carlos Luis Lima e. Uma análise hermenêutica sobre o crime de terrorismo tipificado na Lei 13.260/16: elemento subjetivo especial do injusto inserido pelo legislador infraconstitucional. In: HABIB, Gabriel (Coord.). **Lei antiterrorismo**: lei n.º 13.260/2016. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 319-326.

³⁵⁹ ALMEIDA, Débora de Souza de. **Terrorismo**: Comentários, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016 e aspectos criminológicos e político-criminais. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 139.

³⁵⁹ GUIMARÃES, Marcelo Ovídio Lopes. **O tratamento penal do terrorismo**. São Paulo: Quartier Latin. 2007. p. 192.

³⁶⁰ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 194.

³⁶¹ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O enfrentamento do terrorismo e o dever de colaboração do cidadão com as liberdades dos demais. In: HABIB, Gabriel (Coord.). **Lei antiterrorismo**: lei n.º 13.260/2016. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 48.

³⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 292-293.

³⁶³ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 196.

Outrossim, dependendo da ação praticada, ou seja, do verbo nuclear, o delito admitirá tentativa ou não³⁶⁴.

O art. 2º, §2º da Lei n.º 13.260/2016³⁶⁵, a fim de deixar de fora da tipificação as manifestações de cunho político, os movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, apresenta uma excludente de ilicitude. Com isso, o legislador reforçou seu entendimento de considerar incompatíveis essas condutas com o crime de terrorismo. Porém, não em poucos casos, se veem manifestações permeadas com discursos de terror, com ataques à população e ao patrimônio público e privado. Esse tipo de manifestação não pode ser considerado como reivindicação adequada e legítima dentro de um Estado Democrático de Direito³⁶⁶.

Em verdade, a redação do §2º é praticamente inócua e desnecessária. A partir do momento que o *caput* do art. 2º afastou as razões de natureza política e reduziu a incidência da norma às motivações de “xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião”, também impediu que as manifestações sociais e populares fossem enquadradas como crime de terrorismo. Pois, mesmo que existam e ocorram ações que disseminem o terror, em geral esses tipos de manifestações possuem motivação política ou vinculam-se a pautas sociais dos mais diversos matizes. Porém, mesmo afastando a incidência do crime de terrorismo, o legislador não afastou a incidência de outras normas penais diante do cometimento de excessos em quaisquer das ações previstas no parágrafo³⁶⁷.

De outra parte, a Lei n.º 13.260/2016 prevê como atos de terror ações que trazem em si potencialidade necessária que afete as pessoas, o patrimônio, a paz pública e a incolumidade pública. Todavia, outro problema apontado pela doutrina não está propriamente no caráter abstrato da norma, mas na antecipação da punição dos atos terroristas e na supervalorização de certas condutas, as quais podem não ter como finalidade a propagação do terror. Exemplo disso seria o caso da sabotagem ao funcionamento de instituições bancárias ou de escolas,

³⁶⁴ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 292-293.

³⁶⁵ “§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.” (BRASIL. **Lei n.º 13.260, de 16 de março de 2016**. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis n.ºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 2 ago. 2018).

³⁶⁶ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Terrorismo**: Direito penal constitucional e os limites de criminalização. Curitiba: Juruá, 2017. p. 314-315.

³⁶⁷ ALMEIDA, Débora de Souza de. **Terrorismo**: Comentários, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016 e aspectos criminológicos e político-criminais. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 225-231.

sendo que há um excessivo rigor do legislador e “certa deficiência de técnica legislativa ao não perseguir, na definição dos atos terroristas, os critérios estabelecidos pela própria lei ao conceituar o terrorismo”. Até porque a própria definição do terrorismo é, por si, uma questão problemática, de forma que as demais questões jurídicas e de política criminal que se vinculam ao conceito principal tendem a se tornar mais complexas³⁶⁸.

Acerca da punição de atos preparatórios, Azevedo refere que a motivação do legislador foi de fazer prevalecer uma função de pura segurança seguindo o modelo alemão, quando da criminalização do terrorismo naquele país. A priorização da punição de atos preparatórios foi a tônica da legislação brasileira, conforme descrito no art. 5º da Lei n.º 13.260/2016. A necessidade de segurança e as finalidades preventivas, em um contexto de impotência estatal em relação a outras medidas aptas a evitar a prática de atos terroristas, foram as razões que impulsionaram uma intervenção estatal precipitada e, em alguns aspectos, ilegítima, pois maculada pela ofensa aos princípios constitucionais da culpabilidade, do fato e da proporcionalidade³⁶⁹.

Importante notar que a cogitação, a preparação, a execução e a consumação são elementos que compõem o *iter criminis*, e, em geral, os atos preparatórios não são passíveis de punição, o que ocorrerá somente a partir da fase de execução do delito, e quando esta não se concluir estará caracterizada a tentativa, que é, evidentemente, anterior à consumação do ilícito³⁷⁰. Em função disso, os atos terroristas devem estar bem delineados na investigação criminal, bem como nos autos do processo-crime, uma vez que, pelo grau de rigor das medidas adotadas na legislação, as circunstâncias fáticas devem estar bem demonstradas no caso concreto. Até porque diversos dos atos terroristas expostos na lei constituem tipos penais autônomos, de modo que, para enquadrá-los nos parâmetros da Lei n.º 13.260/2016, é necessária a demonstração de que tais atos foram cometidos com o intuito de causar terror³⁷¹.

Nesse contexto, o aparente desafio não parece residir na investigação dos atos preparatórios ou executórios, mas, sim, na comprovação de que a conduta perpetrada possuía a finalidade causar terror, tendo em vista se tratar de elemento subjetivo³⁷², necessitando a

³⁶⁸ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O enfrentamento do terrorismo e o dever de colaboração do cidadão com as liberdades dos demais. In: HABIB, Gabriel (Coord.). **Lei antiterrorismo**: lei n.º 13.260/2016. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 48.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 52.

³⁷⁰ CAVALHEIRO, Veridiana Rosa; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Reflexões sobre a Lei Antiterrorismo (Lei n.º 13.260/2016). **Revista Síntese de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 18, n. 107, 208-230, dez./jan. 2018.

³⁷¹ GOMES, Márcio Schlee. Crime de Terrorismo: Aspectos probatórios. In: HABIB, Gabriel (Coord.). **Lei antiterrorismo**: lei n.º 13.260/2016. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 229.

³⁷² *Ibidem*, p. 233.

presença de dolo específico³⁷³. Para aferição desse elemento volitivo, não bastará a mera presunção, mas será necessário estar embasado em indícios e provas diretas, que levem à certeza de que as ações eram dirigidas a determinada conduta com a finalidade de causar terror. Para isso, na maior parte dos casos, será preciso montar um verdadeiro “quebra-cabeça”, objetivando o mapeamento de ações e omissões, bem como a verificação de nexos de causalidade e a existência de outros elementos que justifiquem o emprego de medidas processuais e penais mais severas³⁷⁴.

Como visto, a Lei n.º 13.260/2016, na sua primeira parte, apresenta normas de natureza penal, tipificando e definindo o crime de terrorismo e cominando penas a outras condutas, mesmo que sejam atos preparatórios. A partir do art. 11 até o art. 15, a legislação apresenta normas de natureza processual, definindo competência para a investigação, processamento e julgamento das ações³⁷⁵, bem como prevendo medidas assecuratórias de bens, direitos e valores de pessoas investigadas, assim como o procedimento para seu perdimento ou liberação, além da possibilidade de nomeação de administrador dos bens³⁷⁶. O

³⁷³ “El dolo es decisión a favor del injusto. Esta determinación es válida para todas las formas de dolo. El dolo es, como también la imprudencia, una disposición (de carácter subjetivo) un hecho interno no observable. Por consiguiente, solo se puede investigar con ayuda de elementos externos de caracterización. Estos son los indicadores, que se deducen de la ratio de la penalidad del dolo y se encuentran en tres niveles, los cuales derivan uno del otro: la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión a favor de la acción peligrosa.” (HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales**, Madrid, v. 43, fas. 3, p. 909-931, set./dez. 1990).

³⁷⁴ GOMES, Márcio Schlee. Crime de terrorismo: aspectos probatórios. In: HABIB, Gabriel (Coord.). **Lei antiterrorismo: lei n.º 13.260/2016**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 234-236.

³⁷⁵ “**Art. 11.** Para todos os efeitos legais, considera-se que os crimes previstos nesta 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, nos termos do inciso IV do art. 109 da Constituição Federal.” (BRASIL. **Lei n.º 13.260, de 16 de março de 2016**. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis n.ºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 3 ago. 2018).

³⁷⁶ “**Art. 12.** O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes de crime previsto nesta Lei, poderá decretar, no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei. **§1º** Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. **§2º** O juiz determinará a liberação, total ou parcial, dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem e destinação, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. **§3º** Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o caput deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no §1º. **§4º** Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas. **Art. 13.** Quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias, mediante termo de compromisso. **Art. 14.** A

art. 16 prevê a aplicabilidade das disposições da Lei do Crime Organizado na investigação, processo e julgamento dos crimes previstos na Lei Antiterrorismo, e o art. 17 determina a incidência da Lei dos Crimes Hediondos aos crimes previstos na Lei n.º 13.260/2016³⁷⁷. Outro ponto importante é a alteração realizada na redação do art. 1º da Lei da Prisão Temporária, admitindo-se prisão temporária para todos os crimes previstos na Lei Antiterrorismo³⁷⁸.

Por fim, em seu último artigo, a Lei n.º 13.260/2016 altera a redação do art. 1º, inciso II, da Lei do Crime Organizado, que anteriormente previa a aplicação dessa legislação para:

[...] organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, mas que agora prevê a sua aplicabilidade às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos³⁷⁹.

Feitas essas considerações e diante da recente edição da norma e da ausência de atividade terrorista em território nacional (ao menos nos termos propostos pelo legislador), não é possível avaliar plenamente o impacto das disposições legais introduzidas pela Lei Antiterrorismo. Até o presente momento, sabe-se de apenas um caso concreto em que a lei foi aplicada, a Operação Hashtag, que se analisará brevemente a seguir.

pessoa responsável pela administração dos bens: **I** - fará jus a uma remuneração, fixada pelo juiz, que será satisfeita preferencialmente com o produto dos bens objeto da administração; **II** - prestará, por determinação judicial, informações periódicas da situação dos bens sob sua administração, bem como explicações e detalhamentos sobre investimentos e reinvestimentos realizados. **Parágrafo único.** Os atos relativos à administração dos bens serão levados ao conhecimento do Ministério Público, que requererá o que entender cabível. **Art. 15.** O juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos nesta Lei praticados no estrangeiro. **§1º** Aplica-se o disposto neste artigo, independentemente de tratado ou convenção internacional, quando houver reciprocidade do governo do país da autoridade solicitante. **§2º** Na falta de tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias por solicitação de autoridade estrangeira competente ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.” (BRASIL. **Lei n.º 13.260, de 16 de março de 2016.** Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis n.ºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 3 ago. 2018).

³⁷⁷ “**Art. 16.** Aplicam-se as disposições da Lei n.º 12.850, de 2 agosto de 2013, para a investigação, processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei. **Art. 17.** Aplicam-se as disposições da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, aos crimes previstos nesta Lei.” (*Ibidem*).

³⁷⁸ CARVALHO, Gabriel de Carvalho. Artigo 18. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Lei antiterror anotada:** Lei 13.260 de 16 de março de 2016. Indaiatuba, SP: Foco, 2018. p. 179-180.

³⁷⁹ BRASIL. **Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm> Acesso em: 10 ago. 2018.

A primeira fase dessa operação aconteceu em 21 de julho de 2016, 15 dias antes da abertura das Olimpíadas. Na oportunidade, foram expedidos 12 mandados de prisão contra indivíduos, cujas comunicações vinham sendo monitoradas. Eles eram acusados de envolvimento com o Estado Islâmico e havia suspeita de que planejavam um atentado terrorista durante os Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro. Na época, durante as três fases da operação, foram cumpridos 74 mandados judiciais, sendo 26 de busca e apreensão, 40 mandados de prisões temporárias e oito mandados de conduções coercitivas. O principal indício verificado pela Polícia Federal foi a troca de mensagens e atividades em redes sociais. Embora a ação apresentasse baixíssimo nível de sofisticação e os investigados estivessem longe de ter capacidade para efetivamente concluir os atentados, haviam praticado atos preparatórios para o cometimento de atentados terroristas e foi a criminalização desses atos que possibilitou uma “oposição afirmativa” e tornou possível as prisões e as condenações³⁸⁰. Ao final da fase de cognição, oito pessoas foram condenadas pelo Juízo da 14ª Vara Federal de Curitiba, pela prática dos crimes previstos nos artigos 3º e 5º da Lei Antiterrorismo, sendo fixadas penas que variaram de cinco anos e seis meses até 15 anos e 10 meses.

O Ministério Público Federal recorreu da sentença buscando a exasperação das penas, ao passo que os réus também recorreram, visando, em suma, à absolvição. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão publicado no dia 10 de agosto de 2018, deu parcial provimento aos recursos defensivos, a fim de afastar o perdimento de bens decretado pelo juízo de primeiro grau, bem como deu provimento ao apelo ministerial para alterar a forma de cálculo da dosimetria da pena de um dos réus. A ementa do acórdão foi assim redigida:

OPERAÇÃO 'HASHTAG'. ARTS. 3º E 5º DA LEI 13.260/2016. ART. 288 DO CP. AUSÊNCIA DE NULIDADES. PROMOÇÃO EM TERRITÓRIO NACIONAL DE ORGANIZAÇÃO TERRORISTA. TIPICIDADE, MATERIALIDADE E AUTORIAS DELITIVAS. COMPROVAÇÃO.

1. Ausência de nulidade por cerceamento de defesa decorrente da suposta inépcia da denúncia, a qual descreveu os fatos delituosos em todas as suas circunstâncias, permitindo o exercício das defesas.

2. É relativa a nulidade da inquirição de acusado sem a presença de defensor, notadamente quando o contexto da inquirição não visa precipuamente a produção de prova contra o próprio acusado. Sendo relativa a nulidade, o seu reconhecimento depende da análise de prejuízo para defesa do próprio acusado, não sendo arguível por coautores.

³⁸⁰ FRANCE, Guilherme de Jesus. **As origens da lei antiterrorismo**: os tortuosos caminhos de localização das normas internacionais de combate ao terrorismo no Brasil. 2017. 314f. Dissertação (Mestrado) — Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro. p. 283-285. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18496/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Origens%20da%20Lei%20Antiterrorismo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 5 jun. 2018.

3. A comunidade internacional, assim como o Conselho de Segurança das Nações Unidas, por suas Resoluções obrigatórias aos Estados membros da Organização, manifestam perspectivas abrangentes, tanto para a prevenção quanto para a punição do terrorismo, reconhecendo-se, entre outros fatores, que o incitamento, a promoção, enaltecimento dos atos de terrorismo motivados pelo extremismo e intolerância, ensejam um sério e crescente perigo ao exercício dos Direitos Humanos e ameaçam o desenvolvimento social e econômico dos Estados, devendo ser corrigido urgente e proativamente pelas Nações Unidas e Estados-Membros.
4. Essas preocupações são contempladas pela Constituição Brasileira, quando determina ao legislador a previsão do terrorismo como crime hediondo.
5. A existência de legislação específica criminalizando os atos de terrorismo e condutas a eles assemelhadas faz parte da estratégia de contraterrorismo em nível mundial, evitando a inadequada resposta estatal, como a não consideração da motivação, dos fins buscados, do risco potencial, assim como de punição excessiva ou insatisfatória, e a necessidade do estabelecimento de ferramentas legais adequadas à prevenção, investigação e punição de atos terroristas. É nesse contexto maior e preventivo que o tipo penal da Lei 13.260/2016 deve ser visto, quando criminaliza a promoção de organização terrorista, tipo penal que não exige dano concreto, tampouco a comprovação de habilidades individuais, e existência ou não de reservas mentais, dado que a contribuição para validação das compreensões do grupo pode ser suficiente para que um ou mais acusados, isoladamente, coloquem em prática o ideário construído coletivamente.
6. No caso presente, a violência estabelecida na propaganda de organização reconhecida como terrorista por Resoluções do Conselho de Segurança da ONU congregou os acusados em um movimento de glorificação das atrocidades, fazendo com que focassem seus interesses e atenções à causa da referida organização criminosa, passando os réus a repercutir os valores próprios da organização terrorista, fundados na radicalização religiosa, com desumanização das potenciais e reais vítimas daquela organização, e mediante a aceitação da justificação do uso da violência como ferramenta de atuação.
7. As condutas perpetradas pelos réus ultrapassaram as meras postagens de ações da propaganda e da ideologia terrorista, pois exigiram juramentos de fidelidade a pessoas consideradas líderes terroristas e comprometimento com a causa terrorista, mediante cobrança de que os diversos participantes dos grupos manifestassem aquiescência em relação ao cometimento de atos concretos de violência coletiva e terror.
8. Relevância penal das manifestações, dado o contexto dos Jogos Olímpicos na Cidade do Rio de Janeiro e a existência de declarado comprometimento para com a futura prática de ações concretas.
9. Hipótese em que as ações foram além do discurso de ódio, para o qual a Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece que 'os Estados não podem ser obrigados a esperar a efetivação de um desastre para só então intervirem'. Manifestações não protegidas pela liberdade de expressão ou religiosa, notadamente quando os acusados rejeitam as autoridades religiosas nacionais que professam a fé pacificamente e em ambiente de pluralismo religioso. Existência de dever de atuação dos Estados para coibirem as condutas de notório risco potencial à segurança e à vida em sociedades democráticas, o fazendo com ampla margem de atuação e discricionariedade, conforme reconhecido pelas Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos.
10. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional Sobre Direito Civil e Político asseguram a interferência ou a imposição de limites à liberdade de manifestação em prol da segurança pública e dos direitos e liberdades das demais pessoas. Expressa menção no Pacto de Direitos Civil e Político, aprovado pelo Decreto 592/92, de proibição de qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência.
11. Análise de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos repelindo manifestações que se constituam em suporte ativo ou passivo de organizações criminosas, que se constituam em glorificação do terrorismo, ou que avaliem como

justificável o uso da violência extrema, desdenhando a dignidade e incolumidade de vítimas, ou que promovam o ódio religioso.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, negar provimento às apelações dos réus Leonid El Kadre de Melo, Fernando Pinheiro Cabral, Levi Ribeiro Fernandes de Jesus e Israel Pedra Mesquita, dar parcial provimento à apelação dos réus Hortêncio Yoshitake, Alisson Luan de Oliveira, Oziris Moris Lundi dos Santos Azevedo e Luis Gustavo de Oliveira e dar provimento à apelação ministerial, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.³⁸¹

³⁸¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal n.º 5046863-67.2016.4.04.7000/PR**. 7ª Turma. Relator Des. Federal Márcio Antônio Rocha. Porto Alegre, 19 de junho de 2018. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41533918499346791043181407646&evento=490&key=935168e79ebe800c39c092a2f5e8dbb7e562aec51230ab7310f444ee76d6447f&hash=81f06a60d2d99ed53765432783d396eb>. Acesso em: 10 ago. 2018.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Em 1985, na Jornada de Direito Penal, em Frankfurt, quando Günther Jakobs apresentou à comunidade acadêmica os modelos contrapostos do “direito penal do cidadão” e do “direito penal do inimigo” foi compreendido, pelo auditório, como “categoria analítica com potencial crítico”³⁸². A terminologia “direito penal do inimigo” para se referir a determinados tipos da parte especial do Código Penal Alemão (StGB), bem como a regulamentação de meros ajustes para o cometimento futuro de delitos regulados pela parte geral, soou como deslegitimação de tais disposições, o que fez, no dizer de Neumann, com que a conferência de Jakobs tivesse a aprovação de “defensores de um direito penal liberal e de acordo com o Estado de Direito”³⁸³.

Já em princípios de outubro de 1999, em Berlim, em Congresso intitulado “Os Desafios da Ciência do Direito Penal Frente ao Futuro”³⁸⁴, Günther Jakobs, o mais genuíno e destacado representante da tendência funcionalista na dogmática jurídico-penal, expôs que nas sociedades contemporâneas há um direito penal cuja tarefa única é restabelecer a norma violada pelo infrator e, dessa forma, restabelecer a confiança dos cidadãos no Direito (segurança normativa), respeitando os limites e as garantias do poder punitivo do estado de Direito³⁸⁵. Convivendo com este, há outro Direito Penal, um direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*³⁸⁶) destinado aos agentes que, de forma reiterada e determinada, rompem com a sociedade e exigem do Estado uma resposta mais efetiva para restabelecer a confiança no Direito e no sistema, agora não pela confiança e segurança normativa, mas pela segurança cognitiva.³⁸⁷

Segundo Cancio Meliá, a evolução teórica do conceito de direito penal do inimigo desenvolveu-se em três fases distintas: a primeira abordagem (1985) é de matiz amplo, abrangendo um Direito Penal do risco e um Direito Penal econômico; a segunda (1999/2000) mais dirigida a delitos graves contra bens juridicamente relevantes individualmente; e a terceira (2003/2005) mais direcionada à criminalidade terrorista.³⁸⁸

³⁸² NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. Tradução Antonio Martins. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 156-177, nov. 2007. p. 156.

³⁸³ *Ibidem*, p. 156.

³⁸⁴ A Conferência de Jakobs foi publicada sob o Título “A Ciência do direito Penal frente ao Novo Milênio”.

³⁸⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012. p. 25.

³⁸⁶ Criminoso inimigo.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 25.

³⁸⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Los delitos de terrorismo**: estrutura típica e injusto. Madrid: Editorial Reus, 2010. p. 25, nota 23.

3.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO NOTA INTRODUTÓRIA

No dizer de Jakobs, direito penal do cidadão e direito penal do inimigo são dois conceitos ideais que dificilmente aparecerão *llevados a la realidad de modo puro*³⁸⁹. Com efeito, ensina Jakobs que mesmo no fato criminoso mais singelo levado a processo — direito penal do cidadão — haverá alguma prospecção de defesa a riscos futuros — direito penal do inimigo — e mesmo ao terrorista mais abominável, ao lhe serem concedidos direitos inerentes à defesa, há o reconhecimento de direitos de um acusado cidadão. Portanto, não se trata de contrapor dois sistemas de direito penal, mas de *describir dos polos de um solo mundo*, de mostrar *dos tendencias opuestas em un solo contexto jurídico penal*³⁹⁰.

3.2 O INIMIGO — UMA APROXIMAÇÃO AO CONCEITO

São diversas as representações do inimigo, tanto na literatura quanto na filosofia do Direito e do Estado.

3.2.1 O inimigo em Cervantes. A passagem dos Galeotes

Polaino-Orts³⁹¹ extrai de Dom Quixote de La Mancha um exemplo ilustrativo do direito penal do inimigo. No capítulo XXII da primeira parte, Cervantes descreve o encontro de Dom Quixote e de Sancho Pança com um grupo de presos condenados às galés³⁹², no qual Dom Quixote inicia um diálogo com os guardas e alguns dos presos, fixando-se no último: *tras todos estos venía un hombre de muy buen parecer, de edad de treinta años, sino que al*

³⁸⁹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 23.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 24.

³⁹¹ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lo verdadero y lo falso em el derecho penal del enemigo**. Arequipa, Peru: Editora y Libreria Juridica Grijley, 2009. p. 45.

³⁹² “El denominado castigo de galeras se trataba de una pena establecida por disposición Real y que consistía en remar en las galeras del Rey ante la escasez de mano de obra para tales labores, indispensables para la comunicación marítima, sobre todo con las colonias hispanas, y para la seguridad del Reino. Se imponía por la comisión de delitos denigrantes o por reincidencia, cuando nada hacía prever la rehabilitación del condenado. La legislación de la época establecía que la pena de muerte impuesta por delitos calificados, robos, salteamientos en caminos o campo, fuerzas y otros delitos semejantes a éstos, o mayores, o de otro tipo, debían conmutarse por la de galeras por más o menos tiempo, no siendo menor de dos años, atendiendo a las circunstancias de los hechos o a la condición de la persona, pero siempre que los delitos no fuesen tan graves que fuera imprescindible la imposición de la pena de muerte, ya que se pensaba en las galeras como un beneficio a favor del condenado o rematado. Cuando había más necesidad de brazos para atender a la Armada Real, aumentaba el tipo de penas que se podían conmutar. La duración de la pena era arbitraria, al igual que otras, dependiendo del delito cometido.” (TAPIA, Jaime Leiva. **La pena de galeras en España**. 2014. Disponível em: <<https://prisionenpositivo.files.wordpress.com/2014/12/la-pena-de-galeras-en-espac3b1a-i-hombres.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2018).

*mirar metía un ojo en el otro un poço*³⁹³. Na época, o estrabismo era tomado como sinal de desventura e má sorte, contudo o que aqui interessa é que Gines de Pasamonte, o prisioneiro:

*Venía diferentemente atado que los demás, porque traía una cadena al pie, tan grande, que se la liaba por todo el cuerpo, y dos argollas a la garganta, la una en la cadena y la otra que la llaman guarda amigo o pie de amigo, de la cual descendían dos hierros que llegaban a la cintura, en los cuales se asían dos esposas, donde llevaba las manos, cerradas con un grueso candado, de manera que ni con las manos podía llegar a la boca ni podía bajar la cabeza a llegar a las manos.*³⁹⁴

Ao verificar o contraste dos demais prisioneiros atados apenas por uma corda e Pasamonte atado daquela maneira, Dom Quixote indaga aos guardas por que *iba aquel hombre con tantas prisiones más que los otros*. A resposta dada a Dom Quixote, no dizer de Polaino-Orts, é todo um compêndio moderno de filosofia político criminal. Conforme a narrativa de Cervantes, segundo o guarda, a razão se dava pelo fato de Pasamonte, sozinho, ter *más delitos que todos los otros juntos y que era tan atrevido y tan grande bellaco que, aunque llevaban de aquella manera no iban seguros del, si no que temían que se les había de huir*³⁹⁵.

3.2.2 A lição dos Galeotes ou cidadão ou pessoa em Direito vs. Inimigo

Os primeiros delinquentes retratados na passagem são aqueles que, em geral, respeitam a norma e que, em um momento qualquer, cometeram um equívoco, confundiram-se, erraram em forma de delito, mas logo a seguir voltam ao respeito usual e à conformidade com a norma jurídica. Não há razão para que a sociedade deles desconfie, pois geralmente manifestam civilidade e não há razão para acreditar que não voltarão ao convívio social fraterno. Estes mantêm a condição de cidadãos ou pessoas em Direito.³⁹⁶

No outro plano da passagem de Cervantes, está o delincente que, mesmo após cometer o delito, segue sendo um perigo para a sociedade. Não oferece nenhuma garantia futura de conformidade e respeito para com a norma. Pelo contrário, nega expressa e reiteradamente a norma ao manifestar comportamento agressivo e perigoso. Estes perdem a

³⁹³ Miguel de Cervantes Y Saavedra. Don Quijote de La Mancha, Madrid, 1906, p 10. *Apud* POLAINO-ORTS, Miguel. **Lo verdadero y lo falso em el derecho penal del enemigo**. Arequipa, Peru: Editora y Libreria Juridica Grijley, 2009. p. 46.

³⁹⁴ Miguel de Cervantes Y Saavedra. Don Quijote de La Mancha, Madrid, 1906, p 10. *Apud* POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 47.

³⁹⁵ Miguel de Cervantes Y Saavedra. Don Quijote de La Mancha, Madrid, 1906, p 10. *Apud* POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 47.

³⁹⁶ POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 48.

confiança da sociedade e são fonte constante de perigo e insegurança e, por isso, são inimigos³⁹⁷.

Essa dicotomia será mais bem explorada adiante, entretanto desde logo deixa-se esta lição de Polaino-Orts:

*Persona en Derecho es quien normalmente se orienta por la norma, aunque eventualmente o puntualmente la infrinja; enemigo es quien, con su comportamiento imposibilita o dificulta que los demás se orienten por la norma. El primero deja intacta la personalidad ajena, aunque atente contra algún de sus bienes. El segundo supone un impedimento para el desarrollo de la personalidad de los demás*³⁹⁸.

3.3 UMA APROXIMAÇÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA

A diferença em Direito entre o cidadão, a pessoa em Direito e o inimigo remonta aos primórdios da civilização. No dizer de Jakobs, o vínculo que se estabelece entre pessoas que são titulares de direitos e deveres entre si é o que se chama de Direito. Por outro lado, a relação que se estabelece com o inimigo não é determinada pelo Direito, mas pela coação³⁹⁹. Não se pode ignorar também que todo o direito se encontra vinculado à autorização para o uso de coação⁴⁰⁰ e não há coação mais intensa e poderosa que a exercida pelo Direito Penal. Aliás, leciona Jakobs que a pena ou a legítima defesa são exemplos de coação dirigida contra o inimigo, como renomados filósofos já demonstraram ao longo do tempo.

Aristóteles, em seus escritos sobre o Estado ideal em Política, trata de como as cidades devem se preparar para guerra e para paz e como a cidade deve se fortificar para evitar ser conquistada. Ao tratar do inimigo externo, Aristóteles faz referência aos cidadãos que deveriam comportar-se como partes do todo a que pertencem e faz referência ao inimigo interno: *pero aquel que no puede vivir en sociedad y que en medio de su independencia no tiene necesidades, no puede ser nunca miembro del Estado; es un bruto o un dios*⁴⁰¹.

Em especial, esse fenômeno é mais perceptível naqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, com natureza contratual e vislumbram o delinquente como alguém que rompe esse contrato e, ao agir assim, não pode mais usufruir dos benefícios daí advindos.

³⁹⁷ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lo verdadero y lo falso em el derecho penal del enemigo**. Arequipa, Peru: Editora y Libreria Juridica Grijley, 2009. p. 48.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 49.

³⁹⁹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 27.

⁴⁰⁰ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003. p. 77-78.

⁴⁰¹ ARISTOTELES. **Política**. Tradução Juan José Moralejo Álvarez. Madrid: Fundación BBVA, 2003. p. 11. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=144>. Acesso em: 25 maio 2018.

3.3.1 O Inimigo em Rousseau

No capítulo VI de “O Contrato Social”, quando trata do pacto social, assim diz Jean-Jacques Rousseau: “Encontrar uma forma de associação que proteja e defenda com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, ao unir-se a todos obedeça somente a si mesmo e continue tão livre quanto antes”⁴⁰². Nesse contexto, Rousseau resume o problema fundamental desse tipo de pacto associativo entre cidadãos. “O homem nasce livre e em toda a parte é posto a ferros”⁴⁰³, daí decorre a necessidade infinita de se associar e encontrar, em sociedade, o que jamais encontrará no isolamento: segurança.

No dizer de Polaino-Orts⁴⁰⁴, trata-se de consolidar as condições mínimas de existência legítima de toda sociedade, lembrando que, na verdade, o contrato social consiste em um acordo cujas cláusulas, “embora talvez jamais tenham sido formalmente enunciadas”⁴⁰⁵, são as mesmas em “toda parte”⁴⁰⁶ e, acima de tudo, “em toda parte tacitamente aceitas e reconhecidas”⁴⁰⁷.

Ao se tratar de consolidar as condições mínimas desse contrato social, em que consistiriam essas condições? “Essas cláusulas, bem compreendidas, reduzem-se todas a uma só, a saber: a alienação total de cada associado com todos os seus bens, à comunidade inteira”⁴⁰⁸, essa é a resposta do próprio Rousseau. Acrescenta, ainda, que há de se tratar de uma “alienação feita sem reserva”⁴⁰⁹, onde cada cidadão cede sua pessoa e seus direitos para a comunidade de maneira que:

[...] a união é tão perfeita quanto pode ser, e nenhum associado tem mais nada a reclamar; pois se restassem alguns direitos aos indivíduos, e não havendo um superior comum que pudesse decidir entre eles e o público, cada um, sendo de certo

⁴⁰² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007. p. 33.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁰⁴ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lo verdadero y lo falso em el derecho penal del enemigo**. Arequipa, Peru: Editora y Libreria Juridica Grijley, 2009. p. 90.

⁴⁰⁵ ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 33. (Esta tradução de O contrato social diz: “a alienação total de cada associado com todos os seus bens”. Entretanto a melhor tradução é “com todos os seus direitos”. Vide: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução Rolando Roque da Silva. Versão eletrônica, Edição Ridendo Castigat Mores, 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2018).

⁴⁰⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social...** *op. cit.*, p. 33.

modo seu próprio juiz, logo pretenderia sê-lo de todos; o estado de natureza subsistiria e a associação se tornaria necessariamente tirânica ou vã⁴¹⁰.

De resto, é fácil perceber que a essência e a força do contrato social está na cessão incondicional e mútua de direitos para conservação e reforço de todos os direitos.⁴¹¹

Enfim, cada um dando-se a todos, não se dá a ninguém e como não há um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que lhe concedem sobre cada um, ganha-se o equivalente de tudo o que se perde e mais força para conservar o que se tem⁴¹².

Nas palavras de Rousseau, se pode dizer, então, que a essência do contrato social pode assim ser expressada: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo”.⁴¹³ Essa associação voluntária dos homens uns com os outros produz uma mudança fundamental e significativa, havendo o trânsito do estado natural para o estado civil e, nesse trânsito, a “justiça” ocupa o lugar que então pertencia ao “instinto” e suas ações passam a ser dotadas da moralidade de que antes careciam. Dessa forma “o dever sucede ao impulso e o direito ao apetite”, e o homem, até então ser egoísta e solitário, “vê-se forçado a agir segundo outros princípios e a consultar a razão antes de escutar suas inclinações”⁴¹⁴.

Sabe-se que o homem deve sua liberdade à natureza e cede seus direitos à comunidade, em favor de um reforço em seu estado civil. No dizer de Rousseau, “[...] poder-se-ia acrescentar no estado civil a aquisição da liberdade moral, a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si, pois o impulso do simples apetite é escravidão, enquanto a obediência à lei a que se está prescrito é liberdade”⁴¹⁵.

Feitas essas breves considerações sobre o pacto social, que estão no Livro I, Capítulo VI da obra de Rousseau, é necessário analisar, também com brevidade, o Capítulo V do Livro II, que trata Do Direito de Vida e de Morte.

Já de início, Rousseau esclarece que, embora os homens não disponham da própria vida, todo homem tem o direito de arriscar sua vida se for para conservá-la e exemplifica com

⁴¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007. p. 33-34.

⁴¹¹ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lo verdadero y lo falso em el derecho penal del enemigo**. Arequipa, Peru: Editora y Libreria Juridica Grijley, 2009. p. 91.

⁴¹² ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 34.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 34.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 37.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 38.

o homem que pula da janela para escapar ao incêndio⁴¹⁶. Esclarece, ainda, que o tratado social tem por finalidade a preservação dos contratantes e, portanto, quem quer o fim, deseja também os meios e reconhece que esses meios são inseparáveis de alguns riscos, e que esses riscos podem acarretar algumas perdas⁴¹⁷. Isso significa que quem tem sua vida preservada à custa de vidas alheias, deve estar preparado para empenhar a sua, quando necessário: “[...] quando o Príncipe lhe diz: ‘É útil ao Estado que morras’, ele deve morrer [...]”⁴¹⁸. Foi nessa condição que viveu em segurança até então e deve levar em consideração que sua vida não é mais dádiva da natureza, mas favor condicional do Estado⁴¹⁹.

Sob o mesmo ponto de vista pode ser considerada a pena de morte infligida aos criminosos: “é para não sermos a vítima de um assassino, que consentimos em morrer se nos tornamos um”⁴²⁰. Nesse ponto se chega à ideia central de Rousseau, ao menos para os fins deste trabalho. Considerando que o pacto social é um acordo que tem por base a livre manifestação dos contratantes, fundado na segurança coletiva, na boa-fé e no bom comportamento dos associados, é fácil perceber que quem descumpre de forma séria e reiterada essas regras e se afasta do contrato social se converte em um “rebelde que trai o espírito e os princípios do Direito social”⁴²¹. Esse indivíduo decai e com ele rui toda relação jurídica com os demais associados, que é substituída por uma declaração de guerra que lhe faz o Estado como reação frente à traição. Qualquer um que ataque o Estado deixa de ser seu membro, como demonstra a pena que contra ele se pronuncia, e passa a estar em guerra com o Estado⁴²².

Na verdade a situação é mais aguda, ao se ter manifestamente duas vontades opostas, a do rebelde e traidor em confronto aberto com a do Estado, é necessário “salvaguardar a ideia de segurança coletiva contida no contrato social, combatendo o traidor como inimigo do Estado”⁴²³. “Aliás, todo malfeitor que ataca o direito social torna-se, por seus crimes, rebelde e traidor da pátria, cessa de ser seu membro ao violar suas leis e pratica, inclusive, guerra contra ela”⁴²⁴.

⁴¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007. p. 50.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 50.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 51.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 51.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 51.

⁴²¹ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lo verdadero y lo falso em el derecho penal del enemigo**. Arequipa, Peru: Editora y Libreria Juridica Grijley, 2009. p. 93.

⁴²² JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 28.

⁴²³ POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 93.

⁴²⁴ ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 51.

Frente ao delinquente que agride o pacto social, Rousseau prevê duas reações possíveis, e apenas duas, ambas em formas despersonalizadoras do agressor: a pena de desterro e a pena de morte: “Assim, a conservação do Estado é incompatível com a dele, porque é preciso que um dos dois pereça, e é menos como cidadão do que como inimigo que se faz morrer o culpado”⁴²⁵. De qualquer modo, Rousseau adverte que esse processo de guerra ao inimigo deve estar revestido das formalidades legais: “Os processos, o julgamento, são as provas e a declaração de que ele rompeu o tratado social e, portanto, não é mais membro do Estado”⁴²⁶. Nessa condição, acrescenta que ele deve ser punido pelo exílio como infrator do pacto ou pela morte como inimigo público, pois tal inimigo não é uma pessoa moral, é tão somente um homem, e “então o direito da guerra é matar o vencido”⁴²⁷.

Por fim, há uma última lição com Rousseau, segundo a qual se deve tirar dos inimigos, inclusive, algum proveito: “Não há indivíduo ruim que não se possa tornar bom para alguma coisa”⁴²⁸. Refere-se, aqui, ao direito de matar para servir de exemplo àqueles que não são passíveis de ser conservados sem perigo, sendo que a conservação sem perigo pressupõe a obediência ao pacto social. Em contrapartida, é um malfeitor perigoso, gerador de perigo quem trai a palavra empenhada e infringe o pacto social⁴²⁹.

Para Kai Ambos, na concepção de Rousseau, *el hombre que vive en la comunidad política tiene deberes como súbdito y derechos como ciudadano*⁴³⁰. Converte-se em inimigo aquele que persegue apenas sua própria ambição de poder, realização e satisfação, desconsiderando, nesse percalço, as normas sociais de convívio e assim o bem-estar dos demais membros da comunidade⁴³¹. Para Rousseau, o inimigo é um inimigo moral⁴³². O

⁴²⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007. p. 51.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 51.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 51.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 51.

⁴²⁹ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lo verdadero y lo falso em el derecho penal del enemigo**. Arequipa, Peru: Editora y Libreria Juridica Grijley, 2009. p. 94.

⁴³⁰ AMBOS, Kai. **El derecho penal frente a amenazas extremas**. Madrid: Dykinson, 2007. p. 86.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 86.

⁴³² Há importante discussão doutrinária acerca da interpretação do “inimigo em Rousseau” no sentido de ser o termo empregado em termos absolutos, para qualquer um que rompesse o contrato social, ou se admitiriam gradações. No sentido de que não é absoluto, entre outros, Zaffaroni: “A princípio Rousseau é contraditório. Ele parece referir-se somente aos assassinos e não a qualquer delinquente e, ademais, só admite que se tire a vida de quem represente necessariamente um perigo e, como se isso fosse pouco, afirma no mesmo livro que o Estado só pode ter como inimigo um outro Estado, nunca uma pessoa [...]. Tampouco é possível ignorar que no Capítulo IV do Livro I Rousseau afirma que ‘um Estado só pode ter como inimigo outro Estado, e não homens, pois não é possível fixar relações verdadeiras entre coisas de natureza diversa’, precisando inclusive que ‘sem declaração de guerra não inimigos, e sim bandoleiros’.” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 3. ed. Tradução Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 122). Segundo Polaino-Orts, e ele comunga desta mesma opinião, Jakobs entende que o conceito de inimigo em Rousseau é absoluto e não relativo: “yo me inclino em favor de interpretacion literal, que es la que Jakobs — sin

homem, ao aderir ao contrato social, passa do estado natural ao estado civil, que se funda em um pacto moral de fidelidade à norma⁴³³. Os homens só podem participar do contrato social enquanto mantenham seu compromisso moral de fidelidade e aquele que o rompe, *a partir de ese momento ya non vive con los demás dentro de una relacion jurídica*⁴³⁴.

3.3.2 O Inimigo em Hobbes

Na visão de Hobbes, “a natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito”⁴³⁵ de maneira que ninguém possa “reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar”⁴³⁶ com igual direito⁴³⁷. Entretanto, a igualdade natural não pode ser fundamento de nenhuma sociabilidade⁴³⁸, pois *la igualdad genera desconfianza y la desconfianza genera guerra*⁴³⁹. Essa igualdade de capacidades gera igualdade de desejos e de esperança em atingi-los e, quando dois homens desejam a mesma coisa ao mesmo tempo e não podem usufruí-la simultaneamente, tornam-se inimigos e esforçam-se para destruir ou subjugar um ao outro.⁴⁴⁰

[...] quando um invasor nada mais tem a recear do que o poder de um único outro homem, se alguém planta, semeia, constrói ou possui um lugar conveniente, é provavelmente de esperar que outros venham preparados com forças conjugadas, para desapossá-lo e privá-lo, não apenas do fruto de seu trabalho; mas também de sua vida e de sua liberdade. Por sua vez, o invasor ficará no mesmo perigo em relação aos outros⁴⁴¹.

*profundizar en el asunto, sino pasando marginalmente por el mismo — sigue en su obra. Varios son los argumentos que hacen pensar que Rousseau empleaba el concepto de enemigo en un sentido totalista (todo infractor del pacto social es un enemigo). Por un lado, su propia exposición literal cuya claridad no debe desconocerse. En efecto, Rousseau parece incluir en la noción de enemigo, expressis verbis, a todo aquel sujeto que se aparte del contrato social, con independencia de la gravedad de la infracción cometida. Habla, en esse sentido, de “todo malhechor” que “atacando el Derecho social” se convierte de manera automática por sus delitos en “rebelde y traidor de la patria.” (POLAINO-ORTS, Miguel. **Lo verdadero y lo falso em el derecho penal del enemigo**. Arequipa, Peru: Editora y Libreria Juridica Grijley, 2009. p. 96).*

⁴³³ *Ibidem*, p. 95.

⁴³⁴ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 28.

⁴³⁵ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 74.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 74.

⁴³⁷ “Mas a razão mais frequente por que os homens desejam ferir-se uns aos outros vem do fato de que muitos, ao mesmo tempo, têm um apetite pela mesma coisa; que, contudo, com muita frequência eles não podem nem desfrutar em comum, nem dividir; do que se segue que o mais forte há de tê-la, e necessariamente se decide pela espada quem é mais forte.” (*Ibidem*, p. 30).

⁴³⁸ POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 106.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 106.

⁴⁴⁰ MALMESBURY, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 75.

Ainda segundo Hobbes, a única forma de vencer essa desconfiança é pela antecipação, ou seja, subjugando antecipadamente, pela força ou pela astúcia, todos os homens que puder, pelo tempo necessário, até que não exista mais poder que constitua ameaça. “E isto não é mais do que a sua própria conservação exige, conforme é geralmente admitido”⁴⁴², mas haverá aqueles que abusarão do seu direito de defesa e haverá aqueles que ficarão tranquilos dentro de seus modestos limites. Estes, que não aumentarem seu poder por meio de invasões, limitando-se à defesa, sucumbirão, de forma que “esse aumento do domínio sobre os homens, sendo necessário para a conservação de cada um, deve ser por todos admitido”⁴⁴³.

Para Hobbes são três as origens principais da discórdia. Primeiro, a competição (leva os homens a atacar uns aos outros buscando algum lucro); segundo, a desconfiança (leva ao uso da violência com caráter defensivo); e, terceiro, a glória (que tem como fim adquirir reputação)⁴⁴⁴.

Os primeiros usam a violência para se tornarem senhores das pessoas, mulheres, filhos e rebanhos dos outros homens; os segundos, para defendê-los; e os terceiros por ninharias, como uma palavra, um sorriso, uma diferença de opinião, e qualquer outro sinal de desprezo, quer seja diretamente dirigido a suas pessoas, quer indiretamente a seus parentes, seus amigos, sua nação, sua profissão ou seu nome⁴⁴⁵.

Dessa forma, para Hobbes, é manifesto que, enquanto os homens “vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito”, estão na condição de guerra, “e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens”⁴⁴⁶. A duração dessa guerra persiste pelo tempo que persistir a disposição para batalha, mesmo que ela, de fato, não ocorra. A simples mobilização para guerra já é garantia de que não há paz. Esta situação é a incerteza quanto ao futuro:

Numa tal situação não há lugar para a indústria, pois seu fruto é incerto; conseqüentemente não há cultivo da terra, nem navegação, nem uso das mercadorias que podem ser importadas pelo mar; não há construções confortáveis, nem instrumentos para mover e remover as coisas que precisam de grande força; não há conhecimento da face da Terra, nem cômputo do tempo, nem artes, nem letras; não há sociedade; e o que é pior do que tudo, um constante temor e perigo de morte violenta. E a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta⁴⁴⁷.

⁴⁴² MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 75.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 75.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 75.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 75.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 75.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 76.

Nessas circunstâncias de guerra de todos contra todos não existem relações jurídicas, apenas relações fáticas de poder, pois sequer direito há. “Nada pode ser injusto”⁴⁴⁸. As noções de bem, mal, justiça ou injustiça não podem ter lugar. “Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça”⁴⁴⁹. Nessas condições, cada homem pode lançar mão de todos os meios para sua sobrevivência, derivando “numa tal condição que todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros”⁴⁵⁰. Dessa forma, enquanto perdurarem essas circunstâncias, nenhum homem, por mais forte que seja, tem garantia de viver o quanto a natureza lhe permitiria viver. Assim, fica clara para Hobbes a primeira lei do estado de natureza:

Que todo homem deve esforçar-se pela paz, na medida em que tenha esperança de consegui-la, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra. A primeira parte desta regra encerra a lei primeira e fundamental da natureza, isto é, procurara paz, e seguiu-la. A segunda encerra a suma do direito de natureza, isto é, por todos os meios que pudermos, defendermo-nos a nós mesmos⁴⁵¹.

E dessa primeira lei deriva a segunda, que se coloca nos seguintes termos:

Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo⁴⁵².

Aqui, no trânsito do estado natural para o estado civil, o homem transfere seu Direito ou renuncia a ele na convicção da reciprocidade⁴⁵³.

Segundo Hobbes, a única forma de proteger os cidadãos e seus direitos, dentre eles a vida, que é o mais importante, é quando todos concordam em ceder seu poder individual a uma instância superior, celebrando um grande pacto, como se cada um dissesse ao outro: “Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de

⁴⁴⁸ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 77.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 78.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 78.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 79.

⁴⁵³ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lo verdadero y lo falso em el derecho penal del enemigo**. Arequipa, Peru: Editora y Libreria Juridica Grijley, 2009. p. 111.

maneira semelhante todas as suas ações”⁴⁵⁴. Formado esse pacto, esse acordo, esse grande contrato, conclui Hobbes, se está formando o que atualmente se chama de Estado, que os romanos chamavam de Civitas. Surge, então, o grande Leviatã, a quem o homem deve sua “paz e segurança”⁴⁵⁵ e é dessa instituição que derivam os direitos e faculdades, pois a ele é conferido o poder soberano⁴⁵⁶.

Uma vez realizado, o pacto é irrenunciável e está atrelado ao mandato de segurança e de proteção dos cidadãos, compromisso do soberano, que recebe em troca lealdade e obediência. “O fim da obediência é a proteção, e seja onde for que um homem a veja, quer em sua própria espada quer na de um outro, a natureza manda que a ela obedeça e se esforce por conservá-la”⁴⁵⁷. Sendo o pacto irrenunciável, aplica-se aos criminosos, indistintamente, o mesmo direito de todos os cidadãos. Não obstante, Hobbes abre uma exceção aos traidores e rebeldes:

Cada súdito, por meio de pacto, se obrigou perante todos os outros a prestar uma obediência absoluta e universal à cidade, isto é, ao poder soberano de um homem ou de um conselho, e disso deriva uma obrigação de observar cada uma das leis civis — de modo que aquele pacto contém já em si, imediatamente, todas as leis. E disso se segue que o súdito que renunciar ao pacto geral de obediência renuncia, simultaneamente, a todas as leis⁴⁵⁸.

Dessa forma, para Hobbes, a única forma de romper o pacto social, portanto, é cometendo traição:

E este o pecado a que se chama *traição*, consistindo numa palavra ou ação pela qual o cidadão ou súdito declara que não mais obedecerá àquele homem ou conselho a quem se confiou o poder supremo na cidade. O súdito pode declarar ter essa intenção (*will*) através de seus atos, como quando comete ou tenta cometer uma violência contra a pessoa do soberano, ou de quem execute suas ordens. Desta espécie são os traidores, os regicidas, e todos os que tomam em armas contra a cidade, ou que no correr da guerra se bandejam para o inimigo⁴⁵⁹.

Porém, o maior inimigo é aquele que abandona, por qualquer razão, o pacto social: “que pelo pecado de traição se rompe a lei que precedia a lei civil, a saber, a lei de natureza,

⁴⁵⁴ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 105.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 106.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 107.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 135.

⁴⁵⁸ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Do Cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 231.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 231.

que nos proíbe de violar os pactos e a palavra dada”⁴⁶⁰. Estes, que retornam ao estado de natureza, são inimigos do Estado e não merecem qualquer condescendência.

Disso decorre que os rebeldes, traidores e todas as outras pessoas condenadas por traição não são punidos pelo direito civil, mas pelo natural: isto é, não como súditos civis, porém como inimigos ao governo — não pelo direito de soberania e domínio, mas pelo de guerra⁴⁶¹.

No pensamento de Hobbes, todo aquele que recusa submeter-se ao poder do Estado, assumindo a condição de súdito, é inimigo e não merece tratamento e regalias de cidadão:

Porque todos os homens que não são súditos ou são inimigos ou deixaram de sê-lo em virtude de algum pacto anterior. E contra os inimigos a quem o Estado julgue capaz de lhe causar dano é legítimo fazer guerra, em virtude do direito de natureza original, no qual a espada não julga, nem o vencedor faz distinção entre culpado e inocente, como acontecia nos tempos antigos, nem tem outro respeito ou clemência senão o que contribui para o bem de seu povo. [...] Porque a natureza desta ofensa consiste na renúncia à sujeição, que é um regresso à condição de guerra a que vulgarmente se chama rebelião, e os que assim ofendem não sofrem como súditos, mas como inimigos. Porque a rebelião é apenas a guerra renovada⁴⁶².

O inimigo em Hobbes, o traidor do pacto, cumpre conter com força ilimitada, sem respeitar sequer as margens da pena, porque deixou de ser um súdito⁴⁶³.

3.3.3 O Inimigo em Locke

Locke, assim como Hobbes, acredita em uma condição natural dos homens, que se constitui em um estado de “perfeita liberdade”⁴⁶⁴, podendo dispor de seus bens e pessoas como lhe aprouver, dentro “dos limites da lei natural”⁴⁶⁵, independentemente da vontade de qualquer outro homem. Constitui uma situação de igualdade, em que ninguém possui mais poder que outros, inexistindo qualquer subordinação. Entretanto, ao contrário de Hobbes, Locke acredita que o estado de natureza não é um estado de guerra, ou seja, “Embora se trate de um estado de liberdade, não é contudo um estado de licenciosidade”⁴⁶⁶.

⁴⁶⁰ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Do Cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 233.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 233.

⁴⁶² MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 190.

⁴⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 3. ed. Tradução Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 127.

⁴⁶⁴ LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. Lisboa: Edições 70 LDA, 2015. p. 233.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 233.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 235.

Em Locke, esse estado de natureza é um estado de preservação. Embora toda a “liberdade incontrolável para dispor de sua pessoa e do que possui”⁴⁶⁷, é vedado ao homem a autodestruição, pois são todos obra do Criador e, portanto, Sua propriedade, de modo que pertencem àquele “que os fez e que os destinou a durar segundo sua vontade e de mais ninguém”.⁴⁶⁸ Como cada homem está obrigado a preservar-se, está obrigado também a preservar os outros homens, devendo na verdade velar pela preservação de toda a humanidade⁴⁶⁹.

Nesse modelo de estado natural de Locke, para que se possa impedir que alguns violem os direitos dos outros e de se prejudicar entre si, e para fazer respeitar o direito natural que ordena a paz e a conservação da humanidade, cabe a cada um, nesse estado, assegurar a “execução” da lei da natureza, o que implica que cada um esteja habilitado a punir aqueles que a transgridem com penas suficientes para prevenir as violações. Locke aqui reconhece a legitimidade da justiça privada e a possibilidade de que todos os homens punam os transgressores da lei natural, tanto quanto seja necessário para prevenir a sua violação. E, nesse estado de perfeita igualdade, em que naturalmente não há superioridade ou jurisdição de um sobre o outro, o que um pode fazer para garantir essa lei todos devem ter o direito de fazer⁴⁷⁰.

A rigor, então, haveria um momento em que um homem teria poder sobre o outro, de acordo com as leis da natureza. Sobre isso adverte que não se trata de um poder absoluto ou arbitrário para tratar um criminoso segundo as exaltações apaixonadas ou a extravagância ilimitada de sua própria vontade, apenas um poder para infringir-lhe, na medida em que a tranquilidade e a consciência o exigem, a pena proporcional à sua transgressão, que seja bastante para assegurar a reparação e a prevenção⁴⁷¹.

Locke apresenta o delinquente como “perigoso para o gênero humano” e os fatos criminosos são uma “ofensa à espécie inteira” que afeta a segurança estipulada pela lei natural e, portanto, “todo homem tem o direito de punir o ofensor e ser o executor da lei natural”⁴⁷². Essa pessoa é um estrangeiro para a lei que vincula todos os súditos da comunidade política, uma vez “que o indivíduo degenera e declara abandonar os princípios na natureza humana para viver como uma criatura nociva”⁴⁷³. Dessa forma, o agente do fato criminoso “declarou

⁴⁶⁷ LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 235.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 235.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 236.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 236.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 236.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 237.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 238.

guerra à humanidade” e pode, portanto, “ser destruído como um leão ou um tigre, um desses animais selvagens com os quais o homem não pode viver em sociedade”⁴⁷⁴. Cada transgressão pode ser punida “até o grau, e com a severidade, que for suficiente para tornar o crime um mau negócio para o infrator, para lhe dar causa de arrependimento e aterrorizar os outros que tentem agir de forma semelhante”⁴⁷⁵.

Para Locke, cada ser humano é garantidor do cumprimento da lei natural e tem o dever de castigar o infrator e, com isso, restabelecer a ordem rompida. “No estado de natureza, cada homem detém o poder executivo”⁴⁷⁶. Ao estado de natureza opõe-se frontalmente o estado de guerra, o qual é um estado de “inimizade e destruição”⁴⁷⁷. Dessa forma, aquele que declara por palavras ou atos um desígnio contra a vida de outro homem coloca-se em estado de guerra contra quem declarou tal intenção e “expõe sua vida ao poder do outro, que pode tirá-la, ou de qualquer um que se junte a ele na sua defesa e o apoie em sua querela”⁴⁷⁸.

Nesse contexto, Locke sustenta que como aplicação da lei fundamental da natureza, da razão e da justiça se aplica o direito penal do inimigo como reação frente aos fatores de insegurança que impedem o homem de desenvolver sua existência para o fim de reafirmar a vigência dos princípios que foram quebrados pelo infrator⁴⁷⁹. E assim expressa seu direito penal do inimigo, uma vez que é razoável que eu “tenha o direito de destruir o que me ameaça com a destruição”⁴⁸⁰, ou ainda qualquer um pode destruir o homem “que lhe faz guerra ou que se revela inimigo da sua existência, pela mesma razão que se pode matar um lobo ou um leão”⁴⁸¹. Conclui que homens assim “escapam ao vínculo da lei comum da razão, não têm outra regra senão força e violência”⁴⁸², não restando alternativa a não ser tratá-los como “animais predadores, essas criaturas nocivas e perigosas, que certamente destruirão seu inimigo sempre que cair em seu poder”⁴⁸³.

⁴⁷⁴ LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 239.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 239.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 240.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 242.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 242.

⁴⁷⁹ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lo verdadero y lo falso em el derecho penal del enemigo**. Arequipa, Peru: Editora y Libreria Juridica Grijley, 2009. p. 122.

⁴⁸⁰ LOCKE, *op. cit.*, p. 242.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 242.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 242.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 242.

3.3.4 O Inimigo em Kant

Immanuel Kant, em “A paz perpétua”, apresenta o inimigo como “uma ameaça à ordem jurídica instituída ou como uma ameaça permanente à segurança jurídica, física e cognitiva dos membros da Constituição Civil”⁴⁸⁴. Existem, então, dois estados: o estado de natureza — *status naturalis* — e o estado da paz ou o estado legal.

O estado de paz entre os homens que vivem juntos não é um estado de natureza (*status naturalis*), o qual é antes um estado de guerra, isto é, um estado em que, embora não exista sempre uma explosão das hostilidades, há sempre todavia uma ameaça constante. Deve, pois, instaurar-se o estado de paz; a omissão de hostilidades não é ainda a garantia de paz e, se um vizinho não proporcionar segurança a outro (o que só pode acontecer num estado legal), cada um pode considerar como inimigo a quem lhe exigiu tal segurança⁴⁸⁵.

A paz, sendo uma conquista da civilização, sua manutenção exige ações positivas, concretas obrigações de fazer, para manter-se com certa segurança a existência do estado de paz. O homem, então, está obrigado a um exercício de civismo que mantenha o ambiente social em que vigoram os direitos dos cidadãos⁴⁸⁶. Dessa forma, os membros do estado legal ou constitucional devem respeitar os outros membros e, se assim não ocorrer, devem ser forçados a reintegrar-se no estado social-legal ou afastados por terem abandonado o padrão legal. Para Kant, é inimigo aquele que se encontra no estado natural, pois constitui ameaça constante e permanente à ordem e à segurança pública, ou aquele que, estando no estado legal, se tenha afastado com comportamentos que colocam em perigo a paz do estado legal⁴⁸⁷.

Supõe-se comumente que não se pode proceder de forma hostil contra ninguém excepto só quando ele me tenha já lesado de facto, e isto é também inteiramente correcto se ambos se encontram num estado civil-legal. Com efeito, por este ter ingressado no mesmo estado proporciona àquele (mediante a autoridade que possui poder sobre ambos) a segurança requerida. — Mas o homem (ou o povo), no simples estado de natureza, priva-me dessa segurança e já me prejudica em virtude precisamente desse estado, por estar ao meu lado, se não efectivamente (facto), pelo menos devido à ausência de leis do seu estado (statu iniusto), pela qual eu estou constantemente ameaçado por ele; e não posso forçá-lo a entrar comigo num estado social legal ou a afastar-se da minha vizinhança. — Logo, o postulado que subjaz a

⁴⁸⁴ GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. **Direito penal do inimigo e o terrorismo**. São Paulo: Almedina Brasil, 2010. p. 34.

⁴⁸⁵ KANT, Immanuel. **A paz perpétua**: um projecto filosófico. Tradutor Artur Morão. Covilhã: LusoSofia Press, 2008. p. 10. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁴⁸⁶ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lo verdadero y lo falso em el derecho penal del enemigo**. Arequipa, Peru: Editora y Libreria Juridica Grijley, 2009. p. 124.

⁴⁸⁷ GUEDES VALENTE, *op. cit.*, p. 34.

todos os artigos seguintes é este: Todos os homens que entre si podem exercer influências recíprocas devem pertencer a alguma constituição civil⁴⁸⁸.

Em Kant, o homem não deve ser visto como um “ser em estado natural”, mas sempre como um “ser racional”. Daí deriva que o simples fato de se encontrar em estado de natureza já constitui uma ameaça à coletividade, constituindo um perigo latente para o desenvolvimento da vida em comunidade⁴⁸⁹. Pode-se, dessa forma, estabelecer um paralelo entre Kant e as posições do direito penal do inimigo aportadas com a dogmática funcionalista.

Ambos os enfoques fundam-se na necessidade moderna expressa como “segurança cognitiva na vigência da norma”⁴⁹⁰, segundo a qual todos os cidadãos têm obrigação (se pretendem desfrutar das garantias do mundo civilizado) de oferecer demonstrações externas constantes de respeito à norma e, com isso, induzir em toda a comunidade uma ordem social de segurança cidadã⁴⁹¹. Essa obrigação vem repetida em Kant, para quem o estado de natureza só se supera com a colaboração ativa dos cidadãos e a adesão a uma constituição civil⁴⁹². Em ambos se reconhece que a autoridade da norma depende de seu respeito substancial, de modo que a insegurança cognitivo-normativa gera uma alteração indesejada na cultura social⁴⁹³.

Em ambas as doutrinas, qualifica-se de inimigo todo aquele que deixa de exercer suas obrigações cívicas (próprias do cidadão) e com seu comportamento, ou mera presença no dizer de Kant,⁴⁹⁴ gera desestabilidade social. Em outras palavras, o cidadão exercita civilidade

⁴⁸⁸ KANT, Immanuel. **A paz perpétua**: um projecto filosófico. Tradutor Artur Morão. Covilhã: LusoSofia Press, 2008. p. 10, nota 3. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁴⁸⁹ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lo verdadero y lo falso em el derecho penal del enemigo**. Arequipa, Peru: Editora y Libreria Juridica Grijley, 2009. p. 124.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 125.

⁴⁹¹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 37-39.

⁴⁹² “A constituição fundada, primeiro, segundo os princípios da liberdade dos membros de uma sociedade (enquanto homens); em segundo lugar, em conformidade com os princípios da dependência de todos em relação a uma única legislação comum (enquanto súbditos); e, em terceiro lugar, segundo a lei da igualdade dos mesmos (enquanto cidadãos), é a única que deriva da ideia do contrato originário, em que se deve fundar toda a legislação jurídica de um povo — é a constituição republicana.” [...] “Todos os homens que entre si podem exercer influências recíprocas devem pertencer a alguma constituição civil.” (KANT, *op. cit.*, p. 11, 10, nota 3.).

⁴⁹³ “A lei penal é um imperativo categórico, e ai daquele que se arrasta pelos caminhos sinuosos da doutrina da felicidade em busca de algo que, pela vantagem prometida, o eximisse da pena ou de uma parte dela, conforme o ditado fariseu: “é preferível que *um* homem morra a que pereça todo o povo. [...] O mal imerecido que você causa a um outro do povo, portanto, é um mal que você faz a si mesmo. Se você o insulta, então insulta a si mesmo; se você o rouba, então rouba a si mesmo; se você o agride, então agride a si mesmo; se você o mata, então mata a si mesmo. [...] — Mas o que significa, então, dizer que ‘e você rouba, então rouba a si mesmo’? Quem rouba torna insegura a propriedade de todos os demais; ele se rouba, portanto (segundo o direito de retaliação), a segurança de toda propriedade possível.” (KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Parte II, §49, letra E, O direito penal e o direito de indulto).

⁴⁹⁴ “Mas o homem (ou o povo), no simples estado de natureza, priva-me dessa segurança e já me prejudica em virtude precisamente desse estado, por estar ao meu lado [...]” (KANT, Immanuel. **A paz perpétua**: um

ostensivamente e o inimigo, ostensivamente, demonstra um exercício constante de incivilidade.

Tanto na doutrina funcionalista quanto na kantiana, nem todo o perturbador da sociedade é inimigo, mas apenas aqueles que, por seu especial poder de desestabilização normativa, criam um perigo impeditivo aos demais cidadãos de exercer na plenitude os direitos que a norma lhes confere. Por isso, vê-se em Kant, um esboço dentro do Estado cidadão⁴⁹⁵.

Por fim, em ambas as construções doutrinárias, tanto na kantiana quanto na funcionalista, está clara a necessidade de estabelecer “limites de racionalidade normativa” no combate ao foco do perigo, o inimigo⁴⁹⁶.

3.4 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Estão na ordem do dia e são temas cada vez mais candentes os debates em torno da segurança pública, do terrorismo e das organizações criminosas que lhes dão suporte. Importante, então, compreender a conjuntura político-criminal em que se verifica esse fenômeno.

3.4.1 Conjuntura político-criminal

É inegável que o mundo convive com as mais variadas espécies de terrorismo, desde há muito tempo⁴⁹⁷. Não é menos correto dizer que a data de 11 de setembro de 2001 fez com que a humanidade conhecesse um novo patamar de terrorismo, uma nova escala de destruição, levando o Secretário-Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, a declarar que o ataque foi dirigido aos Estados Unidos, mas todo o mundo resultou ferido de morte⁴⁹⁸. Com efeito, o 11 de setembro fez perceber, mesmo ao mais desinformado observador, que a partir daquele momento se estava ingressando em um novo período da história, um período em que Estados

projecto filosófico. Tradutor Artur Morão. Covilhã: LusoSofia Press, 2008. p. 10, nota 3. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018).

⁴⁹⁵ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo**. Arequipa, Peru: Editora y Libreria Juridica Grijley, 2009. p. 126.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 126.

⁴⁹⁷ Lembre-se, por exemplo, os ataques com bombas aos armazéns Hipercor de Barcelona pelo ETA (Exército Separatista Basco), em 1987, que fez vinte e uma vítimas. O atentado ao edifício federal em Oklahoma City, em 1995, que fez 168 vítimas fatais. O ataque às embaixadas americanas no Quênia e na Tanzânia, realizado pela Al-Qaeda, em 1998, com 224 mortos. O ataque a diversos prédios na Rússia, em 1999, com aproximadamente trezentos mortos.

⁴⁹⁸ FERNANDES, Enrique Agudo; VALLEJO, Manuel Jaen; PEREZ, Angel Luis Perrino. **Terrorismo en el Siglo XXI: La respuesta penal em el escenario mundial**. Madrid: Editorial Dikinson, 2002. p. 11.

e, eventualmente, superpotências seriam desafiadas de uma forma completamente nova e não ortodoxa. Essa situação coloca todos em guerra ou em luta contra o terrorismo, o que vem mobilizando as democracias ocidentais⁴⁹⁹.

Não é por outra razão que o debate em torno dos crimes de terrorismo e seus consectários demonstram exatamente o momento aflitivo por que passam os sistemas penais do Ocidente. Criminalidade organizada, ampla repercussão nos meios de comunicação, relevância política, indignação pública, antecipação de barreiras de incriminação, vulneração do princípio da legalidade nas descrições típicas, desejo punitivista, esforço na prevenção fática até que se chegue à inocuidade⁵⁰⁰. Vive-se naquilo que Ulrich Beck chamou de sociedade de risco mundial. O mundo moderno incrementa, ao ritmo de seu desenvolvimento tecnológico, a diferença entre dois mundos: o da linguagem dos riscos quantificáveis, em cujo âmbito se pensa e atua, e o da insegurança não quantificável⁵⁰¹.

*Con las decisiones pretéritas sobre energía nuclear y nuestras decisiones presentes sobre la utilización de la técnica genética, la genética humana, las nanotecnologías, la ciencia informática, etc., estamos desencadenando unas consecuencias, imprevisibles incontrolables, incluso incomunicables, que amenaza la vida sobre la Tierra*⁵⁰².

No dizer de Beck, o conceito de risco é um conceito moderno e pressupõe que se tomam decisões e se tenta fazer previsíveis e controláveis as imprevisíveis consequências das decisões que se adotam como civilização⁵⁰³. O reverso da moeda, ao admitir a presença de perigos, é reconhecer o fracasso das instituições cuja legitimidade deriva da sua pretensão e afirmação de dominar o perigo⁵⁰⁴. E como dominar o perigo quando essa ameaça é representada pelo crime?

Seguindo a lição de Dershowitz, há quatro técnicas para deter uma conduta criminosa. A primeira constitui no desincentivo à conduta. Isso se faz ao enviar uma mensagem clara ao potencial criminoso de que ele terá mais a perder do que a ganhar ao cometer o crime. É preciso deixar cristalino ao agente que ele não só não terá benefício com o crime, como também terá sua situação grandemente desfavorecida. Aqui, age o desincentivo ao eliminar

⁴⁹⁹ MANNIK, Erik. Terrorism, its past, present and future prospects. **Journal Kvüõa toimetised**, v. 21, n. 12, p. 151-171, 2009. Disponível em: <http://www.ksk.edu.ee/wp-content/uploads/2011/03/KVUOA_Toimetised_12-M%C3%A4nnik.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2018.

⁵⁰⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto**. Madrid: Editorial Reus, 2010. p. 7.

⁵⁰¹ BECK, Ulrich. **Sobre el terrorismo y la guerra**. Tradução de R. S. Carbó. Barcelona: Paidós Ibérica, 2003. p. 16.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 16.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 18.

qualquer benefício auferido com o crime que possa significar incentivo e, por outro lado, de forma dissuasiva, busca impor um custo pessoal que impeça o agente de cometer a infração. A segunda técnica é a incapacitação do criminoso através de aprisionamento ou morte por execução, mantendo-o longe do seu alvo de forma que seja impossível realizar o crime. Uma metáfora que permite visualizar a situação de incapacitação é o zoológico. Não se pretende mudar a natureza de qualquer animal, mas cria-se uma barreira impermeável entre eles e as pessoas. A terceira técnica é persuadir o potencial criminoso a não realizar a conduta, convencendo-o de que a conduta é errada. Isso pode ser alcançado através de reabilitação, reeducação ou simplesmente impondo vergonha e constrangimento ao agente. O importante é o convencimento do agente de que não deve realizar a conduta. Um bom exemplo é o que se faz com motoristas que conduzem veículos embriagados ao fazê-los comparecer e acompanhar programas ou aulas sobre os perigos que suas condutas acarretam. A quarta técnica é a prevenção proativa. A prevenção aqui é usada no sentido de acumular inteligência sobre possíveis criminosos ou sobre ações que estejam na iminência de acontecer e, assim, impedir que ocorram⁵⁰⁵.

Para Beck há três dimensões de perigo na sociedade de risco mundial, que desenvolvem conflitos diferentes segundo a lógica que seguem e fazem com que se definam prioridades: em primeiro lugar, as crises ecológicas; em segundo lugar, as crises financeiras globais; e, em terceiro lugar, desde o 11 de setembro, as redes terroristas transnacionais⁵⁰⁶.

Nesse contexto, o direito, como produto da cultura humana para a tutela de interesses particulares, elevou-se à defesa e conservação da sociedade e tutela, além dos interesses individuais e coletivos, também interesses difusos e transindividuais. Dessa forma, proteger bens supra individuais implica adotar escolhas racionalmente difíceis, tanto no tocante à seleção desses bens quanto no tocante à técnica para positivação que tem sido utilizada na forma de antecipação de tutela, tipificação de atos preparatórios, adoção de tipos de perigo abstrato, entre outros⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ DERSHOWITZ, Alan M. **Why terrorism works**: understanding the threat, responding the challenge. New Haven: Yale University Press, 2002. p. 16 ss.

⁵⁰⁶ BECK, Ulrich. **Sobre el terrorismo y la guerra**. Tradução de R. S. Carbó. Barcelona: Paidós Ibérica, 2003. p. 19.

⁵⁰⁷ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: A terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011. p. 39-40.

3.4.2 Algumas causas da expansão do Direito Penal

Cabe, ao Direito Penal, a proteção de bens jurídicos especialmente importantes. Sendo assim, parece razoável esperar que a sua expansão derive da aparição de novos bens jurídicos ou da revalorização dos já existentes. Dessa forma, pode ocorrer a necessidade de conformação à nova realidade, como a expansão das instituições bancárias e as diferentes formas de investimento daí resultantes; pode ocorrer a deterioração de bens jurídicos outrora abundantes como o meio ambiente e pode, ainda, ocorrer o incremento de valor social da realidade que sempre esteve presente, como o patrimônio histórico ou artístico⁵⁰⁸.

A sociedade de riscos⁵⁰⁹, inegavelmente, trouxe avanços espetaculares. Porém, ao mesmo tempo em que diminuiu grandemente a exposição humana a riscos próprios da natureza, aumentou exponencialmente a exposição a riscos de procedência humana, derivados do manejo do avanço técnico, riscos a que todos estão expostos como cidadãos, consumidores, usuários de bens e serviços. Dentre suas consequências, os avanços tecnológicos permitem o surgimento de novas modalidades criminosas, como a ciberdelinquência, por exemplo. Além disso, todas essas novidades tecnológicas estão sujeitas a “falhas técnicas” e, diante da complexidade de algumas novas invenções e equipamentos, todos assumem como inevitável uma parte dessas falhas. O que importa é decidir quais dessas “falhas técnicas” estão no âmbito do risco penalmente relevante e quais são próprias do risco permitido e aceito⁵¹⁰.

Além de se viver em uma “sociedade de riscos”, forma-se ainda uma sociedade de objetiva insegurança. Cotidianamente se consomem produtos e substâncias, dos quais não se sabe concretamente os efeitos que acarretarão e que só se materializarão anos após as condutas de consumo. A sociedade pós-industrial, com sua natural complexidade, aumentou as relações nas esferas individuais, multiplicando exponencialmente os contatos sociais, o que resulta em maiores chances de produção de consequências lesivas. Alia-se a isso certa crise,

⁵⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansion del derecho penal**: Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011. p. 11.

⁵⁰⁹ “‘Sociedade de risco’ significa que vivemos em um mundo fora de controle. Não há nada certo além da incerteza. Mas vamos aos detalhes. O termo ‘risco’ tem dois sentidos radicalmente diferentes. Aplica-se, em primeiro lugar, a um mundo governado inteiramente pelas leis da probabilidade, onde tudo é mensurável e calculável. Esta palavra também é comumente usada para referir-se a incertezas não quantificáveis, a ‘riscos que não podem ser mensurados’. Quando falo de ‘sociedade de risco’, é nesse último sentido de incertezas fabricadas. Essas ‘verdadeiras’ incertezas, reforçadas por rápidas inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas, estão criando uma nova paisagem de risco global. Em todas essas novas tecnologias incertas de risco, estamos separados da possibilidade e dos resultados por um oceano de ignorância (*not knowing*).” (BECK, Ulrich. Incertezas fabricadas. **Revista Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, n. 181, p. 5-12, maio 2006. p. 5).

⁵¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 15.

em especial na Europa, dos modelos de Estado de bem-estar que já não têm respostas para o desemprego, os migrantes voluntários ou forçados e uma criminalidade comum que gera episódios de violência e conflito, em que o “outro” passa a incorporar e a ser visto como o risco a ser evitado⁵¹¹.

Se objetivamente são perceptíveis os riscos e os perigos que se enfrentam na sociedade pós-industrial, mais importantes e mais significativos são os aspectos subjetivos desse fenômeno a determinar uma sensação social de insegurança, o que tem transformado a humanidade em sociedade da sensação de insegurança ou sociedade do medo⁵¹². Entre outros fatores, é possível apontar três aspectos que colaboram para que essa sensação de insegurança (individual) se transmute em sensação de insegurança coletiva. Primeiro, é inegável que a população enfrenta uma crescente dificuldade de adaptação a sociedades em contínua aceleração. Segundo, a constante revolução nos meios de comunicação evidencia a perplexidade e a real sensação de total perda de domínio dos acontecimentos. Alia-se a isso, na era do conhecimento, a dificuldade de obter informação fidedigna e confiável. Na verdade, a avalanche de informações, muitas vezes contraditórias, torna impossível formar alguma certeza. Terceiro, a aceleração também se dá na vida das pessoas. O mercado exige pessoas sem laços familiares, móveis, pois estas se encontram em melhores condições de trabalho, dando lugar a uma instabilidade emocional-familiar derivada das novas estruturas das relações humanas. Esse contexto de aceleração, incerteza, obscuridade e confusão produz uma constante desorientação pessoal, que se traduz em insegurança coletiva⁵¹³.

Soma-se a essa orfandade humana a caixa de ressonância em que se constitui a mídia, que amparada pela tecnologia acelerou o processo de divulgação da informação, trazendo para perto acontecimentos distantes, acentuando a sensação de insegurança coletiva. O atentado de 11 de setembro, transmitido ao vivo em todo o planeta, também espalhou o terror e o medo em todas as partes do mundo, até mesmo em países com realidades distantes e díspares dos Estados Unidos⁵¹⁴.

É de ressaltar, também, que durante muito tempo os interesses das vítimas de crime no processo penal eram absorvidos e submissos aos interesses públicos. Seus interesses eram considerados como interesse da sociedade em geral, uma vez que a delinquência prejudicava todo o tecido social. Tipo de diferenciação que ainda é fundamento para afirmar que o Direito

⁵¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansion del derecho penal**: Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011. p. 19.

⁵¹² *Ibidem*, p. 20.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 22.

⁵¹⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: A terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011. p. 52.

Penal é um ramo do Direito Público, e não do Direito Privado. Durante muito tempo, sustentou-se um discurso de neutralização da vítima, no sentido de afirmar que a sua interferência na reação penal estatal não fosse de modo a condicionar os interesses públicos buscados pelo processo penal⁵¹⁵.

Ocorre que há um fenômeno geral de identificação com a vítima (sujeito passivo) do delito, e não com o autor do crime (sujeito ativo). Esse fenômeno dá margem ao crescimento exponencial dos interesses da vítima do delito na defesa dos seus direitos, tanto no âmbito do direito substantivo quanto no âmbito do direito processual⁵¹⁶. Dessa forma, as demandas das vítimas reais ou potenciais e comumente vítimas arquétipos, sem existência real, comandam o debate político criminal. De outro lado, a relação entre vítima e delinquente tornou-se um jogo de soma zero. Qualquer vantagem obtida pelo delinquente em garantias processuais ou em benefícios no cumprimento da pena pressupõe uma perda por parte das vítimas, que veem isso como uma forma de burlar o processo ou a execução da pena. O inverso também vale, qualquer melhora de atenção às necessidades da vítima implica uma piora das condições de existência do delinquente⁵¹⁷.

E assim posto o debate, agora são as vítimas que submetem ao seu interesse pessoal o interesse público. São os seus sentimentos, suas experiências traumáticas, suas exigências e necessidades particulares que se assumem como representação dos interesses da sociedade. O interesse público deve pessoalizar-se, individualizar-se em demandas concretas de vítimas, grupos de vítimas, pessoas atingidas ou apenas simpatizantes. O discurso da neutralização da vítima mudou. No depender das vítimas, a função do poder público é distanciar-se e manter-se de forma que não interfira na adequada satisfação dos interesses dos diretamente atingidos pelo delito⁵¹⁸.

⁵¹⁵ DIEZ RIPOLLES, Jose Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 3, p. 1-34, 2004. p. 9. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

⁵¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansion del derecho penal**: Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011. p. 46.

⁵¹⁷ DIEZ RIPOLLES, *op. cit.*, p. 10; No mesmo sentido: CALLEGARI, André Luis; WEMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 77.

⁵¹⁸ Nota de rodapé 13: “Un ejemplo bien ilustrativo de hasta dónde se puede llegar por este camino lo constituyen dos prácticas que se han asentado en EEUU en relación con la aplicación de la pena de muerte. Por la primera de ellas, a efectos de decidir si en un caso de asesinato se debe imponer la pena de muerte o basta con una pena privativa de libertad, la fiscalía puede fundamentar su petición de pena capital, al margen de en la gravedad del hecho cometido, en los graves sufrimientos que la pérdida del ser querido ha causado entre sus parientes y allegados, lo que materializa mediante la presentación de una “declaración de impacto sobre las víctimas”, donde recoge los testimonios y dictámenes pertinentes. Por la segunda, ciertos estados justifican la autorización para que los familiares y allegados de la víctima presencien la ejecución del delincente en el ambiguo concepto psicológico de “punto final” (closure), que expresaría que los perjudicados por el asesinato recuperan la tranquilidad anímica perdida desde que se produjo el suceso y prolongada durante todo el proceso judicial, cobertura mediática... etc, una vez que perciben directamente la

Dessa forma a segurança pública, a diminuição da criminalidade, é uma pretensão social legítima que exige resposta do Estado, que se dá através do Direito Penal, com a edição de leis penais com a intenção de recrudescer a repressão como forma de diminuir as inquietações do público, antes de perquirir sobre as causas da criminalidade⁵¹⁹. Passa-se, assim, a ver a lei penal não apenas como a Magna Carta do delinquente — na caracterização de von Liszt — mas também como a Magna Carta da vítima, o que está em completa consonância com a autocompreensão da sociedade da insegurança⁵²⁰. E não há como ser diferente, pois todo mundo pode extrair do Código Penal contra que males e abusos o Estado o protege por meio do Direito Penal. Essa função do Direito Penal não deveria ser subvalorizada, pois é ela que transmite às potenciais vítimas um sentimento de segurança vital e contribui para que o cidadão renuncie à autodefesa e desista de armar-se contra tudo e contra todos. Há aqui um importante componente de psicologia social. O Código Penal que protege o réu é o mesmo que deve dar lastro às pretensões de segurança da vítima. É visível o duplo sentido do Código Penal como Magna Carta do acusado e da vítima, principalmente em tempos de redescobrimto do papel da vítima⁵²¹.

É de ressaltar, ainda, o fenômeno que Ripolles chama de “*populismo y politización*”⁵²². Resulta que os agentes sociais determinantes e condicionantes na adoção e conteúdo das decisões legislativas penais sofreram modificações de grande monta, o que deriva de um amplíssimo consenso social acerca da evolução da legislação penal, consenso que é quase unânime quando se trata de terrorismo⁵²³.

No plano do espectro político, chama especial atenção a mudança de atitude da esquerda política que — simplificada — identificava a criminalização de determinadas condutas como mecanismos de repressão para manutenção do sistema político-econômico de dominação. Surgem, então, as pretensões de neocriminalização como bandeiras especificamente das esquerdas, a saber: delitos de discriminação, delitos contra mulheres, feminicídio, crimes de ódio, violência doméstica, entre outros. Todo esse conjunto é

muerte del causante de todas esas perturbaciones. Véase sobre estas dos manifestaciones, Zimring. The Contradictions of American Capital Punishment”. Oxford University Press. 2003. págs 51-64.” (DIEZ RIPOLLES, Jose Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 3, p. 1-34, 2004. p. 10. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018).

⁵¹⁹ CALLEGARI, André Luís *et al.* **O crime de terrorismo**: reflexões críticas e comentários à Lei de terrorismo: de acordo com a lei 13.260/2016. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2016. p. 75.

⁵²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del derecho penal**: Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011. p. 48-49.

⁵²¹ *Ibidem*, p. 49, nota 116.

⁵²² DIEZ RIPOLLES, *op. cit.*, p. 10.

⁵²³ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Los delitos de terrorismo**: estrutura típica e injusto. Madrid: Editorial Reus, 2010. p. 32.

apresentado pela esquerda como progressista. Nesse contexto, a direita política também descobre que aprovar normas penais pode ser progressista (embora sejam normas penais defensivistas). Da mesma forma, a esquerda política compreende e assimila que o discurso de *law and order*⁵²⁴ e tolerância zero⁵²⁵ pode ser politicamente rentável. Essa situação gera uma escalada em que ninguém está seriamente disposto a discutir, de verdade, as consequências político-criminais das decisões tomadas em âmbito parlamentar, uma vez que a demanda popular por mais criminalização e maiores e mais efetivas penas já não é tabu para mais ninguém⁵²⁶.

Então se sai de um primeiro momento, no qual o discurso de incremento da segurança através da maior pressão punitiva era monopólio dos grupos de direita, enquanto os grupos de esquerda defendiam uma postura contrária, para um segundo momento, quando todo o espectro político assume o discurso da segurança. E essa proposta é coerente com qualquer discurso político. Deve-se priorizar a segurança através do Direito Penal porque isso protege aos socialmente mais debilitados. Os ricos podem defender-se da insegurança vivendo em bairros mais tranquilos e protegidos e, inclusive, pagando segurança privada, ao passo que a população mais desassistida está mais exposta à criminalidade comum de rua e só tem a proteção oferecida pelo Direito Penal. Essa ideia de segurança é o que se pode chamar de lei e ordem em uma versão de esquerda⁵²⁷.

Somado a isso, tem-se o descrédito que se abateu sobre os especialistas na matéria, em especial os vinculados à prática judicial e à execução penal. Os juízes são vistos como um coletivo pouco confiável que adota, com frequência, decisões desgarradas da realidade e incompreensíveis para o senso comum, ao passo que os servidores encarregados da execução

⁵²⁴ “A segunda grande esfera de reação a maximizar a intervenção punitiva foi o **Movimento da Lei e Ordem**. A idéia central é dar uma resposta ao fenômeno da criminalidade com acréscimo de medidas repressivas decorrentes de leis penais. Nas duas últimas décadas crimes atrozos são apresentados pelo *mass media* e por muitos políticos como uma ocorrência terrível, geradora de insegurança e consequência do tratamento benigno dispensado pela lei aos criminosos, que, por isso, não lhe têm respeito. O remédio milagroso outro não é senão a ideologia da repressão, fulcrada no velho regime punitivo — retributivo, que recebe o nome de Movimento da Lei e da Ordem. Os defensores deste pensamento partem do pressuposto dicotômico de que a sociedade está dividida em homens bons e maus. A violência destes só poderá ser controlada através de leis severas, que imponham longas penas privativas de liberdade, quando não a morte. Estes seriam os únicos meios de controle efetivo da criminalidade crescente, a única forma de intimidação e neutralização dos criminosos. Seria mais, permitiria fazer justiça às vítimas e aos “homens de bem”, ou seja, àqueles que não cometem delitos.” (SHECAIRA, Sergio Salomão. Tolerância zero. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 165-176, out. 2009. p. 170).

⁵²⁵ Sobre Tolerância Zero veja: KELLING, George L.; COLES, Catherine M. **Fixing broken windows**. New York: Touchstone, 1997; e também: BRATTON, William; KNOBLER, Peter. **Turnaround: How america’s top cop reversed the crime epidemic**. New York: Random House, 1998.

⁵²⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto**. Madrid: Editorial Reus, 2010. p. 33-34.

⁵²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansion del derecho penal: Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales**. Madrid: Edisofer, 2011. p. 69-70.

penal têm uma única preocupação: o bem-estar do delinquente. Por outro lado, a experiência cotidiana do povo, sua percepção imediata da realidade e dos conflitos sociais passa a ser um fator de primeira importância no momento de criar e elaborar as leis penais, o que é louvável e plenamente aceitável, para não dizer recomendável em um estado democrático. A novidade presente é que o povo demanda ser atendido diretamente, sem a interposição de núcleos de especialistas que possam ponderar e avaliar as consequências das demandas populares em matéria penal, sendo os portadores dessa vontade popular e da opinião pública, expressada ou criada pelos meios de comunicação social, as vítimas ou grupos de vítimas e, por fim, o povo simples⁵²⁸.

O importante é perceber que a opinião pública, estimulada pelos meios de comunicação social, submete os poderes públicos a uma contínua pressão para que se concretizem reformas legislativas que permitam ao Direito Penal, em especial, refletir, a todo momento, os consensos, compromissos e estados de ânimo produzidos nesses debates sobre problemas sociais relevantes. Os poderes públicos, cientes do que representa social e politicamente atender a tais demandas, não apenas as aceitam como, muitas vezes, as estimulam. Assim se entra no reino do proceder legislativo-declarativo formal, cujo desígnio primeiro é concretizar a norma legal do modo mais fiel e contundente possível ao estado atual das opiniões coletivas sobre uma determinada realidade social conflitiva, independentemente de qualquer crítica ou consideração sobre a efetiva contribuição da norma na solução do problema⁵²⁹.

3.4.2.1 Multiplicadores do fenômeno expansivo

Silva Sánchez chama de multiplicadores do fenômeno de expansão do Direito Penal aqueles fatores que dão “espetacular impulso” às causas de expansão do Direito Penal e que são fenômenos típicos das sociedades pós-industriais. Nesse sentido arrola dois grandes multiplicadores do fenômeno expansivo: a globalização econômica e a integração supranacional⁵³⁰.

⁵²⁸ DIEZ RIPOLLES, Jose Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 3, p. 1-34, 2004. p. 11. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

⁵²⁹ DIEZ RIPOLLES, Jose Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, v. 35, n. 103, p. 63-97, ene./abr. 2002. p. 66. Disponível em: <<http://revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/10489>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

⁵³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansion del derecho penal**: Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011. p. 83.

Globalização “é um processo (ou conjunto de processos) que incorpora uma transformação na organização espacial das relações e transações sociais, gerando fluxos transcontinentais ou inter-regionais e redes de atividades, interação e poder”⁵³¹. Esse processo, ou conjunto de processos, incorpora quatro sensíveis mudanças:

- a) Ele amplia as atividades sociais, políticas e econômicas entre as fronteiras, regiões e continentes.
- b) Isso intensifica a dependência mútua, como fluxos de comércio, investimento, finanças, migração e crescimento da cultura.
- c) Acelera o mundo. Novos sistemas de transporte e comunicação significam que ideias, bens, informação, capital e pessoas se movem mais rapidamente.
- d) Isso significa que eventos distantes têm um impacto mais profundo na vida das pessoas. A maioria dos desenvolvimentos locais pode vir a ter enormes consequências globais. As fronteiras entre assuntos domésticos e assuntos globais podem se tornar cada vez mais indistintas⁵³².

Em outras palavras, “a globalização é sobre as conexões entre diferentes regiões do mundo — do cultural ao criminoso, do financeiro ao ambiental e as maneiras pelas quais eles mudam e aumentam ao longo do tempo”⁵³³.

A integração supranacional, por sua vez, também carrega forte componente econômico e é guiada pela ideia de conseguir um mercado comum de vários países, com livre trânsito de pessoas, capitais, serviços e mercadorias com a eliminação de barreiras alfandegárias e outros empecilhos ao livre comércio. A integração regional, por sua vez, não passa de um aspecto da globalização geral, caracterizando-se pela especial intensidade das relações.⁵³⁴

Os fenômenos da globalização e da integração supranacional fizeram com que condutas antes criminalizadas deixassem de sê-lo, pois constituíam embaraço, se não

⁵³¹ Tradução livre de: “Globalization: a process (or set of processes) that embodies a transformation in the spatial organization of social relations and transactions, generating transcontinental or interregional flows and networks of activity, interaction, and power.” (HELD, David *et al.* *Globalization. Global Governance*, v. 5, n. 4, p. 483-496, oct./dec. 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/27800244?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 15 jun. 2018).

⁵³² Com base no texto: “It stretches social, political, and economic activities across political frontiers, regions, and continents. It intensifies our dependence on each other, as flows of trade, investment, finance, migration, and culture increase. It speeds up the world. New systems of transport and communication mean that ideas, goods, information, capital, and people move more quickly. It means that distant events have a deeper impact on our lives. Even the most local developments may come to have enormous global consequences. The boundaries between domestic matters and global affairs can become increasingly blurred.” (*Ibidem*).

⁵³³ Tradução livre de: “globalization is about the connections between different regions of the world—from the cultural to the criminal, the financial to the environmental—and the ways in which they change and increase over time.” (*Ibidem*).

⁵³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del derecho penal**: Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011. p. 89.

empecilho, para os próprios objetivos da globalização. Como exemplos mais visíveis desse fenômeno citam-se os controles e as barreiras entre os países à livre circulação de mercadorias e capitais. Por outro lado, esses mesmos fenômenos proporcionam o surgimento de novas condutas a serem criminalizadas, em especial aquelas relacionadas à delinquência contra os interesses da comunidade, fraudes tarifárias, fraudes a subvenções, novos tipos de corrupção dos funcionários encarregados de operacionalizar a integração, sem se esquecer de uma nova criminalidade de colarinho branco, organizada, com grande poder econômico e características de transnacionalidade. Estas constituem, provavelmente, no gênero, a nova criminalidade oriunda da globalização⁵³⁵.

3.4.2.2 Direito penal simbólico

É inegável que o Direito Penal, em perspectiva empírica, possui caráter informativo, delineado pelas normas penais para dar conta dos bens jurídicos que, em determinada sociedade, se reputam fundamentais a ponto de dar-lhes proteção jurídico-penal. À parte disso, parece igualmente impossível negar a função formativa exercida pelo Direito Penal, uma vez que no plano da realidade (plano fático) ele exerce sobre a sociedade uma função ético-social, que também se pode chamar de “função configuradora de costumes”⁵³⁶.

Se é verdade que o Direito Penal possui esse caráter informativo e configurador de costumes, é possível que o legislador se valha dessas características violentando-as na forma de um direito penal simbólico ou retórico, de caráter populista, que, ao invés de estar preocupado com a resolução direta de um problema jurídico penal, apenas pretende passar à opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido⁵³⁷. Em outras palavras, se denomina direito penal simbólico aquele cujos efeitos simbólicos predominam sobre os efeitos instrumentais. Seus efeitos se conectam ao fim de transmitir uma mensagem apaziguadora para a sociedade, de conteúdo meramente valorativo, sem força para modificar a realidade social pela via da prevenção à realização de comportamentos indesejados⁵³⁸.

Não se deve, evidentemente, perder de vista que quando se usa a expressão direito penal simbólico não se está referindo que ele não tenha impacto na realidade, ou criar a

⁵³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del derecho penal**: Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011. p. 90.

⁵³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2. ed. ampl. e atual. Montevideo: Editorial B de F, 2012. p. 474.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 482.

⁵³⁸ ANGLI, Mariona Llobet. **Derecho penal del terrorismo**: limites de su punición em um Estado democrático. Madrid: Laley, 2010. p. 261.

suspeita de que não se avalia com seriedade a vivência real e nada simbólica de quem se vê submetido a persecução penal, detido, processado, acusado, condenado, encarcerado. Há de se ter em mente que, com a pena, se infringe um dano concreto⁵³⁹. Necessário lembrar que o Direito Penal sempre fez uso legítimo de efeitos simbólicos, especialmente se considerados os estudos sobre os fins da pena. Importante, então, compreender o significado da expressão direito penal simbólico, reconhecer seus efeitos não simbólicos e o próprio uso (i)legítimo de simbolismos⁵⁴⁰. Nesse cenário, a expressão “direito penal simbólico” tem sido usada para desqualificar algumas decisões legislativas, no geral criminalizadoras, que não só carecem de fundamentos legais justificadores, como também fazem uso demagógico do Direito Penal, esperando alcançar, com ele, fins que não lhe são próprios e que nem ele é capaz de produzir⁵⁴¹.

Não se pode deixar de ressaltar o crescente protagonismo dos meios de comunicação em massa nesse fenômeno. Primeiro, porque se convertem no foro em que se desenvolvem as discussões públicas sobre os problemas sociais mais relevantes, sem que esse debate sofra qualquer mediação ou crítica de especialistas na matéria. Depois, pela progressiva conformação dos meios de comunicação como uns dos mais significativos agentes de controle social, em especial por sua capacidade de generalizar a assunção de pontos de vista e atitudes⁵⁴².

O debate público, assim conformado, revela-se superficial em uma sociedade que encontra dificuldades crescentes de orientação cognitiva. Então, parece lógica e razoável a busca de elementos de orientação normativa, local privilegiado do Direito Penal. A uma sociedade que carece de consensos sobre valores positivos, parece razoável entregar ao Direito Penal a missão fundamental de gerar consenso e reforçar os valores comunitários⁵⁴³.

A sociedade contemporânea está mais suscetível e demonstra maior sensibilidade à exposição a riscos do que em tempos anteriores e, por isso, a segurança é uma pretensão social à qual o Estado e, em especial, o Direito Penal devem dar resposta⁵⁴⁴. Vale dizer que, presentemente, a cidadania sente que necessita maior proteção frente a determinados riscos e

⁵³⁹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 94.

⁵⁴⁰ CALLEGARI, Andre Luis. Os caminhos do Direito Penal brasileiro e a tipificação do terrorismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMAN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014. p. 27.

⁵⁴¹ RIPOLLES, Jose Luis Diez. El derecho penal simbólico e los efectos de la pena. **Boletim Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, v. 35, n. 103, p. 63-97, ene./abr. 2002. p. 64.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 65.

⁵⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansion del derecho penal**: Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011. p 32-33.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 31.

perigos, especialmente frente a pessoas perigosas, o que reforça a demanda por mais Direito Penal e seu consequente acolhimento pelo legislador⁵⁴⁵. É necessário compreender que a sociedade vê a si mesma como vítima potencial e não está disposta a correr o risco de que crimes violentos continuem acontecendo, pelo que demanda firmemente a neutralização da fonte de perigo (pessoa criminoso) e se opõe à ideia de que seja dada nova oportunidade ao eventual criminoso. Dentro desse espectro, o terrorismo talvez seja o tipo de delito que causa maior ressonância⁵⁴⁶. Aqui cumpre analisar o papel do direito penal do inimigo.

3.5 O DIREITO PENAL DO INIMIGO EM JAKOBS: UMA DAS TERCEIRAS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Günter Jakobs, tido como um dos mais brilhantes discípulos de Hans Welzel, o grande idealizador da teoria finalista da ação, abandonou as lições de seu mestre e, já navegando por si, foi o criador do funcionalismo sistêmico (radical) que sustenta que o Direito Penal tem a função primordial de proteger a norma (e só indiretamente tutelaria os bens jurídicos mais fundamentais)⁵⁴⁷.

Desde a teoria finalista de Welzel, não se havia construído um novo sistema de Direito Penal. Essa tarefa coube a Jakobs, que, já no ano de 1983, em seu tratado de Direito Penal, alinha as primeiras nuances de uma obra que romperia definitivamente com a tradição finalista. Em contraposição ao seu professor, Jakobs entende que a elaboração de categorias dogmáticas não pode ser aferida com base em uma fundamentação ontológica do Direito. Para ele, o injusto e a culpabilidade não se inferem de estruturas lógico-objetivas preexistentes que vinculem o legislador. Em Jakobs, o conteúdo dos elementos da teoria do delito depende dos fins e funções que cumpre o Direito Penal, que consistem em garantir a identidade de uma

⁵⁴⁵ ANGLI, Mariona Llobet. **Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático**. Madrid: Laley, 2010. p. 264.

⁵⁴⁶ “De nuevo, la doctrina pone de relieve la importancia en la creación o el mantenimiento de la sensación de inseguridad social frente a distintos peligros y sujetos peligrosos, no sólo de los medios de comunicación sino también de la clase política, tanto el partido de gobierno como los de la oposición. [...] La preocupación social ‘por el terrorismo ha sido frecuentemente manipulada por los medios de comunicación y por los políticos, que ven en esta tema una oportunidad para avanzar en sus aspiraciones individuales o políticas’, lo que contribuye a generar ‘un clima de miedo y a aumentar las percepciones públicas de vulnerabilidad’. Así, por un lado, el Derecho Penal se ha convertido en la actualidad en un instrumento de la política partidista, puesto que ésta se ha apoderado de él como mero utensilio para lograr sus fines. De aquí que BECK sostenga que ‘la amenaza terrorista percibida y políticamente instrumentalizada provoca las demandas de seguridad que anulan la libertad y la democracia, es decir, precisamente eso que hace superior a la modernidad’. Y, por el otro lado, la criminalidad y la persecución penal son también “el objeto de auténticos melodramas cotidianos que se comercializan con texto e ilustraciones en los medios de comunicación.” (*Ibidem*, p. 264-66).

⁵⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. São Paulo, 27 set. 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

sociedade. Isso significa, em outras palavras, que se trata de conceitos normativos edificados com total independência da natureza das coisas⁵⁴⁸.

Dessa forma, para Jakobs, a teoria geral da pena se emoldura dentro do que se chama de prevenção geral positiva, e seus fundamentos se encontram vinculados à filosofia do direito de Hegel e alguns aspectos da teoria dos sistemas:

Podríamos afirmar que se trata de una nueva lectura de Hegel a través de la concepción del derecho de Niklas Luhmann. La finalidad de la pena es mantener la vigencia de la norma como modelo del contrato social. Con su comportamiento, el infractor quebrante de unas expectativas normativas y la pena tiene como función demostrar que la sociedad, a pesar de la desautorización de la norma, puede seguir confiando en la vigencia de las mismas⁵⁴⁹.

Para Jakob, todos os bens são perecíveis e só interessam ao Direito na medida em que as pessoas devem respeitá-los. Dessa forma, o Direito Penal não garante a existência de bens jurídicos em si, mas unicamente que as pessoas não ataquem a esses bens, que nessa medida se tratam de bens jurídicos, caso contrário, serão meros bens perecíveis. A morte por senilidade é a perda de um bem, mas a punhalada do assassino é uma lesão a um bem jurídico⁵⁵⁰.

Assim, o Direito Penal não serve para a proteção genérica de bens que tenham sido proclamados como bens jurídicos, serve apenas para proteção contra certos ataques e só no que se refere a essa proteção os bens são alcançados pela lente do Direito e, por conseguinte, passam a ser bens jurídicos. O Direito não é um muro de proteção colocado ao redor dos bens, mas, sim, a estrutura de relação entre as pessoas. Portanto, o Direito Penal como proteção de bens jurídicos significa que uma pessoa, encarnada em seus bens, é protegida frente a ataques

⁵⁴⁸ LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **Libro homenaje al professor Günther Jakobs: el funcionalismo em derecho penal**. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1, p. 23.

⁵⁴⁹ “Con base en una de las leyes de la dialéctica, HEGEL desarrolló su teoría de la pena. El filósofo alemán entendió que hay una voluntad general que está constituida por el derecho abstracto, y frente a ella se contraponen una voluntad particular que, con su comportamiento, niega esa voluntad general. La finalidad de la pena es restablecer la voluntad general a través de una negación; es decir, de una negación de la negación. Quien comete un delito expresa un especial esbozo del mundo, una especial concepción del mismo, porque para él no rige el ordenamiento jurídico sino su voluntad particular (una negación). Con la pena, el Estado manifiesta que esa concreta concepción no vale y que debe imperar la voluntad general (negación de la negación). De esta manera se restablece la vigencia del derecho (síntesis). A partir de este fundamento, JAKOBS aplica una teoría institucional del derecho, que entiende las normas como estructura de la sociedad. El derecho, en la concepción de NIKLAS LUHMANN, es una estructura a través de la cual se facilita la orientación social, y la norma una generalización de expectativas. La configuración fundamental de la sociedad se produce a través del derecho, y la misión del Derecho Penal es garantizar esa configuración. Las expectativas sociales se estabilizan a través de las sanciones.” (*Ibidem*, p. 24).

⁵⁵⁰ JAKOBS, Günther. La doctrina dominante: Que protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **Libro homenaje al professor Günther Jakobs: el funcionalismo em derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 42.

de outras pessoas⁵⁵¹. Dessa forma, *el derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos*⁵⁵².

3.5.1 Segurança cognitiva de vigência da norma

Sociedade é, em essência, acordo normativo. Não se origina pela simples mistura ou soma dos indivíduos que a integram. Não se perfectibiliza pela adição de mundos individuais. Constitui uma realidade mais complexa, cuja constituição se dá através de normas. A norma se erige em um critério básico, componente essencial, pressuposto irrenunciável de todo mundo social e serve de elemento orientador de todas as relações entre cidadãos, entre os integrantes da estrutura social⁵⁵³.

Não existem delitos em circunstâncias caóticas, mas só como violação das normas de uma ordem praticada. Quem quer e pode, pode matar alguém sem causa alguma. É o *jus naturale* de Hobbes⁵⁵⁴. Essa morte nada terá em comum com um crime, já que no estado de natureza, sem uma ordem definida e vinculante, não podem ser violadas normas que sequer existem. Vale dizer que os delitos só acontecem em uma comunidade ordenada no Estado. Nesse contexto, o delito não se apresenta como princípio do fim da comunidade ordenada, mas apenas como infração desta, como um deslize reparável⁵⁵⁵.

Em outras palavras, espera-se que o outro se comporte desta ou daquela maneira, porque esse outro será responsável pela observância da norma que regula esse comportamento. Justamente por esperar que se atribua a outro a responsabilidade pela observância e adesão às normas, por respeitar e cumprir as normas válidas, é que se constituem as tramas das relações sociáveis⁵⁵⁶.

A norma existe, portanto, pela necessidade de institucionalizar determinadas expectativas sociais e pela necessidade de regular segmentos da realidade. A expectativa social de não matar se converte em expectativa normativa ao ser positivada em uma norma jurídica e, assim, a expectativa forma parte do conteúdo material do direito positivo (*positum*)

⁵⁵¹ JAKOBS, Günther. La doctrina dominante: Que protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **Libro homenaje al profesor Günther Jakobs: el funcionalismo em derecho penal**. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 42.

⁵⁵² *Ibidem*, p. 43.

⁵⁵³ POLAINO-ORTS, Miguel. **El derecho penal del enemigo ante el estado de derecho**. México-DF: Flores editor y distribuidor, 2013. p. 163-164.

⁵⁵⁴ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Capítulo XIV.

⁵⁵⁵ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução de Callegari, André Luis e Giacomolli, Nereu José. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 30-31.

⁵⁵⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Inimigo e pessoa no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 66.

que é aquele que é posto, ou depositado pelo legislador em uma norma jurídica⁵⁵⁷. No dizer de Silva Sanchez, a norma penal, no plano da realidade, no plano fático, exerce sobre a sociedade uma função ético-social, que também é chamada de *función configuradora de las costumbres*⁵⁵⁸. Por isso, é preciso se ter em mente que, para que a norma possa existir, é necessário que ela seja real, no sentido de ser realizável. De maneira que o pressuposto de validade da norma é a possibilidade de que ela seja infringida. Portanto, ela deve ser idônea para motivar os cidadãos, que são livres para reconhecer a autoridade da norma ou não. Espera-se, desse modo, que o cidadão adira ao projeto oficial representado pela norma. Se o faz, cumprindo a norma, contribui para que o mundo social siga seu fluxo. Se não o faz, isto é, infringe a norma, está na posição de quem apresenta um contraprojeto oficioso, que, por sua vez, é enfrentado e remediado pela pena, que tem a função de demonstrar que o projeto válido é o oficial, aquele reconhecido na norma jurídica⁵⁵⁹.

Sendo a norma real e realizável e o projeto de sociedade que ela representa reforçado pela aplicação de pena, espera-se de uma sociedade que suas condutas sejam em conformidade com a norma. Vale dizer que se espera que as pessoas ajam de acordo com a norma e que em seus cálculos tenham a mesma expectativa das demais pessoas (de agir na conformidade da norma). Espera-se, então, de todos uma confirmação cognitiva de adesão à norma⁵⁶⁰. Quando a possibilidade de ser roubado ou morto por caminhar em uma determinada região é séria, o fato de ter o direito de fazê-lo não me fará ir até o local, salvo necessidade extrema. As pessoas não querem apenas ter o direito, querem sobreviver, e a confiança na segurança que a norma dá só se realiza quando não é desmentida faticamente⁵⁶¹.

Uma estrutura normativa só entrega orientação se for cognitivamente referendada. As expectativas normativas, por si só, não oferecem, na vida prática, orientação devido somente à normatividade; antes deve acontecer e ser assimilada certa probabilidade de que não se

⁵⁵⁷ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: Editora Liber Ars, 2014. p. 72.

⁵⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2. ed. ampl. e atual. Montevideo: Editorial B de F, 2012. p. 474.

⁵⁵⁹ POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 72.

⁵⁶⁰ Sobre segurança cognitiva ver: JACOBS, Jane. **Morte e vida de grandes cidades**. 3. ed. Tradução de Carlos S. Mendes Rosa. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Parte 1, A natureza peculiar das cidades, p. 48: “Grande parte desses contatos é absolutamente trivial, mas a soma de tudo não é nem um pouco trivial. A soma desses contatos públicos casuais no âmbito local — a maioria dos quais é fortuita, a maioria dos quais diz respeito a solicitações, a totalidade dos quais é dosada pela pessoa envolvida e não imposta a ela por ninguém — resulta na compreensão da identidade pública das pessoas, uma rede de respeito e confiança mútuos e um apoio eventual na dificuldade pessoal ou da vizinhança. A inexistência dessa confiança é um desastre para a rua. Seu cultivo não pode ser institucionalizado. E, acima de tudo, ela implica não comprometimento pessoal”.

⁵⁶¹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 33.

produzirá o dano⁵⁶². Desse modo, os cidadãos têm liberdade para aderir ao acordo normativo ou para rejeitá-lo totalmente, apartando-se ou autoexcluindo-se do projeto social. Se o fazem (aderem), passam uma mensagem de confiança cognitiva aos demais cidadãos e, nesse passo, estão incluídos na dinâmica social. Se não o fazem, se autoexcluem do mundo social, originando um *déficit* geral de garantia cognitivo-normativa⁵⁶³. Em outras palavras, a dinâmica de inclusão ou exclusão (que nunca é irreversível) depende da condição de se prestar ou não segurança cognitiva na vigência da norma, ou seja, se respeita substancialmente ou se impede massivamente (aspecto qualitativo) que a norma proteja os cidadãos⁵⁶⁴.

3.5.2 Pessoa vs. Indivíduo (inimigo) no Direito Penal

Ao ser humano se denomina pessoa, tanto que desfruta de certos direitos na sociedade civil e deve suportar deveres. Vale dizer, pessoas são os destinatários de direitos e deveres, de modo que estes são destinados às pessoas⁵⁶⁵. Esses direitos e deveres são atribuídos pela norma jurídica, que, na concepção de Direito Penal de Jakobs e em sua teoria do funcionalismo, está orientada para garantir a identidade normativa, garantir a constituição da sociedade⁵⁶⁶.

A teoria da vigência da norma de Jakobs se baseia, substancialmente, em dois conceitos: o da expectativa normativa e o do alicerçamento cognitivo desta expectativa. Isto significa que a vigência da norma só existe onde também há confiança na sua vigência, e a confiança na vigência da norma, apenas onde a expectativa de que a norma vige não é sistematicamente frustrada. Esta interdependência não deve ser negada⁵⁶⁷.

Dessa forma, a missão do Direito Penal em Jakobs não é impedir a violação de bens jurídicos, mas confirmar a validade da norma. O Direito é um instrumento de orientação e instrumentalização da confiança mútua. Por sua vez, a finalidade do Direito Penal é preservar a função orientadora das normas jurídicas, de modo que o delito, ao se constituir em infração

⁵⁶² JAKOBS, Günther; POLAINO-ORTS, Miguel. **Terrorismo y estado de derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 29.

⁵⁶³ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: Editora Liber Ars, 2014. p. 72.

⁵⁶⁴ POLAINO-ORTS, Miguel. **El derecho penal del enemigo ante el estado de derecho**. México-DF: Flores editor y distribuidor, 2013. p. 168.

⁵⁶⁵ JAKOBS, Günther. Personalidad y exclusion em derecho penal. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **Libro homenaje al profesor Günther Jakobs: el funcionalismo em derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 73.

⁵⁶⁶ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 1.

⁵⁶⁷ BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 62, p. 107-133, set./out. 2006. p. 112.

à norma, pressupõe uma defraudação de expectativas. Nesse contexto, o Direito Penal não reprime primeiramente lesões a interesses ou a bens jurídicos, mas desvalor de condutas, ou seja, o comportamento como manifestação de uma atitude de infidelidade à norma⁵⁶⁸.

Ainda é preciso alertar que Jakobs, com base na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, entende que a sociedade é comunicação e, nesse sentido, o delito é uma comunicação defeituosa perpetrada e de culpa do autor da conduta. Essa desautorização da norma, falta de fidelidade ao ordenamento jurídico, se constitui em uma comunicação defeituosa, errônea, destruidora das estruturas sociais e por isso não deve servir de paradigma. Exemplificando com uma imagem, na rede de comunicação há um nó mal colocado e se não for desatado pode levar ao surgimento de outros nós⁵⁶⁹.

Nesse caso, verifica-se que o autor de um delito não só afirma e comunica de forma errônea acerca do alcance e do exercício de sua liberdade, senão que o faz mediante a usurpação de direitos alheios, de modo que não apenas postula uma sociedade diversa da existente, como também põe em marcha a execução de seu projeto⁵⁷⁰. A consequência é a seguinte: o autor que desempenha o papel de uma pessoa livre e configura o mundo sem levar em consideração a norma está configurando uma sociedade de estrutura distinta. Quando se pronuncia sua responsabilidade (culpabilidade), o fato é atribuído não à sua liberdade pessoal, mas, antes, à sua vontade particular. Essa atribuição é configurada privando o autor de meios de exercício de liberdade e desenvolvimento, impondo-se uma pena (prisão, obrigação de indenizar, prestar serviços comunitários)⁵⁷¹.

O fato e a pena, portanto, estão no mesmo plano: o fato é a negação da estrutura da sociedade; a pena, a marginalização desta negação, isto é, confirmação da estrutura. Desde este ponto de vista, com a execução sempre se alcança o fim da pena: reafirma-se a configuração da sociedade. Que, além disso se produzam efeitos psíquicos individuais ou coletivos — intimidação, exercício de fidelidade ao direito ou outros — não é essencial como objetivo da pena, embora tais efeitos certamente não sejam secundários enquanto função latente da pena. Isto fica fora de consideração. Aqui se trata somente de vincular em um conceito as violações da norma e a pena em um nível pessoal e de demonstrar que a pena verdadeiramente restaura o rompimento da norma⁵⁷².

⁵⁶⁸ PEREZ PINZON, Alvaro Orlando. El funcionalismo em la sociologia actual. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **Libro homenaje al professor Günther Jakobs**: el funcionalismo em derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 127F.

⁵⁶⁹ JAKOBS, Günther. La doctrina dominante: Que protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **Libro homenaje al professor Günther Jakobs**: el funcionalismo em derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1, p. 55.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 55.

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 55.

⁵⁷² Tradução livre de: “El hecho y la pena, por consiguiente, se encuentran en el mismo plano: el hecho es la negación de la estructura de la sociedad; la pena, la marginalización de esa negación, es decir, confirmación

Do tudo que até aqui foi dito se pode resumir que:⁵⁷³

- a) Vigência da norma como conceito central. A vigência da norma e a preservação de sua vigência são o conteúdo central da construção funcionalista. Seu descumprimento e sua reafirmação constituem o princípio e o fim do Direito Penal.
- b) Negação e (re)afirmação da identidade social. O delito é, antes de mais nada, rompimento com a norma e dessa forma estabelecimento de dúvida quanto à sua vigência. A pena é a resposta normativa a essa infração e tal resposta restabelece a vigência desafiada.
- c) A pena como autocomprovação. A pena contém, essencialmente, um significado comunicativo concreto à margem de outras consequências derivadas. A pena não é apenas um meio de manutenção da identidade social, ela constitui a própria manutenção da identidade social ou, em outras palavras, a vigência da norma não é um fim da pena, mas sua essência.
- d) Não exclusão de efeitos sociais ou individuais. O fato de que a essência da pena é reafirmar a norma não invalida que se vinculem a ela efeitos latentes consistentes em esperanças de psicologia sociais ou individuais (ressocialização, fins preventivos, etc.). Independentemente de se concretizarem tais esperanças, a pena, por si só, já cumpriu seu efeito estabilizador.
- e) Autossuficiência do sistema jurídico. Consequência do referido acima é que a dinâmica delito/pena (rompimento da norma/estabilização normativa) é um conflito que se resolve com uma mesma linguagem normativa e no seio do sistema social.
- f) Normativização dos conceitos penais. Nessa abordagem, todos os conceitos são normativos, com o que ficam livres de uma carga de significado ontológico ou naturalista, sendo criados em e para o direito enquanto sistema normativo.

de la estructura. Desde este punto de vista, con la ejecución siempre se ha alcanzado el fin de la pena: queda confirmada la configuración de la sociedad. Que además de ello se produzcan efectos síquicos individuales o colectivos — intimidación, ejercicio de fidelidad al derecho u otros — no es esencial al fin de la pena, aunque tales efectos seguramente no sean secundarios en cuanto función latente de la pena. Esto queda fuera de consideración. Aquí tan sólo se trataba de vincular en un concepto los quebrantamientos de la norma y la pena en un orden personal, y de mostrar que la pena verdaderamente restaña el quebrantamiento de la norma.” (JAKOBS, Günther. La doctrina dominante: Que protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigência de la norma? *In*: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **Libro homenaje al professor Günther Jakobs**: el funcionalismo em derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1, p. 55-56).

⁵⁷³ POLAINO-ORTS, Miguel. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de um concepto. *In*: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **Libro homenaje al professor Günther Jakobs**: el funcionalismo em derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 2, p. 65-67.

3.5.2.1 Direito penal do cidadão (pessoa) em Jakobs

Para Jakobs há uma recíproca dependência entre o sistema jurídico penal e a sociedade que se entrega, até o ponto de não ser possível separar um do outro. O Direito Penal se constitui em um “cartão de visita da sociedade, pelo que é impossível separar o direito penal da sociedade”⁵⁷⁴.

Aqui é necessário entender o conceito funcionalista de pessoa, que contrasta com o de indivíduo de maneira coerente, com a distinção entre sistema e entorno, entre sociedade e ambiente: “a pessoa participa da comunicação social, expressa sentido, o indivíduo não”⁵⁷⁵. Mais claramente, a pessoa definida pela sua capacidade de adesão à norma pode desempenhar seu papel de cidadão fiel ao Direito, desfraldar uma expectativa e pôr em causa a validade da norma. O indivíduo (menores de idade, inimputáveis), por sua vez, se move em um âmbito extrassocial para o Direito Penal, sendo suas ações comunicativamente irrelevantes, ou seja, não são pessoas para o Direito Penal, de modo que suas ações não são idôneas para comunicar socialmente e muito menos para atacar a vigência da norma⁵⁷⁶.

Como visto, para Jakobs, os conceitos de sociedade, norma e pessoa estão imbricados, intimamente ligados. Só há sociedade “quando e na medida em que existam normas reais”, ou, em outras palavras, “quando e na medida em que o discurso de comunicação se determina em atenção às normas”⁵⁷⁷. Essa comunicação não se dá no plano dos indivíduos que se regem conforme a dualidade satisfação/insatisfação. Pessoa é a quem se atribui o papel de cidadão respeitoso ao Direito, que não atua buscando somente seu interesse individual, mas, antes, se comporta conforme uma relação de dever e espaço de liberdade⁵⁷⁸. Em outras palavras, ser humano é resultado de processos naturais, ao passo que pessoa é um produto social que se define como a unidade ideal de direitos e deveres administrados através de um corpo e uma

⁵⁷⁴ POLAINO-ORTS, Miguel. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de um concepto. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **Libro homenaje al profesor Günther Jakobs: el funcionalismo em derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 2, p. 94.

⁵⁷⁵ Tradução livre de: “la persona participa en la comunicación social, expresa sentido; el individuo, no.” (*Ibidem*, p. 94).

⁵⁷⁶ “Esta visión funcionalista supone un cambio de paradigma en relación al racionalismo individualista, que concebía al individuo de manera constitutivamente anterior a lo social'. El funcionalismo considera que es la propia Sociedad la que crea la persona, asignándole un rol, el cumplimiento de ciertas expectativas.” (*Ibidem*, p. 95).

⁵⁷⁷ Tradução livre de: “Existe sociedad cuando y en la medida en que hay normas reales”. (JAKOBS, Günther. **Sobre la teoría de la pena**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Artículos Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 16).

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 17.

consciência. Em qualquer caso, pessoa é aquele cujas ações são passíveis de imputação, aqueles que são imputáveis⁵⁷⁹.

No dizer de Luís Greco, pessoa em Jakobs é um termo técnico, que designa o portador de um papel, isto é, aquele em cujo comportamento conforme a norma se confia e se pode confiar⁵⁸⁰. Uma pessoa para Jakobs é um indivíduo para quem a ocorrência significativa normativa possui relevância, lhe diz algo. Um ser que compreende o conteúdo implícito alegado de uma contestação à norma e compreende o que é feito contra essa alegação, quando se declara a pena. Para Jakobs, pessoas “são portadoras de obrigações e direitos ou, ainda, destinos de direitos e obrigações construídos comunicativamente”⁵⁸¹. Pessoa significa ter de representar um papel. Pessoa é máscara, e não a expressão da subjetividade de seu portador, em outras palavras, é a representação de uma competência socialmente compreensível⁵⁸². A personalidade, como construção exclusivamente normativa, é irreal, e só pode manter-se e ser real se dá alguma corroboração cognitiva dela mesma, ou seja, se ela motiva-se pela orientação lícito/ilícito⁵⁸³.

Dessa forma, o Estado Moderno vê no autor de um fato criminoso não um inimigo a ser destruído, mas um cidadão, uma pessoa que com seu proceder causa ofensa à vigência da norma. Assim, ele é convocado, embora de modo coativo, mas como cidadão (e não inimigo) a reequilibrar o dano, o que se revela com a pena⁵⁸⁴. Portanto, o Direito Penal oscila entre dois polos em suas regulações. Por um lado, o tratamento dispensado ao cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir e então confirmar a estrutura normativa da sociedade. De outro lado, está o tratamento dado ao inimigo, que deve ser interceptado no estágio prévio à ação, o qual é combatido pela sua especial periculosidade⁵⁸⁵.

⁵⁷⁹ CERVINI, Raul. El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidade de la persona humana. **Revista de Derecho, Universidad Catolica del Uruguay**, n. 5, p. 27-50, 2010. p. 38.

⁵⁸⁰ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito Penal do Inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 6, n. 7, p. 211-247, dez. 2005. p. 218.

⁵⁸¹ BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 62, p. 107-133, set./out. 2006. p. 112.

⁵⁸² JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 31.

⁵⁸³ CERVINI, Raul. El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidade de la persona humana. **Revista de Derecho, Universidad Catolica del Uruguay**, n. 5, p. 27-50, 2010. p. 38.

⁵⁸⁴ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 31.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 36.

3.5.2.2 Inimigo em Jakobs: o não pessoa

Conforme Silva Sanchez, o Direito Penal da atualidade pode ser reconhecido por suas três velocidades. Uma primeira velocidade representada pelo direito penal do cárcere, no qual devem se manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais. Uma segunda velocidade, aplicável aos casos em que, por não se tratar de prisão, mas apenas de penas privativas de direitos ou penas pecuniárias, aqueles princípios e regras do direito penal clássico poderiam experimentar alguma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção. A terceira velocidade, intimamente ligada ao conceito de inimigo de Jakobs, seria aquela que admite, para crimes apenados com prisão, uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais⁵⁸⁶.

O Estado pode ver e proceder com os delinquentes de dois modos: pode vê-los como pessoas que delinquem, que cometem um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação⁵⁸⁷. Segundo Jakobs é cômoda a ilusão de que todos os seres humanos estão vinculados entre si pelo Direito e, dessa forma, fica o observador eximido da necessidade de comprovar em que casos se trata verdadeiramente de uma relação jurídica e em que casos se trata de uma relação não jurídica. Para o professor de Bonn, o vínculo jurídico só existe se, além de ocorrer conceitualmente, também se projeta na configuração social. Em outras palavras, quando uma estrutura normativa não dirige a conduta das pessoas, carece de realidade social⁵⁸⁸.

A pessoa, em Jakobs, é uma instituição de direito, criada pelo direito:

[...] se já não existe a expectativa séria, que tem efeitos permanentes de direção da conduta, de um comportamento pessoal — determinado por direitos e deveres —, a pessoa degenera até converter-se em um mero postulado, e em seu lugar aparece o indivíduo interpretado cognitivamente. Isto significa, para o caso da conduta cognitiva, o aparecimento do indivíduo perigoso, o inimigo. Novamente dito como exemplo: quem persistentemente delinque, uma e outra vez, sendo seus delitos mais que bagatelas, se o impede, enquanto indivíduo perigoso (a par de uma imposição de pena) de cometer ulteriores fatos, concretamente através da custódia de segurança. Falando em termos kantianos: há de se separar daqueles que não admitem ser incluídos sobre uma constituição civil⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del derecho penal**: Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011. p. 183.

⁵⁸⁷ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 40.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁸⁹ Tradução livre do trecho: “si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal — determinados por derechos y deberes —, la persona degenera

Nesse ponto, deve-se esclarecer o que o inimigo não é: a noção funcionalista de inimigo se desvincula plenamente dos antecedentes pseudoreligiosos, políticos, bélicos, etc. O inimigo não é, pois, o estrangeiro, o adversário ou o dissidente político. Não tem conotação bélica ou militar, religiosa ou moral, de modo que a definição do inimigo se dá no plano do Direito, jamais no plano político. Para Jakobs, o termo sequer é um adjetivo qualificativo ou desqualificativo, mas uma categoria científico-descritiva (como são inimputável, sujeito criminalmente perigoso e outras). Dessa forma, o termo “inimigo” encontra base na realidade, ou seja, não tem qualidade de conceito fundante, de modo que não pretende converter, constituir ou configurar ninguém como inimigo. Trata-se apenas de uma descrição da realidade, que não implica em modificação alguma da regulação material⁵⁹⁰.

Portanto, o inimigo para Jakobs, interpretado por Silva Sanchez, é o indivíduo que mediante seu comportamento, sua ocupação habitual ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandona o direito aparentemente de forma duradoura, e não apenas de maneira incidental. É alguém que não oferece a mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta, desde logo, esse *déficit* através de sua conduta⁵⁹¹.

O inimigo, portanto, ataca a identidade normativa, e com esse ataque, só em segundo momento, atinge os bens jurídicos, antes é um ataque contra valorações, de modo que o que a sociedade lhe apresenta como sagrado não é sagrado, e o que se lhe apresenta como profano não é profano⁵⁹². De maneira que aquele que não presta segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, como o Estado não deve tratá-lo como pessoa já que, do contrário, vulneraria o direito à segurança dos demais cidadãos⁵⁹³.

O termo inimigo representa um *déficit* de garantia cognitivo-normativa frente a um conteúdo razoável, usual e compreensível de todo o ordenamento jurídico, ao qual se aspira seja aplicado com critérios de justiça e razão. Para isso, pretende-se que suas normas vigentes sejam reais, possíveis, conhecidas (ou cognoscíveis), aplicáveis e aplicadas, isto é, que se

hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo. De nuevo, dicho con un ejemplo: a quien persistentemente delinque una y otra vez, siendo sus delitos mas que bagatelas, se le impide, en cuanto a un individuo peligroso (aparte de la imposición de la pena) , cometer ulteriores hechos, concretamente, a través de la custodia de seguridad. Hablando en términos kantianos: hay que separarse de quien no admite ser incluido bajo una constitución civil.” (*Ibidem*, p. 16).

⁵⁹⁰ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: Editora Liber Ars, 2014. p. 60.

⁵⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del derecho penal**: Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011. p. 184-185.

⁵⁹² JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e Ciência do direito penal**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 60.

⁵⁹³ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 46.

realizem faticamente com base em um consenso ou corroboração social e cognitiva por parte dos cidadãos⁵⁹⁴.

Dessa forma, segundo Polaino-Orts, chega-se a seguinte definição:

Inimigo é quem, mesmo mantendo intactas as suas capacidades intelectuais e volitivas, e dispondo de todas as possibilidades para adequar seu comportamento à norma, decide *motu proprio* auto excluir-se do sistema, rejeitando as normas dirigidas a pessoas razoáveis e competentes, e despersonalizando-se ou, dizendo melhor, despersonalizando-se a si mesmo mediante a manifestação exterior de uma ameaça na forma de incerteza cognitiva, que — precisamente por colocar em perigo os pilares da estrutura social e o desenvolvimento de outros cidadãos ('pessoas em direito') — deve ser combatido pelo ordenamento jurídico de forma especialmente drástica, como uma reação de asseguramento mais eficaz. Esta reação se circunscreve a garantir e restaurar o mínimo de respeito para a convivência social: o comportamento como pessoa em Direito, o respeito pelos outros e — consequentemente — garantir a segurança cognitiva dos cidadãos na norma⁵⁹⁵.

Em verdade, o procedimento para tratamento de indivíduos hostis está regulado juridicamente e se trata de uma regulação jurídica de exclusão: os indivíduos são considerados atualmente não pessoas. Indagando em seu verdadeiro conceito, o direito penal do inimigo é uma guerra, cujo caráter total ou limitado depende também de quanto se teme o inimigo⁵⁹⁶.

Dessa forma, quando se emprega o termo inimigo e este é identificado como pertencente a um *status* de “não pessoa” não se quer dizer que esse indivíduo tenha de ser tratado com absoluta ausência de garantias, com violação de sua dignidade pessoal, nem como um criminoso de guerra. Deve receber o tratamento que o ordenamento jurídico-penal dos Estados democráticos de direito entende ser adequado, proporcionalmente, a esses indivíduos: com especiais meios de asseguramento que garantam, em face dos cidadãos, que a vigência da norma segue tendo vigência e que a insegurança cognitiva criada pela atuação dos sujeitos

⁵⁹⁴ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: Editora Liber Ars, 2014. p. 61.

⁵⁹⁵ “Enemigo es quien, incluso manteniendo intactas sus capacidades intelectual y volitiva, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide *motu proprio* autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizandose o, por mejor decir, despersonalizandose a si mismo mediante la manifestacion exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que — precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de los ciudadanos ('personas en derecho') — há de ser combatida por el ordenamiento juridico de forma especialmente drástica, com una reacion asegurativa mas eficaz. Esta reaccion se circunscribe a garantizar y restablecer el mínimo de respeto para la convivencia social: el comportamiento como persona en derecho, el respeto de las demas personas y — en consecuencia — la garantia de la seguridad cognitiva de los ciudadanos em la norma.” (POLAINO-ORTS, Miguel. **Lo verdadero y lo falso em el derecho penal del enemigo**. Arequipa, Peru: Editora y Libreria Juridica Grijley, 2009. p. 214).

⁵⁹⁶ JAKOBS, Günther. **La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente**. Tradução de Teresa Manso Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 34.

que se apartaram duradouramente do cumprimento da norma não fará por erodir o valor e a vigência da norma, que seguem sendo parte da estrutura social⁵⁹⁷.

Por fim, é preciso entender que o conceito de inimigo, como os conceitos de pessoa e indivíduo, tem um contraste no mundo social. Inimigo é a denominação escolhida por Jakobs para designar uma distinção existente: a dos destinatários de várias leis alemãs no âmbito da criminalidade econômica, da criminalidade organizada, dos delitos sexuais e, principalmente, no âmbito do terrorismo⁵⁹⁸.

3.5.2.3 Características do direito penal do inimigo

Neste ponto se crê estar claro que as expressões “direito penal do inimigo” e “direito penal do cidadão” se referem a duas categorias ideais que dificilmente serão identificáveis na realidade de modo puro. Por essa razão, como já dito anteriormente, não se trata de “contrapor duas esferas isoladas do direito penal, mas de descrever dois polos de um só mundo ou de demonstrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal”⁵⁹⁹. Entre o branco e o preto, existem todos os matizes do cinza.

Resumidamente, pode-se dizer que o direito penal do inimigo é um tipo penal ideal de um Direito Penal que não enxerga o autor do fato como pessoa, mas, antes, como fonte de perigo e que, por isso, pretende neutralizá-lo⁶⁰⁰.

Esse conceito pode ser lido de três maneiras. A primeira é interpretar o conceito de direito penal do inimigo como nada além de um instrumento analítico para descrever com exatidão o direito positivo, não significando que ele seja bom ou ruim por caracterizar ser direito penal do inimigo: seria este um conceito descritivo do fenômeno. A segunda forma de ver o conceito é entender que, ao considerar uma certa regra jurídico-penal de direito penal do inimigo, se pode estar buscando estigmatizá-la como especialmente antiliberal e, em princípio, contrária ao estado de direito, apontando assim para a sua revisão: seria este um conceito crítico-denunciador. A terceira maneira de ver o conceito de direito penal do inimigo é como formulação de uma teoria de seus pressupostos de legitimidade e entender que estes

⁵⁹⁷ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: Editora Liber Ars, 2014. p. 61.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 61.

⁵⁹⁹ “O direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o sentido das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias.” (JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução de Callegari, André Luis e Giacomolli, Nereu José. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 23-24, 34).

⁶⁰⁰ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito Penal do Inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 6, n. 7, p. 211-247, dez. 2005. p. 225.

estariam suficientemente satisfeitos na realidade. Nesse ponto, identificar um dispositivo como direito penal do inimigo não implicaria qualquer censura, mas apenas uma indicação de que seus pressupostos legitimadores são distintos dos pressupostos legitimadores do direito penal tradicional ou aplicável ao cidadão: seria este um conceito legitimador-afirmativo de direito penal do inimigo⁶⁰¹.

Independentemente de como se entenda o conceito de direito penal do inimigo, é preciso conhecer suas características, que são constituídas de três elementos, ou técnicas principais, que podem existir em conjunto ou separadamente: em primeiro lugar se constata uma antecipação das barreiras de punição penal. Nesse passo a perspectiva do ordenamento jurídico é prospectiva (dirigida ao fato futuro) ao invés do habitual que é ser retrospectiva (dirigida ao fato já ocorrido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas, em especial se desconsiderando a antecipação da barreira penal como redutor proporcional ao crime consumado. Em terceiro lugar, certas garantias processuais são relativizadas ou eventualmente suprimidas⁶⁰². Cumpre, então, analisar cada uma delas.

3.5.2.3.1 Antecipação das barreiras de punição penal

O inegável é que no Direito Penal contemporâneo se destaca uma clara tendência em acentuar a antecipação da intervenção penal para momentos anteriores à exposição a perigo concreto ou lesão ao bem jurídico. Esse fenômeno, como já sinalado, decorre da evidência de que o desenvolvimento tecnológico e industrial tem como efeito secundário a criação de novas e poderosas fontes de perigo que merecem intervenção antecipada. Para esses fins, já se

⁶⁰¹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 25-26.

⁶⁰² CANCIO MELIÁ, Manuel. **Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto**. Madrid: Editorial Reus, 2010. p. 25; também em JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 92; No mesmo sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del derecho penal: Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales**. Madrid: Edisofer, 2011. p. 185.

Luiz Flávio Gomes desdobra estas três características em várias outras:” *Características do Direito Penal do inimigo*: (a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status* (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.” (GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. São Paulo, 27 set. 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2018).

denomina Direito Penal da sociedade de risco um conjunto de delitos de perigo abstrato ou a criação de bens jurídicos universais com formulações vagas, a fim de justificar a intervenção antecipada em relação ao bem jurídico individual que lhe serve como marco de referência. E também com a devida ênfase ao fenômeno terrorista intervindo cada vez mais cedo no *iter criminis* com o argumento da segurança estatal da manutenção da ordem pública e da preservação da vida dos cidadãos⁶⁰³.

Uma das técnicas mais tradicionais de combate a uma situação especialmente perigosa é a antecipação do momento em que o Direito Penal entra em ação, o que usualmente se conhece na doutrina como antecipação ou adiantamento das barreiras de punibilidade ou de proteção jurídico-penal. Qualquer das expressões tem como marco de referência o crime consumado, ou seja, a lesão ao bem jurídico. Ainda que se associe essa técnica legislativa com diferentes desenvolvimentos de política criminal da atualidade, ou ainda como um exemplo da expansão do Direito Penal e consequentemente com o direito penal do inimigo, o certo é que sempre foram usadas barreiras de antecipação da tutela penal⁶⁰⁴.

Não se trata aqui de práticas autoritárias, antigas e superadas do chamado direito penal da vontade ou do ânimo, segundo o qual não se espera que o agente cometa um fato exterior delitivo (conforme o princípio do fato), mas sanciona-se já o mero pensamento: isto é, a mera predisposição subjetiva ao crime, técnica própria dos regimes autoritários da Rússia Stalinista e da Alemanha nazista, contrariando o princípio romano *cogitationis poenam nemo patitur*, segundo o qual o que é interno não pode ser objeto de sanção penal⁶⁰⁵.

Sobre o tema, Jakobs pondera que:

[...] significativamente o conceito de consumação é um conceito formal, isto é, a consumação é orientada para a formulação do tipo, não para critérios materiais, e correspondentemente é materialmente inseguro determinar em termos gerais o que é estágio prévio⁶⁰⁶.

Segundo, ainda, o professor de Bonn, todo o Direito Penal não totalitário reconhece um *status* mínimo de proteção do autor, que é expresso pelo brocardo latino *cogitationis*

⁶⁰³ GARCIA DE PAZ, Maria Isabel Sanchez. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Salamanca: Universidad de Valladolid, 1999. p. 36.

⁶⁰⁴ POLAINO-ORTS, Miguel. **El derecho penal del enemigo ante el estado de derecho**. México-DF: Flores editor y distribuidor, 2013. p. 229.

⁶⁰⁵ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: Editora Liber Ars, 2014. p. 87.

⁶⁰⁶ Tradução livre de: “[...] significativamente el concepto de consumación es un concepto formal, esto es, la consumación se orienta a la formulación del tipo, no a criterios materiales, y en correspondencia con ello resulta materialmente inseguro determinar ya en términos generales qué es el estadio previo.” (JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *In*: _____. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: UAM Ediciones; Civitas, 1997. p. 293).

poenam nemo patitur, significando que há um âmbito interno, somente privado e não socialmente relevante, que é precisamente o âmbito das cogitações. Disso também decorre a máxima *de internis non judicat praetor* sendo aqui o limite entre o interno e o externo determinado segundo a concepção que se tem de sociedade⁶⁰⁷.

Como consequência para os limites da antecipação de punibilidade, há de extrair-se o fato de que o âmbito interno do agente delincente compreenda não apenas seus pensamentos e cogitações, mas também sua inteira vida privada. Assim como um pensamento não constitui perturbação na vida em comum, tampouco constitui qualquer conduta enquanto se mantenha na esfera privada. Na medida em que a esfera privada do agente concorre com a esfera privada de outra pessoa, deixa de ser privada. Pode então, o cidadão, nessa interação, opor-se legitimamente a controles públicos e a contatos sociais reservados. Não pode, entretanto, constituir a interação, por evidente, preparação punível de delito, tentativa ou crime consumado. Considere-se a hipótese do §30 StGB⁶⁰⁸: a tentativa de participação. Caso se definam acordos prévios como delitos entre pessoas, mesmo com relações de amizade, inclusive se realizado em condições de privacidade ou mediante sigilo, houve externalização e interação da conduta, o que permite privar os intervenientes de seu âmbito interno e tratá-los como inimigos⁶⁰⁹.

Em uma rápida olhada no Código Penal Alemão (StGB), identificam-se diversos tipos de nítido matiz de direito penal do inimigo, apenas para citar dois que guardam relação com a segurança do Estado: a constituição de associações criminais ou associações terroristas (§§129 e 129a StGB)⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: _____. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: UAM Ediciones; Civitas, 1997. p. 297.

⁶⁰⁸ “StGB §30. **Tentativa da participação.** (1) Aquele que tenta motivar outrem à prática de um crime, ou induzi-lo a motivá-la, é punido de acordo com as regras inerentes à tentativa do crime. Sem embargo, a pena deve ser atenuada, segundo o §49, alínea (sic). O §23, alínea 3, é aplicável, no que couber. (2) Do mesmo modo é punível aquele que se declara pronto a cometer um crime, ou a incitar à sua prática, aquele que aceita a solicitação de outrem para a prática ou a instigação à prática de um crime, ou aquele que ajusta com outrem a prática ou a instigação à prática de um crime.” (DECOMAIN, Pedro Roberto. **Código Penal Alemão: Tradução, comparação e notas** por Nuria Fabris. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 169).

⁶⁰⁹ JAKOBS, *op. cit.*, p. 298.

⁶¹⁰ “StGB §129. **Fundação de associação criminosa.** (1) Quem funda uma associação cujos fins ou atividade sejam voltados para a prática de condutas puníveis, ou quem toma parte como membro de uma dessas associações, recruta para ela membros ou apoiadores, ou a apoia, é punido com pena privativa de liberdade até cinco anos ou com pena pecuniária. (2) A alínea 1 não é aplicável: **1.** quando a associação é um partido político, que o Tribunal Constitucional Federal não declarou inconstitucional, **2.** quando a prática de condutas puníveis seja um fim ou uma atuação de importância apenas secundária, ou **3.** na medida em que os fins ou atuação da associação digam respeito a condutas puníveis de acordo com os §§84 a 87. (3) A tentativa de fundar uma associação dentre as referidas na alínea 1 é punível. (4) Se o agente pertence aos chefes ou responsáveis, ou se faz presente de outro modo um caso especialmente grave, deve ser aplicada pena privativa de liberdade de seis meses até cinco anos; deve ser aplicada pena privativa de liberdade de até dez anos, quando o objetivo ou atividade da associação criminosa são voltados à prática das condutas

Jakobs indaga se a tentativa de participação e a constituição de bandos criminosos e terroristas não é assunto da esfera privada de um sujeito. A seguir, indaga se a constituição de bandos é um assunto privado. Por fim, indaga se perseguir fins antijurídicos pode ser um assunto privado. Aqui já se vê não apenas o tópico, mas o todo. Toda preparação de um delito se pode definir como uma conduta não privada, mas se levanta aí um novo problema, pois, por essa via, todo Direito Penal se converte em direito penal de inimigos⁶¹¹.

puníveis mencionadas no §100c, alínea 2, n. 1, letras *a*, *c*, *e* e *g*, com exclusão de condutas puníveis mencionadas no §239a ou §239b, letras *h* (sic) até *m*, ns. 2 a 5 e 7 da Ordenação Processual Penal. (5) O Tribunal pode deixar de aplicar a pena, segundo as alíneas 1 a 3, a partícipes cuja culpa seja diminuta ou cuja participação seja de importância apenas secundária. (6) O Tribunal pode minorar a pena segundo o seu critério (§49, alínea 2), ou deixar de aplicar a pena, quando o agente: **1.** se esforça livre e seriamente para evitar a continuidade da associação ou a prática de uma conduta punível correspondente aos seus fins, ou **2.** revela espontaneamente o que sabe a um órgão, a tempo de ainda ser possível evitar condutas puníveis cujo planejamento seja do seu conhecimento; **3.** se o agente alcança o seu objetivo, de evitar a continuidade da associação, ou se esse objetivo é alcançado independentemente dos seus esforços, ele não é punido.

§129a. Fundação de associações terroristas. (1) Quem funda uma associação, ou dela toma parte como membro, cujos fins ou atividades sejam voltados para a prática: **1.** de homicídio qualificado (§211), homicídio simples (§212) ou genocídio (§6 do Código Penal da Humanidade), ou crimes contra a humanidade (§7 do Código Penal da Humanidade) ou de crimes de guerra (§§8, 9 10 11 ou 12 do Código Penal da Humanidade), ou **2.** de condutas puníveis contra a liberdade pessoal, nos casos do §239a ou §239b, é punido com pena privativa de liberdade de um ano até dez anos. (2) É punido da mesma forma quem funda uma associação, cujos fins ou atividades sejam voltados a: **1.** provocar danos corporais ou psíquicos graves a outra pessoa, particularmente da natureza dos previstos no §226; **2.** praticar condutas puníveis de acordo com os §§303b, 305, 305a, ou condutas puníveis de perigo comum nos casos dos §§306 até 306c ou 307, alíneas 1 a 3, do §308, alíneas 1 a 4, do §309, alíneas 1 a 5, dos §§313, 314 ou 315, alínea 1, **3.** praticar condutas puníveis contra o meio ambiente, nos casos do §330a, alíneas 1 a 3, **4.** praticar condutas puníveis de acordo com o §19, alíneas 1 a 3, §20, alíneas 1 ou 2, §20a, alíneas 1 a 3, §19, alínea 2, n. 2, ou alínea 3, n. 2, §20, alíneas 1 ou 2, §20a, alíneas 1 a 3, também sempre em conexão com o §21, ou de acordo com o §22a, alíneas 1 a 3, da Lei sobre Controle de Armas de Guerra, ou **5.** praticar condutas puníveis de acordo com o §51, alíneas 1 a 3 da Lei de Armas se uma das condutas mencionadas nos ns. 1 a 5 é destinada a intimidar a população de forma relevante, a coagir ilícitamente uma repartição pública ou uma organização internacional com violência ou ameaça de violência ou a afastar ou prejudicar seriamente as estruturas políticas, constitucionais, econômicas ou sociais fundamentais de um Estado ou de uma organização internacional, e pela natureza de sua prática ou de suas consequências pode prejudicar significativamente um Estado ou uma organização internacional. (3) Se os fins ou atividades de uma associação são voltados a ameaçar a prática de alguma das condutas mencionadas nas alíneas 1 e 2, deve ser aplicada pena privativa de liberdade de seis meses até cinco anos. (4) Se o agente pertence aos chefes ou responsáveis, deve ser aplicada nos casos das alíneas 1 e 2, pena privativa de liberdade não inferior a três anos; nos casos da alínea 3, pena privativa de liberdade de um ano a dez anos. (5) Quem apoia uma associação dentre as mencionadas nas alíneas 1, 2 ou 3 é punido, nos casos da alíneas 1 ou 2, com pena privativa de liberdade de seis meses até dez anos; nos casos da alínea 3, com pena privativa de liberdade até cinco anos ou com pena pecuniária. Quem recruta membros ou apoiadores para uma organização mencionada na alínea 1 ou na alínea 2, é punido com pena privativa de liberdade de seis meses até cinco anos. (6) O Tribunal pode minorar a pena, segundo o seu critério (§49, alínea 2), nos casos da alínea 1, 2, 3 e 5, em relação a partícipes, cuja culpa seja diminuta e cuja participação seja de importância apenas secundária. (7) O §129, alínea 6, é aplicável, no que couber. (8) A par de uma pena privativa de liberdade de pelo menos seis meses, o Tribunal pode determinar a perda da capacidade para ocupar cargos públicos e da capacidade para obter direitos a partir de eleições públicas (§45, alínea 2). (9) Nos casos das alíneas 1, 2 e 4, o Tribunal pode determinar o acompanhamento de condutas (§68, alínea 1).” (DECOMAIN, Pedro Roberto. **Código Penal Alemão:** Tradução, comparação e notas por Nuria Fabris. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 240).

⁶¹¹ JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: _____. **Estudios de Derecho Penal.** Madrid: UAM Ediciones; Civitas, 1997. p. 299.

Por isso a advertência de que o direito penal do inimigo só se pode legitimar como um direito penal de emergência, que vige excepcionalmente, e os preceitos penais a ele correspondentes devem permanecer estritamente separados do Direito Penal dos cidadãos, de forma a garantir a incomunicabilidade das duas categorias⁶¹².

3.5.2.3.2 *As penas em relação ao inimigo*

Como já visto, o tratamento como pessoa em direito ou como inimigo depende, pois, do grau de segurança cognitiva que os sujeitos imprimem à norma. A pessoa em direito é por princípio fiel para com a norma, embora possa infringi-la, como um erro comunicativo. Quando essa pessoa se afasta de modo duradouro da norma, se despersonaliza, adquirindo o *status* de inimigo, passando a ser visto e tratado pelo Direito como fonte de perigo⁶¹³. O sobrinho que mata o tio para receber a herança não é uma ameaça ao Estado ou a suas instituições, nem sequer aponta para o “princípio do fim de uma comunidade ordenada, mas apenas como uma irritação desta, um deslize reparável”⁶¹⁴. Comparada a esta, outras formas de criminalidade — terrorismo, associações criminosas, maus-tratadores familiares, violadores sexuais multireincidentes — não atentam apenas contra um bem individual, mas contra um projeto social coletivo representado pelas demais pessoas obedientes ao Direito. O injusto, portanto, é de outra natureza, e o combate a esse inimigo se dá por um princípio de proporcionalidade guiado por outro critério reitor, o de proteção às pessoas fiéis ao ordenamento jurídico, à norma⁶¹⁵.

Com base nessa proporcionalidade, o legislador fundamenta e legitima o direito penal do inimigo no especial foco do perigo representado pelo inimigo, na defesa imprescindível dos cidadãos respeitadores da norma e seus direitos, a fim de garantir-lhes um mínimo de segurança. Dessa forma, a periculosidade do inimigo é a medida e o limite da repressão que contra ele se exerce, ou, em outras palavras, o estritamente necessário para fazer cessar esse perigo⁶¹⁶. Com base nesse entendimento, são inúmeros os exemplos em que os autores apontam como ausência de proporcionalidade sistêmica nas legislações penais, em especial na

⁶¹² JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: _____. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: UAM Ediciones; Civitas, 1997. p. 322-323.

⁶¹³ POLAINO-ORTS, Miguel. **El derecho penal del enemigo ante el estado de derecho**. México-DF: Flores editor y distribuidor, 2013. p. 219-220.

⁶¹⁴ Tradução livre de: “[...] principio del fin de la comunidad ordenada, sino solo como irritación de esta, como deslize reparable.” (JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 36).

⁶¹⁵ POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 220.

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 221.

gradação das penas cominadas a delitos de terrorismo, atribuindo esse fato a uma técnica de direito penal do inimigo⁶¹⁷.

Como exemplo, Llobet Angli⁶¹⁸ sinala a ameaça do art. 171.1⁶¹⁹ ou a coação do art. 172.1, ambos do Código Penal Espanhol, tipos penais nos quais é possível incidir e ser apenado apenas com multa, recebendo uma pena de até quinze anos de prisão se a prática desses mesmos fatos guardar relação com o terrorismo, tudo na forma do art. 573.1⁶²⁰ e 573 bis. 4^a⁶²¹, ambos do Código Penal Espanhol. A diferença é de tal ordem que, em alguns casos, percentualmente considerada, pode atingir como 500 e 2.000% de diferença de pena no direito espanhol⁶²².

⁶¹⁷ ANGLI, Mariona Llobet. **Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático**. Madrid: Laley, 2010. p. 242 e ss.

⁶¹⁸ *Ibidem*, p. 243-244.

⁶¹⁹ “**Artículo 171.** “1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior. [...]”

Artículo 172. “1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

Quando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.

También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.” (ESPAÑA. **Código Penal y legislación complementaria**. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 2018. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>. Acesso em: 19 set. 2018).

⁶²⁰ **Artículo 573.** “1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades: 1.^a Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.^a Alterar gravemente la paz pública. 3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella. (ESPAÑA. **Código Penal y legislación complementaria**. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 2018. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>. Acesso em: 19 set. 2018).

⁶²¹ **Artículo 573 bis.** “[...]. 4.^a Con la de prisión de diez a quince años si se causara cualquier otra lesión, o se detuviera ilegalmente, amenazara o coaccionara a una persona.” (*Ibidem*).

⁶²² LLOBET ANGLI, Mariona. **Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático**. Madrid: Laley, 2010. p. 245.

3.5.2.3.3 Relativização ou supressão de garantias processuais

Também em matéria processual são inúmeros os exemplos de técnica legislativa de direito penal do inimigo. Desse modo, a título de exemplificação, selecionou-se a decretação de incomunicabilidade do preso, por ser, para este estudo, o mais emblemático.

a) A incomunicabilidade do preso preventivo no direito espanhol

Como todos os ordenamentos jurídicos democráticos, o espanhol prevê uma modalidade de prisão preventiva e o direito a ser assistido por advogado, conforme o art. 17, alíneas 2 e 3, de sua Constituição Federal⁶²³.

A prisão preventiva vem regulada pela *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrim), cujos artigos 520 a 527 receberam modificações em 6 de outubro de 2015, sinalizando-se, desde logo, que, nos termos do art. 520.1⁶²⁴, a detenção deve ser praticada na forma que menos prejudique o detido, em sua pessoa, reputação e patrimônio. Isso significa, em outras palavras, restringir o mínimo possível o exercício de direitos do preso. Em regra, portanto, a situação ordinária é que o detido desfrute de plena comunicação com o mundo exterior.⁶²⁵

Entretanto, essa detenção pode se dar na forma do art. 520.1, o qual prevê limitações ao direito de comunicação do detido com o mundo exterior, a fim de garantir o êxito da investigação criminal. Nesses casos, a autoridade judicial pode deferir, excepcionalmente, a prisão incomunicável do suspeito para evitar que se subtraiam à ação da justiça possíveis implicados no fato investigado, para evitar possíveis ataques a bens jurídicos das vítimas e para evitar que se alterem ou destruam provas relacionadas com seu agir ou que se cometam

⁶²³ **Artículo 17.** “[...]. **2.** La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. **3.** Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.” (ESPAÑA. **Constitución Española.** Aprobada el 31 de octubre de 1978. Sancionada el 27 de diciembre de 1978. Disponível em: <<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2018).

⁶²⁴ **Artículo 520.** “**1.** La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información.” (ESPAÑA. **Ley de Enjuiciamiento Criminal.** Promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=266598>. Acesso em: 9 jul. 2018).

⁶²⁵ SAN JOSÉ, Alicia Bernardo; PADURA BALLESTEROS, Maria Teresa. La Detención Incomunicada por delitos de terrorismo. *In*: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales.** Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 110.

novos fatos delitivos. De forma que, como se verá, sua principal nota característica é a restrição de direitos e garantias processuais básicas do detido.⁶²⁶

Logo, ocorrendo a hipótese de detenção de um suspeito de prática de terrorismo, a autoridade governativa (polícia) pode requerer ao juiz que decrete a incomunicabilidade do detido, tendo o juízo prazo de 24 horas para decidir. Note-se que, nos termos do art. 520 bis⁶²⁷ da LECrim, a autoridade policial está autorizada a instituir a incomunicabilidade do detido até a decisão judicial. Em realidade, a decisão judicial irá revogar a medida já aplicada ou referendá-la, uma vez que, quando o pedido chega para apreciação, o preso já está incomunicável.⁶²⁸

A incomunicação dos presos suspeitos de terrorismo, nos termos do art. 509, pressupõe dois requisitos⁶²⁹: a) necessidade urgente de evitar graves consequências que possam pôr em perigo a vida, a liberdade ou a integridade física de uma pessoa; b) necessidade urgente de uma atuação imediata dos juízes de instrução para evitar comprometer de modo grave o processo penal⁶³⁰.

⁶²⁶ SAN JOSÉ, Alicia Bernardo; PADURA BALLESTEROS, Maria Teresa. La Detención Incomunicada por delitos de terrorismo. *In*: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 110-111.

⁶²⁷ **Artículo 520 bis. “1.** Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada. **2.** Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decrete su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente. **3.** Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.”

Artículo 384 bis. “Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión.” (ESPAÑA. **Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Disponible em: <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=266598>. Acesso em: 9 jul. 2018).

⁶²⁸ PEREZ MACHIO, Ana I. La detención Incomunicada en los supuestos de terrorismo: una medida lesiva de derechos humanos? *In*: LA CUESTA, José Luis de; MUÑAGORRI, Ignacio. **Aplicación de la normativa antiterrorista**. Madrid: IVAC/KREI, Donostia, 2009. p. 168 .Disponível em: <<https://www.ehu.es/documents/1736829/2067438/08+-+Detencion+incomunicada.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

⁶²⁹ SANCHEZ, Ricardo Juan. El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español. **Revista Para Analisis Del Derecho**, v. 4, p. 1-29, oct. 2017. p. 9. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3076456>. Acesso em: 10 jul. 2018.

⁶³⁰ **Artículo 509. “1.** El juez de instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicadas cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: **a)** necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o **b)** necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.” (ESPAÑA. **Ley de Enjuiciamiento**

O prazo de incomunicabilidade dos presos preventivos durará o tempo estritamente necessário para praticar, com urgência, diligências para evitar os perigos referidos no parágrafo anterior e terá duração máxima de 5 (cinco) dias, prorrogável por mais 5 (cinco) se o crime for de terrorismo⁶³¹. Há divergência na doutrina sobre a possibilidade de repetir a incomunicabilidade depois de levantá-la. É possível uma única vez por mais três dias⁶³² ou, como a lei não é clara, pode-se repetir quantas vezes seja justificável e necessário⁶³³.

b) Requisitos constitucionais para decretar a prisão incomunicável

A prisão incomunicável não é novidade na Espanha, de modo que o Tribunal Constitucional veio determinando, ao longo do tempo, os requisitos constitucionais que devem ser obedecidos a fim de garantir a legalidade e o respeito aos direitos fundamentais do preso, diretivas que foram consolidadas na STC 7/2004 de 9 de fevereiro.⁶³⁴

Sobre o tema, o Tribunal Constitucional estabeleceu que a decretação de incomunicabilidade não é mera gradação de intensidade na perda da liberdade, dadas as transcendentais consequências que derivam dessa situação para os direitos do cidadão e, em concreto, ao direito à assistência de advogado. Daí a necessidade de examinar, sob a ótica do rigor, as decisões judiciais autorizativas de tais medidas e que elas contenham a fundamentação necessária a sustentar que se realizou a indispensável “ponderação de bens, valores e direitos em jogo, que a proporcionalidade de toda medida restritiva de direitos fundamentais exige”⁶³⁵.

Desse modo, é necessária a demonstração dos extremos que permitem afirmar a ponderação judicial na existência de um fim constitucionalmente legítimo que justifique a incomunicabilidade, a adequação da medida para alcançar esse fim e o seu caráter de

Criminal. Promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=266598>. Acesso em: 9 jul. 2018).

⁶³¹ SAN JOSÉ, Alicia Bernardo; PADURA BALLESTEROS, Maria Teresa. La Detención Incomunicada por delitos de terrorismo. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 111.

⁶³² *Ibidem*, p. 111.

⁶³³ SANCHEZ, Ricardo Juan. El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español. **Revista Para Analisis Del Derecho**, v. 4, p. 1-29, oct. 2017. p. 12. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3076456>. Acesso em: 10 jul. 2018.

⁶³⁴ ANGLI, Mariona Llobet. **Derecho penal del terrorismo: limites de su punición en un Estado democrático**. Madrid: Laley, 2010. p. 202-204.

⁶³⁵ Tradução livre de: “[...] ponderación de los bienes, valores y derechos en juego, que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige [...]” (ESPAÑA. Constitutional Court. Sentencia 7/2004, de 9 de febrero. Sala Primera. **Official State Gazzete**, n. 60, of 10 March 2004. De 9 de febrero de 2004. p. 9. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/5012#complete_resolucion&complete>. Acesso em: 10 jul. 2018).

imprescindibilidade⁶³⁶. Da mesma maneira, é pressuposto da medida de incomunicabilidade os indícios que vinculem a pessoa sobre a qual se pretende a incomunicabilidade com o delito investigado⁶³⁷.

Por fim, o julgado em comento conclui que:

[...] a finalidade específica que legitima a medida de incomunicabilidade reside em impedir os perigos que o conhecimento do estado da investigação por pessoas alheias a esta propicie que se subtraíam a ação da justiça culpados ou implicados no delito investigado ou que ocultem ou destruam provas do seu agir. De outro lado, a necessidade da incomunicabilidade deriva da especial natureza ou gravidade de certos delitos, assim como das circunstancias subjetivas e objetivas que deles decorrem, de maneira que tudo isto pode fazer imprescindível que as diligências policiais e judiciais dirigidas a sua investigação sejam practicadas no maior segredo⁶³⁸.

Não obstante ter o Tribunal Constitucional estabelecido ser de rigor máximo o exame da fundamentação da decisão que declara a incomunicabilidade, nesse mesmo acórdão, ao examinar concretamente o caso, ressaltam que, como já decidido anteriormente (STC 127/2000, de 16 de mayo), nos delitos de terrorismo, que é precisamente a hipótese original de incomunicabilidade e prorrogação de incomunicabilidade do acusado, a medida em questão prescinde de uma fundamentação exaustiva acerca de sua necessidade para alcançar a finalidade que a legitima.

[...] já que esta pode afirmar-se nestes delitos de forma genérica em termos de elevada probabilidade e com independência das circunstâncias pessoais do submetido a incomunicabilidade, dada a natureza do delito investigado e aos conhecimentos sobre a forma de atuação das organizações terroristas⁶³⁹.

⁶³⁶ ESPANHA. Constitutional Court. Sentencia 7/2004, de 9 de febrero. Sala Primera. **Official State Gazzete**, n. 60, of 10 March 2004. De 9 de febrero de 2004. p. 17. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/5012#complete_resolucion&completa>. Acesso em: 10 jul. 2018.

⁶³⁷ Com base no texto: “[...], pues la conexión 'entre la causa justificativa de la limitación pretendida -la averiguación del delito- y el sujeto afectado por ésta -aquél de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe del delito investigado o pueda hallarse relacionado con él- es un prius lógico del juicio de proporcionalidad.” (*Ibidem*, p. 17).

⁶³⁸ Tradução livre de: “[...] la finalidad específica que legitima la medida de incomunicación reside en conjurar los peligros de que 'el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta propicie que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión'. De otra parte, la necesidad de la incomunicación para alcanzar esta finalidad deriva de la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos, así como de las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos, de manera que todo ello puede 'hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto.’” (*Ibidem*, p. 17).

⁶³⁹ Tradução livre de: “ya que ésta puede afirmarse en estos delitos de forma genérica en términos de elevada probabilidad y con independencia de las circunstancias personales del sometido a incomunicación, dada la naturaleza del delito investigado y los conocimientos sobre la forma de actuación de las organizaciones terroristas” (*Ibidem*, p. 21).

c) Alcance concreto da incomunicabilidade do preso

O significado concreto da incomunicabilidade do preso no Direito Penal espanhol vem especificado pelo art. 527 da LECrim. Segundo esse dispositivo, o preso incomunicável fica privado do exercício pleno dos direitos previstos no Título VI — Da citação, da detenção e da prisão preventiva — e, em especial, do Capítulo IV — Do exercício do direito de defesa, da assistência de advogado e do tratamento dos detidos e presos. Em outras palavras, pode-se dizer que ele exercerá os direitos de defesa previstos no art. 520⁶⁴⁰ da LECrim com as seguintes restrições: a) em qualquer caso, seu advogado será designado de ofício; b) não será comunicado à família ou a alguém que o preso indique o fato de ter sido detido, nem o local onde se encontra; c) inexistente direito a entrevistar-se reservadamente com seu advogado designado de ofício, mesmo relativamente às diligências realizadas durante o período da incomunicabilidade, razão da designação de ofício⁶⁴¹.

d) Limitação ao direito de constituir advogado

Provavelmente a limitação mais gravosa ao detido incomunicável seja a limitação à constituição de advogado de sua livre escolha, com a imposição de advogado nomeado de ofício para o acompanhamento das diligências policiais e judiciais que forem realizadas durante o período da incomunicabilidade.

⁶⁴⁰ **Artículo 520.** “[...]. **a)** Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez. **b)** Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. **c)** Derecho a designar abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 527 y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible. **d)** Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad. **e)** Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país. **f)** Derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527. **g)** Derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas. **h)** Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje. **i)** Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas. **j)** Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.” (ESPAÑA. **Ley de Enjuiciamiento Criminal.** Promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=266598>. Acesso em: 9 jul. 2018).

⁶⁴¹ SAN JOSÉ, Alicia Bernardo; PADURA BALLESTEROS, Maria Teresa. La Detención Incomunicada por delitos de terrorismo. *In*: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales.** Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 113.

Note-se que na forma do art. 520 está listado, dentre os diversos direitos do detido, o de constituir advogado e solicitar sua presença para que acompanhe as diligências policiais e judiciais e demais trâmites e só no caso de não indicação de advogado é que se procederá à nomeação de ofício⁶⁴². Contudo, no caso de preso por crime de terrorismo, como já referido, decretada a incomunicabilidade, esse direito vem restringido na forma do art. 527⁶⁴³ da LECrim, e o advogado passa a ser necessariamente nomeado pelo juízo.

Sobre o tema, que vem disciplinado no art. 17.3⁶⁴⁴ da Constituição Espanhola, a essência da norma é que seja contemplada ao acusado a efetividade de defesa, pois o espírito constitucional é que lhe seja prestada assistência moral e ajuda profissional no momento de sua detenção, sendo irrelevante que ela se dê na pessoa de advogado nomeado pelo juízo ou de advogado de livre escolha do acusado⁶⁴⁵.

Dessa forma, o Tribunal Constitucional espanhol vem disciplinando que a manutenção de presos incomunicáveis permite ao Estado cumprir com seu dever constitucional de proporcionar segurança aos cidadãos, aumentando a capacidade funcional das instituições estatais. Disso resulta que a limitação temporal imposta ao detido incomunicável e ao seu exercício de livre nomeação de advogado não pode qualificar-se como medida restritiva irrazoável ou desproporcional, mas, antes, de conciliação ponderada do direito de ser assistido por advogado — cuja efetividade é verificável e aferível — com os demais valores constitucionais, proporcionar segurança aos cidadãos, pois a limitação que se impõe a esse direito fundamental se encontra em relação razoável com o resultado perseguido. Tal matéria vem tratada no fundamento 7 da STC 196/1987, de 11 de dezembro⁶⁴⁶.

⁶⁴² SAN JOSÉ, Alicia Bernardo; PADURA BALLESTEROS, Maria Teresa. La Detención Incomunicada por delitos de terrorismo. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 122.

⁶⁴³ **Artículo 527.** “1. En los supuestos del artículo 509, el detenido o preso podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso: **a)** Designar un abogado de su confianza. **b)** Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense. **c)** Entrevistarse reservadamente con su abogado. **d)** Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.” (ESPAÑA. **Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=266598>. Acesso em: 9 jul. 2018).

⁶⁴⁴ Vide nota 246.

⁶⁴⁵ PEREZ MACHIO, Ana I. La detención Incomunicada en los supuestos de terrorismo: una medida lesiva de derechos humanos? In: LA CUESTA, José Luis de; MUÑAGORRI, Ignacio. **Aplicación de la normativa antiterrorista**. Madrid: IVAC/KREI, Donostia, 2009. p. 177. Disponível em: <<https://www.ehu.es/documents/1736829/2067438/08+-+Detencion+incomunicada.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

⁶⁴⁶ “7. La especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos o las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos pueden hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto, a fin de evitar que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a esta propicien que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyen u oculten pruebas de su comisión.

En atención a ello, la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede a la autoridad judicial la competencia exclusiva

Não obstante a posição do Tribunal Espanhol, os organismos internacionais de direitos humanos têm recomendado, constantemente, à Espanha que reveja sua posição, permitindo que o preso nomeie, desde o primeiro momento, advogado de sua escolha. Essa tem sido a posição do Comitê contra Tortura da ONU, da Comissão Europeia de Direitos Humanos e do Comitê Europeu de Prevenção à Tortura⁶⁴⁷.

A Espanha, por seu turno, tem respondido de forma contundente que seu Tribunal Constitucional, ao apreciar a matéria, não vê qualquer privação de direitos fundamentais na designação de defensor pelo juízo nos casos em questão. Ademais, nos termos da Convenção

para decretar la incomunicación del detenido, medida excepcional de breve plazo de duración que tiene por objeto aislar al detenido de relaciones personales, que pueden ser utilizadas para transmitir al exterior noticias de la investigación en perjuicio del éxito de ésta. En tal situación, la imposición de Abogado de oficio se revela como una medida más de las que el legislador, dentro de su poder de regulación del derecho a la asistencia letrada, establece al objeto de reforzar el secreto de las investigaciones criminales.

Teniendo en cuenta que la persecución y castigo de los delitos son pieza esencial de la defensa de la paz social y de la seguridad ciudadana, los cuales son bienes reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 de la Constitución y, por tanto, constitucionalmente protegidos, la limitación establecida en el art. 527 a) de la L.E.Cr. encuentra justificación en la protección de dichos bienes que, al entrar en conflicto con el derecho de asistencia letrada al detenido, habilitan al legislador para que, en uso de la reserva específica que le confiere el art. 17.3 de la Constitución, proceda a su conciliación, impidiendo la modalidad de libre elección de Abogado.

De esta forma, la medida de incomunicación del detenido adoptada bajo las condiciones previstas en la Ley sirven en forma mediata a la protección de valores garantizados por la Constitución y permiten al Estado cumplir con su deber constitucional de proporcionar seguridad a los ciudadanos, aumentando su confianza en la capacidad funcional de las instituciones estatales. De ello resulta que la limitación temporal del detenido incomunicado en el ejercicio de su derecho de libre designación de Abogado, que no le impide proceder a ella una vez haya cesado la incomunicación, no puede calificarse de medida restrictiva irrazonable o desproporcionada, sino de conciliación ponderada del derecho de asistencia letrada -cuya efectividad no se perjudica- con los valores constitucionales citados, pues la limitación que le impone a ese derecho fundamental se encuentra en relación razonable con el resultado perseguido, ajustándose a la exigencia de proporcionalidad de las leyes.

Esta declaración no contradice en modo alguno los Convenios internacionales suscritos por España, cuyo valor interpretativo de los derechos fundamentales y libertades públicas se consagra en el art. 10.2 de la Constitución, pues ya hemos señalado que estos derechos son más restrictivos en materia de asistencia letrada al detenido que en nuestra Constitución en cuanto que no incluyen este derecho entre los que se reconocen al detenido por los mencionados arts. 5 del Convenio Europeo de Roma y 9 del Pacto Internacional de Nueva York; el derecho a la libre elección de Abogado tan sólo se reconoce en los arts. 6 y 14 de los mismos en relación con el acusado en proceso penal, supuesto no aplicable al detenido o preso en diligencias policiales o judiciales, que es el contemplado en el art. 527 a) de la L.E.Cr., en redacción aprobada por la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, que desarrolla el derecho de asistencia letrada reconocido al detenido y previsto en el art. 17.3 de la Constitución y no el que garantiza el art. 24.2 de la misma Ley fundamental.

En consecuencia con todo lo argumentado, procede considerar que, en nuestro orden constitucional, el art. 527 a) de la LECr. no vulnera el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada garantizado al detenido por el art. 17.3 de la Constitución, pues ello es conclusión a la que conduce la interpretación y aplicación de la Constitución, concebida como una totalidad normativa garantizadora de un orden de convivencia integrado por un conjunto de derechos y valores, que el legislador tiene el deber de armonizar mediante fórmulas que permitan la adecuada protección de cada uno de ellos a través de limitaciones coordinadas y razonables, evitando el desequilibrio del orden constitucional que ocasiona la prevalencia absoluta e ilimitada de uno sobre los demás, los cuales resultarían así desconocidos y sacrificados con grave quebranto de los mandatos constitucionales que imponen a todos los poderes públicos el deber de protegerlos y hacerlos efectivos en coexistencia con todos aquellos otros con los que concurren.” (ESPAÑA. Constitutional Court. Sentencia 196/1987, de 11 de diciembre. Pleno del Tribunal. **Official State Gazzete**, n. 7, of 08 January 1988. Disponible em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/928#complete_resolucion&completa>. Acesso em: 10 jul. 2018).

⁶⁴⁷ SAN JOSÉ, Alicia Bernardo; PADURA BALLESTEROS, Maria Teresa. La Detención Incomunicada por delitos de terrorismo. *In*: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 125.

Europeia dos Direitos do Homem⁶⁴⁸ e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁶⁴⁹, ao fornecer advogado em fase pré-processual ao acusado, a Espanha garante mais direitos ao detido do que é exigido pelos documentos internacionais dos quais é signatária, uma vez que os direitos ali referidos são para o processo, e não para fase investigatória⁶⁵⁰.

O Governo da Espanha ainda ressalta que, para obter um adequado equilíbrio na defesa dos acusados de atentados terroristas, a legislação prevê que a indicação do profissional que atuará (na verdade fica de sobreaviso caso haja necessidade) deve ser feita pelo Colégio de Advogados, atendidas algumas qualificações, como dez anos de exercício profissional e especialização na área criminal. Por outro lado, entender que o advogado designado para o terrorista não cumpre adequadamente suas funções seria admitir que todo o sistema espanhol de justiça gratuita é inidôneo, pois exercido exatamente da mesma forma. Por fim, afirma que seria ingênuo desconsiderar que a rede de apoio e assistência jurídica da ETA (*Euskadi Ta Askatasuna* — Movimento Revolucionário Basco) é responsável por uma série de ameaças e coações aos presos e às suas famílias, de modo que evitar seu contato é, muitas vezes, a forma de assegurar os direitos do detido ou evitar que os advogados sirvam de correio entre o terrorista preso e a organização⁶⁵¹.

e) Impossibilidade de entrevista reservada com o advogado

O preso incomunicável está também impedido de se entrevistar privadamente com seu defensor, mesmo sendo ele nomeado pelo juízo.

A restrição a esse direito também tem sido objeto de críticas pelo Comitê contra Tortura da ONU, que recomenda à Espanha que garanta a todas as pessoas privadas de liberdade o direito a entrevistar-se reservadamente com seus defensores. Da mesma forma, o

⁶⁴⁸ “**3.** O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: [...]; **b)** Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; **c)** Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;” (COUNCIL OF EUROPE. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Roma, 4 de novembro de 1950. p. 10. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018).

⁶⁴⁹ “**§3.** Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]. **4.** a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado ex officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo” (BRASIL. **Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 10 jul. 2018).

⁶⁵⁰ SAN JOSÉ, Alicia Bernardo; PADURA BALLESTEROS, Maria Teresa. La Detención Incomunicada por delitos de terrorismo. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 125.

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 126.

Comitê Europeu de Prevenção da Tortura recomenda ao governo espanhol que garanta aos presos incomunicáveis o direito de “entrevistar-se reservadamente com seu advogado de ofício desde o início da custódia”⁶⁵². Contudo, até o presente momento, o Tribunal Constitucional Espanhol não se pronunciou sobre a vedação de entrevista privada com advogado enquanto perdure a incomunicabilidade, mas a doutrina é preponderante no sentido de invocar a inconstitucionalidade da vedação⁶⁵³.

No dizer de Perez Machio, ainda que se entendam justificáveis os argumentos do Tribunal Constitucional para vedar, como medida de política criminal, o acesso ao advogado de livre escolha do detido como forma de evitar confabulações ilícitas que poderiam prejudicar as investigações, não se pode imaginar quais podem ser as razões de ordem jurídico-democráticas a impedir que o detido possa entrevistar-se reservadamente com o advogado nomeado pelo juízo e, presumivelmente, alheio ao seu possível círculo de relações terroristas. Evidente que, não sendo o advogado das relações do preso, não há motivo para limitação de sua atuação⁶⁵⁴.

Do mesmo modo, Sanchez afirma ser difícil determinar qual o sentido dessa limitação. Se impedir a livre nomeação de advogado tem como fundamento a suspeita de possível colaboração delitativa, esta não se pode presumir quando o advogado é nomeado de ofício⁶⁵⁵.

Não obstante as objeções dos organismos internacionais e de boa parte da doutrina, o governo espanhol segue defendendo a necessidade e a correção de seu proceder. Argumenta que o caráter amplamente organizado dos grupos terroristas faz com que os próprios presos, tendo chance, ameacem e coajam os advogados, forçando-os a levar informações que poderiam comprometer operações antiterroristas. O governo espanhol afirma que a efetividade do direito de defesa não resta comprometida, pois o detido pode falar livremente com seu advogado, apenas não podendo fazê-lo reservadamente e que, pelos dias que perdura a incomunicabilidade, no máximo dez dias, pode consultar o advogado quantas vezes e pelo

⁶⁵² SAN JOSÉ, Alicia Bernardo; PADURA BALLESTEROS, Maria Teresa. La Detención Incomunicada por delitos de terrorismo. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 129.

⁶⁵³ PEREZ MACHIO, Ana I. La detención Incomunicada en los supuestos de terrorismo: una medida lesiva de derechos humanos? In: LA CUESTA, José Luis de; MUÑAGORRI, Ignacio. **Aplicación de la normativa antiterrorista**. Madrid: IVAC/KREI, Donostia, 2009. p. 168. Disponível em: <<https://www.ehu.es/documents/1736829/2067438/08++Detencion+incomunicada.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 168.

⁶⁵⁵ SANCHEZ, Ricardo Juan. El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español. **Revista Para Analisis Del Derecho**, v. 4, p. 1-29, oct. 2017. p. 9. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3076456>. Acesso em: 10 jul. 2018.

tempo que desejar, desde que não o faça desacompanhado e, como um dos direitos básicos do detido é o de ficar em silêncio, nenhum prejuízo pode advir da falta de entrevista privada⁶⁵⁶.

⁶⁵⁶ SAN JOSÉ, Alicia Bernardo; PADURA BALLESTEROS, Maria Teresa. La Detención Incomunicada por delitos de terrorismo. *In*: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 129.

CONCLUSÃO

O mundo vem passando por transformações há poucas décadas inimagináveis, transformações de estatura global. Essas transformações procuram ser explicadas pelas construções teóricas que envolvem a sociedade pós-industrial, a pós-modernidade e a sociedade de risco. O inegável é que a complexidade, a multifatorialidade e a imprevisibilidade dessa sociedade pós-moderna, pós-industrial e de risco atinge todos os aspectos da vida em sociedade e, como consequência, atinge e modifica o Direito, em especial o Direito Penal.

Este momento chamado de pós-modernidade caracteriza-se, entre outras coisas, pela difusão e distribuição de riscos em escala global, desconhecendo fronteiras políticas ou limites territoriais. Os riscos não se limitam a assombrar o presente, projetam-se para o futuro em dimensão e percepção. Esse incremento dos riscos produz uma sensação constante e crescente de insegurança contínua, onipresente.

Essa nova sociedade, também chamada de sociedade da insegurança e do medo, é derivada da sociedade de risco. É natural que os cidadãos dessa sociedade reclamem do Estado prevenção frente aos riscos e garantia de segurança. Mais natural ainda que o Estado se sinta devedor em relação a essa cobrança. Nesse panorama, o Direito Penal surge como um dos principais elementos para solucionar o impasse, na condição de um dos vetores responsáveis pela segurança dos cidadãos.

É de considerar, ainda, que a experiência tem demonstrado que o risco que atemoriza a sociedade não é fruto de imaginação, superstição ou propaganda. Seguidamente ele se materializa concretamente e, no mais das vezes, em dimensão de catástrofe. Um dos riscos que frequentemente se materializa, de forma imprevisível, é o terrorismo. Não mais como antes, pois até os anos 1970 era uma estratégia definida, circunscrita a um território e com objetivos limitados no espaço e no tempo.

O novo terrorismo é de caráter religioso, global e declara todos os não muçulmanos como infiéis e, portanto, inimigos a serem combatidos, derrotados e aniquilados, pois são um empecilho à instauração do Califado Global regido pela lei divina. Esse terrorismo tem como manifestação exterior a jihad, guerra santa, que é dever de todo muçulmano e que só pode terminar quando o Califado for restaurado e estiver sob o domínio da *sharia*, a lei divina.

Estamos diante de um terrorismo cujo objetivo é a destruição do Estado laico, republicano e democrático. Estamos diante de um terrorismo que renega o Estado democrático de direito e todas as suas conquistas e garantias. Nesse sentido, bem diferente do *locus classicus*, esse moderno terrorismo não pretende, como outrora, a persuasão (política)

do adversário, mas, sim, a destruição de toda a identidade estrutural do inimigo. Para atingir esse objetivo, as organizações terroristas de caráter islâmico absorvem o estado psíquico das sociedades ocidentais, manipulando o objetivo de sua atuação com base na instabilidade cognitiva vivenciada pelo mundo ocidental. Instaurando o medo e o temor, o terrorista é, verdadeiramente, um inimigo invisível, global e onipresente.

Os ataques oriundos desse novo terrorismo atingiram escala tão inusitada e sem precedente que provocou a reação das Nações Unidas no sentido de mobilizar todos os seus Estados-membros a adotar medidas de combate razoavelmente uniformes, de forma uníssona e unívoca. Esse fato era, também, inusitado no seio das Nações Unidas.

Por um lado, como consequência da chamada sociedade de risco e, por outro, pela existência, ocorrência e materialização desses riscos, como o terrorismo jihadista, há uma natural expansão do Direito Penal e certa tensão com os princípios, instrumentos e limites do Direito Penal clássico. A necessidade de segurança, às vezes por sensação, muitas vezes por realidade/necessidade concreta, implica reavaliação, reavaliação e redimensionamento de garantias e direitos do acusado, antes tidos como absolutos, e sugere, em alguns casos, reconhecer que o Estado, na ânsia de restaurar segurança, ultrapassa os limites do razoável e vulnera garantias e direitos fundamentais. Nesse contexto, estão as diversas formas pelas quais se apresentam as terceiras velocidades do Direito Penal, em especial o direito penal do inimigo.

Importante sinalizar que “o inimigo” na teoria do direito penal do inimigo não é um indivíduo desprovido de garantias ou que tem a sua dignidade pessoal violada ou conspurcada. Nesse caso, o inimigo deve receber o tratamento que os Estados democráticos de direito entendem que seja adequado e proporcional às suas condutas frente ao ordenamento normativo. Situação na qual ele se coloca por livre vontade própria, se autoexcluindo do regramento jurídico ao qual pode retornar a qualquer tempo, bastando, para tanto, sua readesão ao conjunto de normas que regem aquela sociedade.

Como teoria, ainda, o direito penal do inimigo está em sua primeira infância e tanto as repercussões quanto as supostas aplicações e consequências teóricas do modelo ainda são meramente indiciárias. Não se vê, fora do ambiente acadêmico, maiores referências ou fidelidade à teoria construída por Jakobs. O inegável é que onde quer que o observador se situe há de reconhecer que as ideias de Jakobs são uma janela aberta, a soprar um vento sobre o pensamento dominante em matéria penal, colocando em xeque o anacronismo de muitas dessas ideias e a irresolução do Direito Penal em face do entrave segurança/liberdades individuais.

REFERÊNCIAS

ABDULLAH Yusuf Azzam. *In: Wikipedia, a Enciclopédia livre*, 2018. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Abdullah_Yusuf_Azzam>. Acesso em: 30 jul. 2018.

ABI-SAAB, Georges. The proper role of international law in combating terrorism. **Chinese Journal of International Law**, v. 1, n. 1, p. 305-313, 2002.

AGOSTINHO, Santo. **Sobre a potencialidade da alma (de *quantitate animae*)**. Tradução de Aloysio Jansen de Faria. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. [Recurso eletrônico não paginado]. Disponível em:

<<https://sites.google.com/view/sbgdicionariodefilosofia/defini%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 7 maio 2018.

AGUDO FERNANDEZ, Enrique; JAEN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Angel Luis. **Terrorismo en el siglo XXI**. Madrid: Dykinson, 2016.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradutor Assis Mendonça Berlin: Deutscher Bundestag, 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

ALMEIDA, Débora de Souza de. **Terrorismo**: Comentários, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016 e aspectos criminológicos e político-criminais. Salvador: JusPodivm, 2017.

ALTMAN, Max. Hoje na história: 1946 — Hotel King David, em Jerusalém, é alvo de ataque terrorista. **Oriente Mídia**, 22 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.orientemidia.org/hoje-na-historia-1946-hotel-king-david-em-jerusalem-e-alvo-de-ataque-terrorista/>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

AMBOS, Kai. **El derecho penal frente a amenazas extremas**. Madrid: Dykinson, 2007.

ANDERSON, Sean. **Historical dictionary of terrorism**. 3. ed. Lanham, Maryland: The Scarecrow Press, 2009. Disponível em: <https://uscrow.org/download/warfare/terrorism_and_counterterrorism/Historical%20Dictionary%20of%20Terrorism.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2018.

ANGLI, Mariona Llobet. **Derecho penal del terrorismo**: limites de su punición en un Estado democrático. Madrid: Laley, 2010.

AÑOS 70. *In: APARICIO, Sonia (Coord.)*. **La dictadura del terror**. Barcelona: El Mundo, 2009. Disponível em: <<http://www.elmundo.es/eta/historia/anios70.html>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

ANUNCIO del «alto el fuego permanente». *In: APARICIO, Sonia (Coord.)*. **La dictadura del terror**. Barcelona: El Mundo, 2009. Disponível em: <http://www.elmundo.es/eta/negociaciones/tregua_2011_anuncio.html>. Acesso em: 19 jul. 2018.

ARAÚJO, Gisele Ferreira de. Proteção dos direitos humanos por organismos internacionais: controle e coercibilidade: Tribunais Penais Internacionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 280-305, jan./mar. 2007.

ARISTOTELES. **Política**. Tradução Juan José Moralejo Álvarez. Madrid: Fundación BBVA, 2003. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=144>. Acesso em: 25 maio 2018.

ASSESSING Damage, Urging Action: Report of the eminent jurists panel on terrorism, counter-terrorism and Human Rights. Geneva, 2009. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/499e76822.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

ATAQUES em Jerusalém deixam mortos e feridos. **G1 Mundo**, 13 out. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/10/ataques-em-jerusalem-deixam-mortos-e-feridos.html>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O enfrentamento do terrorismo e o dever de colaboração do cidadão com as liberdades dos demais. *In*: HABIB, Gabriel (Coord.). **Lei antiterrorismo**: lei n.º 13.260/2016. Salvador: JusPodivm, 2017.

AZEVEDO, Paulo Bueno de. Terrorismo, direito penal do inimigo e retórica da prevaricação. **Revista Brasileira de Direitos Humanos**, v. 11, p. 1-20, out./dez. 2014.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Limites e justificação do poder do Estado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

BAKUNIN, Mikhail. **Catecismo revolucionário**: programa da sociedade da revolução internacional. São Paulo: Editora Imaginário, 2009. Disponível em: <<https://we.riseup.net/assets/191933/Catecismo%20revolucionario.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BARBOSA, Mónica. **Boston Tea Party**: o primeiro passo para Revolução Americana. 2016. Disponível em: <<https://www.anforadearomas.pt/boston-tea-party-o-primeiro-passo-para-a-revolucao-americana/>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BATALHA de Atlanta. *In*: **Wikipedia, a Enciclopédia Livre**, 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Batalha_de_Atlanta>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BECHARA, Fabio Ramazzini. Cooperação jurídica internacional e terrorismo. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos (Coord.). **Terrorismo e justiça penal**. Belo Horizonte, Forum, 2014.

BECK, Ulrich. Incertezas fabricadas. **Revista Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, n. 181, p. 5-12, maio 2006.

_____. **Sobre el terrorismo y la guerra.** Tradução de R. S. Carbó. Barcelona: Paidós Ibérica, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso: 1º ago. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 ago. 2018.

_____. **Decreto n.º 4.269, de 17 de janeiro de 1921.** Regula a Repressão do Anarchismo. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4269-17-janeiro-1921-776402-publicacaooriginal-140313-pl.html>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

_____. **Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002.** Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. **Decreto n.º 5.639, de 26 de dezembro de 2005.** Promulga a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5639.htm>. Acesso em: 8 ago. 2018.

_____. **Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. **Decreto n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945.** Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018.

_____. **Decreto-Lei n.º 431, de 18 de maio de 1938.** Define crimes contra a personalidade internacional, a Estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-431-18-maio-1938-350768-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

_____. **Decreto-Lei n.º 510, de 20 de março de 1969.** Altera dispositivos do decreto-lei n.º 314 de 13 de março de 1967, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-510-20-marco-1969-376778-norma-pe.html>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

_____. **Decreto-Lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969.** Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-898-29-setembro-1969-377568-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 1º ago. 2018.

_____. **Decreto-Lei n.º 7.935, de 3 de setembro de 1945.** Aprova a Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional da Justiça. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7935-3-setembro-1945-417286-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

_____. Estatuto de Roma. **Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002.** Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 1º ago. 2018.

_____. **Lei n.º 1.802, de 5 de janeiro de 1953.** Define os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1802-5-janeiro-1953-367324-republicacao-45847-pl.html>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

_____. **Lei n.º 10.744, de 9 de outubro de 2003.** Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.744.htm>. Acesso em: 2 ago. 2018.

_____. **Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 4 ago. 2018.

_____. **Lei n.º 13.170, de 16 de outubro de 2015.** Disciplina a ação de indisponibilidade de bens, direitos ou valores em decorrência de resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas — CSNU. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13170.htm>. Acesso em: 4 ago. 2018.

_____. **Lei n.º 13.260, de 16 de março de 2016.** Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis n.ºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 2 ago. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal n.º 5046863-67.2016.4.04.7000/PR**. 7ª Turma. Relator Des. Federal Márcio Antônio Rocha. Porto Alegre, 19 de junho de 2018. Disponível em:
<https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41533918499346791043181407646&evento=490&key=935168e79ebe800c39c092a2f5e8dbb7e562aec51230ab7310f444ee76d6447f&hash=81f06a60d2d99ed53765432783d396eb>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRATTON, William; KNOBLER, Peter. **Turnaround**: How america's top cop reversed the crime epidemic. New York: Random House, 1998.

BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 62, p. 107-133, set./out. 2006.

BUSATO, Paulo César (Org.). **Lei antiterror anotada**: Lei 13.260 de 16 de março de 2016. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

CALIFADO. *In*: BRITANNICA Escola, 2018. Disponível em:
<<https://escola.britannica.com.br/levels/fundamental/article/califado/480883>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

CALLEGARI, André Luís *et al.* **O crime de terrorismo**: reflexões críticas e comentários à Lei de terrorismo: de acordo com a lei 13.260/2016. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2016.

CALLEGARI, André Luís. Os caminhos do Direito Penal brasileiro e a tipificação do terrorismo. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMAN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.

_____; WEMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Combate ao terrorismo no âmbito das Nações Unidas: o sistema de sanções direcionadas a indivíduos, as garantias procedimentais do due process of law e os direitos humanos. **Revista Brasileira de Direitos Humanos**, v. 3, p. 565-578, out./dez. 2012.

CANCIO MELIÁ, Manuel. El derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la unión europea. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 6, n. 10, p. 45-72, jan./jun. 2014.

_____. El derecho penal español tras la reforma de 2015. *In*: CALLEGARI, André Luís *et al.* **O crime de terrorismo**: reflexões críticas e comentários à Lei de terrorismo: de acordo com a lei 13260/2016. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2016.

_____. **Los delitos de terrorismo**: estrutura típica e injusto. Madrid: Editorial Reus, 2010.

CARLO Pisacane: Biografia. Disponível em:
<https://www.lua.ovh/mundo/pt/Carlo_Pisacane>. Acesso em: 28 abr. 2018.

CARVALHO, Gabriel de Carvalho. Artigo 18. *In*: BUSATO, Paulo César (Org.). **Lei antiterror anotada**: Lei 13.260 de 16 de março de 2016. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

CASSESE, Antonio. Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law. **European Journal of International Law**, v. 12, p. 993-1001, 2001. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/12/5/1558.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

CAVALHEIRO, Veridiana Rosa; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Reflexões sobre a Lei Antiterrorismo (Lei n.º 13.260/2016). **Revista Síntese de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 18, n. 107, 208-230, dez./jan. 2018.

CERVINI, Raul. El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidade de la persona humana. **Revista de Derecho, Universidad Catolica del Uruguay**, n. 5, p. 27-50, 2010.

CHACRA, Gustavo. A justificativa de Obama para seus ataques com drones. **Estadão**, São Paulo, 5 fev. 2013. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/blogs/gustavo-chacra/a-justificativa-de-obama-para-seus-ataques-com-drones/>>. Acesso em: 11 maio 2018.

COMUNIDADES EUROPEIAS. **Tratado que estabelece uma Constituição para Europa**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2005. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/sites/europaefiles/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2018.

COUNCIL OF EUROPE. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Roma, 4 de novembro de 1950. p. 10. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Código Penal Alemão**: Tradução, comparação e notas por Nuria Fabris. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

DERSHOWITZ, Alan M. **Why terrorism works**: understanding the threat, responding the challenge. New Haven: Yale University Press, 2002.

DIAZ BARRADO, Castor Miguel. El marco jurídico internacional de la lucha contra el terrorismo. *In*: LUCHA contra el terrorismo y derecho internacional. Instituto Español de Estudios Estrategicos. Barcelona: Ministerio de Defesa, 2006. (Cuadernos de Estrategia; 133).

DIEZ RIPOLLES, Jose Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, v. 35, n. 103, p. 63-97, ene./abr. 2002. Disponível em: <<http://revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/10489>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

_____. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 3, p. 1-34, 2004. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

DRONES dos EUA matam 2 membros da Al Qaeda no Afeganistão. **Exame**, São Paulo, 20 mar. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/drones-dos-eua-matam-2-membros-da-al-qaeda-no-afeganistao/>>. Acesso em: 11 maio 2018.

ESPAÑA. **Código Penal y legislación complementaria**. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 2018. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>. Acesso em: 19 jul. 2018.

_____. **Constitución Española**. Aprobada el 31 de octubre de 1978. Sancionada el 27 de diciembre de 1978. Disponível em: <<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

_____. Constitutional Court. Sentencia 196/1987, de 11 de diciembre. Pleno del Tribunal. **Official State Gazette**, n. 7, of 08 January 1988. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/928#complete_resolucion&completa>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. Constitutional Court. Sentencia 7/2004, de 9 de febrero. Sala Primera. **Official State Gazette**, n. 60, of 10 March 2004. De 9 de febrero de 2004. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/5012#complete_resolucion&completa>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. **Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3440>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. **Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=266598>. Acesso em: 9 jul. 2018.

FERNANDES, Enrique Agudo; VALLEJO, Manuel Jaen; PEREZ, Angel Luis Perrino. **Terrorismo em el Siglo XXI: La resposta penal em el escenario mundial**. Madrid: Editorial Dikinson, 2002.

FLETCHER, George P. **El indefinible concepto de terrorismo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. (Cuadernos de conferencias y artículos; 52).

FRANCE, Guilherme de Jesus. **As origens da lei antiterrorismo: os tortuosos caminhos de localização das normas internacionais de combate ao terrorismo no Brasil**. 2017. 314f. Dissertação (Mestrado) — Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18496/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Origens%20da%20Lei%20Antiterrorismo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 5 jun. 2018.

GALITO, Maria Souza. **Terrorismo conceptualização do fenómeno**. Lisboa: Instituto Superior de Economia e Gestão, 2013. Disponível em: <https://pascal.iseg.ulisboa.pt/~cesa/files/Doc_trabalho/WP117.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

GANDRA, Thiago Grazziane; NAVES, Carlos Luis Lima e. Uma análise hermenêutica sobre o crime de terrorismo tipificado na Lei 13.260/16: elemento subjetivo especial do injusto inserido pelo legislador infraconstitucional. *In*: HABIB, Gabriel (Coord.). **Lei antiterrorismo**: lei n.º 13.260/2016. Salvador: JusPodivm, 2017.

GARCIA DE PAZ, Maria Isabel Sanchez. **El moderno derecho penal y la anticipacion de la tutela penal**. Salamanca: Universidad de Valladolid, 1999.

GOLDIE, L. F. E. Profile of a terrorist: distinguishing freedom fighters from terrorists. **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, v. 14, n. 2, p. 125-140, Winter 1987. Disponível em: <<https://surface.syr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1245&context=jilc>>. Acesso em: 14 maio 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. São Paulo, 27 set. 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

GOMES, Márcio Schlee. Crime de Terrorismo: Aspectos probatórios. *In*: HABIB, Gabriel (Coord.). **Lei antiterrorismo**: lei n.º 13.260/2016. Salvador: JusPodivm, 2017.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito Penal do Inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 6, n. 7, p. 211-247, dez. 2005.

GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. **Direito penal do inimigo e o terrorismo**. São Paulo: Almedina Brasil, 2010.

GUILLAUME, Gilbert. Terrorism and international law. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 53, n. 3, p. 537-548, jul. 2004. Disponível em: <<http://uniset.ca/terr/art/guillaume.html>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

GUIMARÃES, Marcelo Ovídio Lopes. **O tratamento penal do terrorismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

GUTIERREZ ESPADA, Cesareo. Radicales y reformistas en el Islam (sobre el use de la violencia). **Revista Espanola de Derecho Internacional**, v. 61, n. 1, p. 13-37, Jan./June 2009.

HADAYET, Hesham Mohamed. Los Angeles airport shooting kills 3. **CNN.com**, 5 jul. 2002. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2002/US/07/04/la.airport.shooting/>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

HAMAS in Palestine: its views on homeland and nationalism. *In*: LAQUEUR, Walter. **Voices of Terror**: Manifestos, writings, and manuals of Al Qaeda, Hamas, and other terrorists from around the world and throughout the ages. Illinois: Reed Press, 2004.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales**, Madrid, v. 43, fas. 3, p. 909-931, set./dez. 1990.

HELD, David et al. Globalization. **Global Governance**, v. 5, n. 4, p. 483-496, oct./dec. 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/27800244?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 15 jun. 2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HUDSON, Rex A. **The Sociology And Psychology of Terrorism: Who Becomes a Terrorist And Why?** Washington, D.C: The Library of Congress, 1999. Disponível em: <https://www.loc.gov/rr/frd/pdf-files/Soc_Psych_of_Terrorism.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2018.

HUMAN Rights Committee Briefed on work of counter-terrorism committee. **Press Release**, 27 march 2003. Disponível em: <<https://www.un.org/press/en/2003/hrct630.doc.htm>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. Geneva, 2018. Disponível em: <<https://www.icj.org/>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

INTERNATIONAL Convention for the Supression of Terrorist Bombing. New York, 12 de January de 1998. Disponível em: <<http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv11.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

ISRAEL vela vítimas de ataque contra soldados em Jerusalém. **O Globo**, Rio de Janeiro, 9 jan. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/israel-vela-vitimas-de-ataque-contra-soldados-em-jerusalem-20747496>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

JACOBS, Jane. **Morte e vida de grandes cidades**. 3. ed. Tradução de Carlos S. Mendes Rosa. São Paulo: Martins Fontes, , 2011.

JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e Ciência do direito penal**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *In*: JAKOBS, Günther. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: UAM Ediciones; Civitas, 1997.

_____. **La ciencia del derecho penal ante las exigências del presente**. Tradução de Teresa Manso Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

_____. La doctrina dominante: Que protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? *In*: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **Libro homenaje al professor Günther Jakobs: el funcionalismo em derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1.

_____. Personalidad y exclusion em derecho penal. *In*: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **Libro homenaje al professor Günther Jakobs: el funcionalismo em derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. **Sobre la teoria de la pena**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Articulos Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução de Callegari, André Luis e Giacomolli, Nereu José. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____; POLAINO-ORTS, Miguel. **Terrorismo y estado de derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

JENKINS, Brian. **International Terrorism: A New Mode of Conflict**, Research Paper n.º 48. California Seminar on Arms Control And Foreign policy, Crescent Publications, 1976.

JORDÁN, Javier. Terrorismo yihadista y estado de derecho. **Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico**, v. 3, p. 21-33, 2008.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003.

_____. **A paz perpétua**: um projecto filosófico. Tradutor Artur Morão. Covilhã: LusoSofia Press, 2008. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. **Metafísica dos Costumes**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

KASSA, Wondwossen D. Rethinking the no definition consensus and the would have been binding assumption pertaining to Security Council Resolution 1373. **Flinders Law Journal**, v. 17, n. 1, p. 127-154, July 2015.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Terrorismo**: Direito penal constitucional e os limites de criminalização. Curitiba: Juruá, 2017.

KELLING, George L.; COLES, Catherine M. **Fixing broken windows**. New York: Touchstone, 1997.

KFIR, Isaac. A regime in need of balance: the un counter-terrorism regimes of security and human rights. **University of Miami National Security and Armed Conflict Law Review**, v. 4, n. 1, p. 7-47, 2013. Disponível em: <<https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1046&context=umnsac>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

LAQUEUR, Walter. **A history of terrorism**. New Jersey: Transaction Publishers, 2016.

_____. Knights under the prophet's banner. *In*: LAQUEUR, Walter. **Voices of terror**: Manifestos, writings, and manuals of Al Qaeda, Hamas, and other terrorists from around the world and throughout the ages. Illinois: Reed Press, 2004.

LASMAR, Jorge Mascarenhas. A legislação brasileira de combate e prevenção do terrorismo qua-torze anos após 11 de Setembro: limites, falhas e reflexões para o futuro. **Revista de Sociologia e Política**, v. 23, n. 53, p. 47-70, mar. 2015.

LEVENE, Lesley. **Penso, logo existo**: tudo o que você precisa saber sobre Filosofia. Tradução de Debora Fleck. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2013.

LEVISKY, David Léo. Uma gota de esperança. *In*: ALMEIDA, Maria da Graça Blaya (Org.). **A violência na sociedade contemporânea**. [Recurso eletrônico]. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/violencia.pdf>>. Acesso em: 1º ago. 2018.

LLOBET ANGLI, Mariona. **Derecho penal del terrorismo**: limites de su punicion en un Estado democrático. Madrid: Laley, 2010.

LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. Lisboa: Edições 70, 2015.

LOPEZ-JACOISTE, Eugenia. Instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo. *In*: JORDAN, Javier; POZO, Pilar; GUINDO, Miguel G. (Coord.). **Terrorismo sin fronteras**: Actores, escenarios y respuestas en un mundo global. Navarra: Thomson Reuters, 2010.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. *In*: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **Libro homenaje al professor Günther Jakobs**: el funcionalismo em derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Do Cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MAMDANI, Mahmood; KEPEL, Gilles; ROY, Olivier. Whither political Islam? understanding the modern Jihad. **Foreign Affairs**, v. 84, n. 1, p. 148-155, Jan./Feb. 2005.

MANNIK, Erik. Terrorism, its past, present and future prospects. **Journal Kvüõa toimetised**, v. 21, n. 12, p. 151-171, 2009. Disponível em: <http://www.ksk.edu.ee/wp-content/uploads/2011/03/KVUOA_Toimetised_12-M%C3%A4nnik.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2018.

MARIGHELLA, Carlos. **Manual do guerrilheiro urbano**. 1969. Disponível em: <<https://www.documentosrevelados.com.br/wp-content/uploads/2015/08/carlos-marighella-manual-do-guerrilheiro-urbano.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

MARTINEZ VARGAS, Juan Ramón. **Derecho internacional y terrorismo**: cuestiones de derecho internacional y relaciones internacionales. Bogota: Universidad del Rosario. Berg Institute, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O direito internacional e o direito brasileiro em face do terrorismo. **Revista dos Tribunais Online. Ciências Penais**, v. 15, p. 335-355, jul./dez. 2011. p. 4.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: A terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011.

MOURA, João Batista. Crime de terrorismo: uma visão principiológica à luz da lei 13.260/2016. In: HABIB, Gabriel (Coord.). **Lei antiterrorismo**. Salvador: Juspodium, 2017.

MUELLER, John. **Case 4: El AI at LAX**. 16 jan. 2014. Disponível em: <<https://politicalscience.osu.edu/faculty/jmueller/04LAX7.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012. p. 25.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. **Resolución 54/109**. Convenio internacional pra la represión de la financiación del terrorismo. Aprobada por la Asamblea General, 25 de febrero de 2000. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/54/109&Lang=S>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. Consejo de Seguridad. **Resolución 1.566 (2004)**. Aprobada por el Consejo de Seguridad em su 5.053ª sesión, celebrada el 8 de octubre de 2004. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1566\(2004\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2004.shtml&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1566(2004)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2004.shtml&Lang=S)>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. **Resolución 1.267 (1999)**. Aprobada por el Consejo de Seguridad em su 4.051ª sesión, celebrada el 15 de octubre de 1999. Disponível em: <[https://undocs.org/es/S/RES/1267%20\(1999\)](https://undocs.org/es/S/RES/1267%20(1999))>. Acesso em: 11 jul. 2018.

_____. **Resolución 1.368 (2001)**. Reafirmando los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. 12 de setiembre de 2001. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1368\(2001\)&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1368(2001)&Lang=S)>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____. **Resolución 1.373 (2001)**. Aprobada por el Consejo de Seguridad em su 4.385ª sesión, celebrada el 28 de setiembre de 2001. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1373\(2001\)&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1373(2001)&Lang=S)>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____. **Resolución 1.566 (2004)**. Aprobada por el Consejo de Seguridad em su 5.053ª sesión, celebrada el 8 de octubre de 2004. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1566\(2004\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2004.shtml&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1566(2004)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2004.shtml&Lang=S)>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. **Resolucion 49/60.** Medidas para eliminar el terrorismo internacional. Aprobada el 19 de febrero de 1995. p. 4. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/49/60&Lang=S>. Acesso em: 5 ago. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/docs/carta_da_onu.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2018.

_____. **Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio.** Aprovada e proposta para assinatura e ratificação ou adesão pela resolução 260 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 9 de Dezembro de 1948. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca....crime_genocidio.pdf>. Acesso em: 10 ago 2018.

_____. **Resolutions adopted on the reports of the Sixth Committee.** 18 December 1972. p. 119. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3034\(XXVII\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3034(XXVII))>. Acesso: 15 jun. 2018.

NECHAEV, Sergey. Catechism of The Revolucionist (1869). *In*: LAQUEUR, Walter. **Voices of Terror: Manifestos, writings, and manuals of Al Qaeda, Hamas, and other terrorists from around the world and throughout the ages.** Illinois: Reed Press, 2004.

NEUMANN, Ulfried. Direito penal do inimigo. Tradução Antonio Martins. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 156-177, nov. 2007. p. 156.

NOZICK, Robert. **Anarchy, state and utopia.** New Jersey: Blackwell, Oxford UK & Cambridge, 1974.

NUNES, Paulo Henrique Faria *et al.* Lei Antiterrorismo no Brasil: Análise do Quadro Normativo e Institucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 132, p. 61-83, jun. 2017.

O DIREITO Internacional Humanitário e outros regimes jurídicos. **Comitê Internacional da Cruz Vermelha**, 29 out. 2010. Disponível em: <<https://www.icrc.org/por/war-and-law/ihl-other-legal-regimes/overview-other-legal-regimes.htm>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

ÖBERG, Marko Divac. The legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ. **The European Journal of International Law**, v. 16, n. 5, p. 879-906, 2005. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/16/5/329.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2018.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **A-66: Convencion Interamericana contra el Terrorismo.** Bridgetown, Barbados, 6 mar. 2002. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-66.html>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SOCORRO, Tatiana de Carvalho. O terror e seus efeitos contra os direitos humanos: estudo interdisciplinar. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, p. 93-111, jan./mar. 2015.

PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. Tradução de Eduardo Saad-Diniz. São Paulo, LiberArs, 2012.

PEREZ MACHIO, Ana I. La detención Incomunicada en los supuestos de terrorismo: una medida lesiva de derechos humanos? *In*: LA CUESTA, José Luis de; MUÑAGORRI, Ignacio. **Aplicación de la normativa antiterrorista**. Madrid: IVAC/KREI, Donostia, 2009. Disponível em: <<https://www.ehu.es/documents/1736829/2067438/08+-+Detencion+incomunicada.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

PEREZ PINZON, Alvaro Orlando. El funcionalismo em la sociologia actual. *In*: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **Libro homenaje al professor Günther Jakobs: el funcionalismo em derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

POLAINO-ORTS, Miguel. **El derecho penal del enemigo ante el estado de derecho**. México-DF: Flores editor y distribuidor, 2013.

_____. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: Editora Liber Ars, 2014.

_____. **Lo verdadero y lo falso em el derecho penal del enemigo**. Arequipa, Peru: Editora y Libreria Juridica Grijley, 2009.

_____. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de um concepto. *In*: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). **Libro homenaje al professor Günther Jakobs: el funcionalismo em derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas online**. Edição baseada na obra de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1153.htm>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

PRIMERAS victimas. *In*: APARICIO, Sonia (Coord.). **La dictadura del terror**. Barcelona: El Mundo, 2009. Disponível em: <http://www.elmundo.es/eta/historia/primeras_victimias.html>. Acesso em: 19 jul. 2018.

RAPOPORT, David C. The four waves of modern terrorism. *In*: CRONIN, Audrey Kurth; LUDES, James M. (Eds.). **Attacking terrorism: Elements of a grand strategy**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. p. 46-73. Disponível em: <<http://international.ucla.edu/media/files/Rapoport-Four-Waves-of-Modern-Terrorism.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

REMIRO BROTONS, Antonio. Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden. **Revista Española de Derecho Internacional**, v. 53, n. 1, p. 125-172, 2001.

RIPOLLES, Jose Luis Diez. El derecho penal simbólico e los efectos de la pena. **Boletim Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, v. 35, n. 103, p. 63-97, ene./abr. 2002.

RISORGIMENTO. *In*: ENCYCLOPAEDI Britannica, 2018. Disponível em: <<https://www.britannica.com/event/Risorgimento>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

ROBESPIERRE and Wollstonecraft defend and explain the Terror. *In*: BULLIET, Richard (Org.) *et al.* **The earth and its peoples: A global history: Since 1500**. 6. ed. Stamford: Cengage Learning, 2014.

ROSAND, Eric. Security council resolution 1373, the counter-terrorism committee, and the fight against terrorism. **American Journal of International Law**, v. 97, n. 2, p. 333-341, apr. 2003.

ROSAND, Eric. The security council as global legislator: ultra vires or ultra innovative. **Fordham International Law Journal**, v. 28, n. 3, p. 542-590, feb. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/frdint28&i=568>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução Rolando Roque da Silva. Versão eletrônica, Edição Ridendo Castigat Mores, 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2018.

_____. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Inimigo e pessoa no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2012.

SAN JOSÉ, Alicia Bernardo; PADURA BALLESTEROS, Maria Teresa. La Detención Incomunicada por delitos de terrorismo. *In*: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SANCHEZ, Ricardo Juan. El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español. **Revista Para Analisis Del Derecho**, v. 4, p. 1-29, oct. 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3076456>. Acesso em: 10 jul. 2018.

SANTA RITA TAMÉS, Gilberto. **El delito de organización terrorista: un modelo de derecho penal del enemigo: Analisis Desde la perspectiva de la imputación objetiva**. Barcelona: Bosch Editor, 2015.

SANTOS, Mário Ferreira dos. **Dicionário de filosofia e ciências culturais**. 3. ed. São Paulo: Matese, 1965.

SCANDELARI, Gustavo Britta *et al.* Art. 1º da Lei Antiterror. *In*: BUSATO, Paulo César (Org.). **Lei antiterror anotada: Lei 13.260 de 16 de março de 2016**. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

SCHMID, Alex P.; JONGMAN, Albert J. **Political terrorism: A research guide to concepts, theories, data bases and literature**. Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1983.

_____; _____. **Political terrorism**. New York: Routledge, 2017.

SERGEY Gennadiyevich Nechayev: Russian revolutionary. *In*: **Enciclopedia Britannica**, 2018. Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/Sergey-Gennadiyevich-Nechayev>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

SHECAIRA, Sergio Salomão. Tolerância zero. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 165-176, out. 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2. ed. ampl. e atual. Montevideo: Editorial B de F, 2012.

_____. **La expansión del derecho penal**: Aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011.

SPAIN. **Profiles on Counter-Terrorist capacity**. Barcelona: Council of Europe, 2013.

Disponível em:

<<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168064102c>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

STACEY, Aisha. A Caaba: a casa sagrada de Deus. **IslamReligion**, 18 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.islamreligion.com/pt/articles/3282/caaba-casa-sagrada-de-deus/>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

STROMSETH, Jane E. Imperial security council — implementing security council resolutions 1373 and 1390. **American Society of International Law Proceedings**, n. 97, p. 41-54, 2003. Disponível em:

<<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2688&context=facpub>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

TANGERINO, Davi de Paiva da Costa. Aspectos penais do terrorismo na Alemanha: uma breve introdução. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos (Coord.). **Terrorismo e justiça penal**: reflexões sobre a eficiência e o garantismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TAPIA, Jaime Leiva. **La pena de galeras en España**. 2014. Disponível em:

<<https://prisionenpositivo.files.wordpress.com/2014/12/la-pena-de-galeras-en-espac3b1a-i-hombres.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2018.

THE UN's failed response to terrorism. **Criminal Law Quarterly**, v. 58, n. 1, p. 1-3, dec. 2011. Disponível em:

<<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/clwqrty58&div=3&id=&page=>>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

TIMOTHY McVeigh: american militant. *In*: ENCYCLOPAEDIA Britannica, 2018.

Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/Timothy-McVeigh>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

TOWNSHEND, Charles. **Terrorism**: A very short introduction. New York: Oxford University Press, 2011.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. **Promotion and protection of human rights**: Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin. 28 dec. 2015. Disponível em: <<https://undocs.org/E/CN.4/2006/98>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

_____. General Assembly. **Resolution 49/185**. Human rights and terrorism. 6 march 1995.

Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/49/185>. Acesso em: 05 jul. 2018.

_____. **Resolution 1.624 (2005)**. Adopted by the security council at its 5.261st meeting, on 14 september 2005. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1624\(2005\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1624(2005))>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. **Resolution 49/60**. Measures to eliminate international terrorism. 17 February 1995. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/49/60>. Acesso em: 11 jul. 2018.

_____. **Resolution 50/53**. Measures to eliminate international terrorism. 29 January 1996. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/50/53>. Acesso em: 11 jul. 2018.

_____. **Resolution 51/210**. Measures to eliminate international terrorism. 16 January 1997. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/51/210>. Acesso em: 11 jul. 2018.

_____. **Resolution 52/165**. Measures to eliminate international terrorism. 19 January 1998. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/52/165>. Acesso em: 11 jul. 2018.

_____. **Resolution 53/108**. Measures to eliminate international terrorism. 26 January 1999. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/53/108>. Acesso em: 11 jul. 2018.

UNITED STATES. **Constitution of the United States**. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1>. Acesso em: 17 jul. 2018.

_____. **The national security strategy**. Washington, DC, 2002. Disponível em: <<http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

_____. **US Code 2011**. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title18/pdf/USCODE-2011-title18.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

USS cole bombing fast facts. **CNN Libray**, 20 set. 2017. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2013/09/18/world/meast/uss-cole-bombing-fast-facts/index.html>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

VAZQUEZ GOMEZ, Rebeca. An approach to islamic law and its regulation of the veil. **Ius Canonicum**, v. 47, n. 94, p. 591-616, July/Dec. 2007.

WEIGEND, Thomas. The universal terrorist: the international community grappling with a definition. **Journal of International Criminal Justice**, v. 4, n. 5, p. 912-932, nov. 2006. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj/article/4/5/912/835010>>. Acesso em: 22 apr. 2018.

WEISS, Kenneth R.; LANDSBERG, Mitchell. Gunman kills two at Lax: FBI identifies shooter as egyptian-born resident of Irvine. **Los Angeles Times**, 05 july 2002. Disponível em: <<http://articles.latimes.com/2002/jul/05/local/me-laxshoot5>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

WELSH, Rebecca. Understood but undefined: why do Argentina and Brazil resist criminalising terrorism. **Vienna Online Journal on International Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 327-348, 2013. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/vioincl7&i=329>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

WORLD: Americas violence and the pro-life campaign. **BBC News**, 25 out. 1998. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/200848.stm>>. Acesso em: 05 maio 2018.

WORTHEN, Meredith. The Unabomber: 20 years later. **Biography**, 18 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.biography.com/news/unabomber-ted-kaczynski-today>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

XAVIER, Ana Isabel *et al.* **A Organização das Nações Unidas**. Coimbra: Humana Global, 2007.

YIGAL Amirs family expresses no regret over rabin murder. **The Times of Israel**, 24 out. 2014. Disponível em: <<https://www.timesofisrael.com/yigal-amirs-family-expresses-no-regret-over-rabin-murder/>>. Acesso em: 5 maio 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 3. ed. Tradução Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011.