

A INCLUSÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO PARA EXCLUIR POSSÍVEIS TERRORISTAS EM *TERRAE BRASILIS*

THE INCLUSION OF THE ENEMY CRIMINAL LAW THEORY TO EXCLUDE POSSIBLE TERRORISTS IN *TERRAE BRASILIS*

Jones Mariel Kehl*

Resumo: Da análise da problemática do combate ao terrorista, observa-se, a partir da expansão pela qual o Direito Penal vem passando, uma clara mudança na política criminal para atender aos novos anseios sociais. Nesse prisma, identifica-se um nítido Direito Penal de exceção: o Direito Penal do inimigo. Com ele, pretende-se resolver questões fulcrais da contemporaneidade, como o caso do terrorismo. Para tanto, prevê-se a aplicação de medidas inocuidadoras, em nítido caráter excludente. Nesse cenário, encontra-se o Projeto de Lei do Senado n. 728, de 2011, cuja leitura açodada pode ensejar a classificação de manifestantes como terroristas (inimigos), o que não se coaduna com o Estado de Direito, devendo, pois, ser rechaçado. Por se tratar de trabalho teórico, preferiu-se dividir a metodologia em dois aspectos: método de abordagem e método de procedimento. No que diz respeito ao método de abordagem, utiliza-se o fenomenológico, que consiste na revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem. No que toca aos métodos de procedimento, vale-se do método monográfico, a partir de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Expansão do Direito Penal. Direito Penal do inimigo. Terrorismo. Legislação antiterrorismo. Projeto de Lei do Senado n. 728.

Abstract: From the analysis of the problem of combating terrorism, there is a clear shift in criminal policy to meet changing social expectations from the expansion in which the criminal law has undergone. In this perspective, we identify a clear exception Criminal Law: Criminal Law of the enemy. With it, it is intended to solve key contemporary issues, such as terrorism. Therefore, it has become the application of neutralizing measures, in sharp exclusionary character. In this scenario, there is the Senate Bill no. 728, 2011, whose hasty reading can allow classification of protesters as terrorist (enemies), which is inconsistent with the Rule of Law and should be rejected. To be a theoretical work, we preferred to divide the methodology in two respects: method of approach and method of procedure. With regard to the method of approach, we use the phenomenological, which constitutes a critical review of the central themes transmitted by the philosophical tradition through language. Regarding the method of procedure, we use the monographic method from literature and documents.

Keywords: Expansion of Criminal Law. Criminal Law of the enemy. Terrorism. Antiterrorism legislation. Senate Bill no. 728.

* Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista de Mestrado CAPES/Prosup. Membro do Grupo de Pesquisa “Sistemas Punitivos” (CNPq). Integrante do Projeto de Pesquisa “Um discurso sobre o Direito Penal de exceção: a luta contra o terrorista” (UNISINOS), coordenado pelo Prof. Dr. André Luís Callegari. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Foi Bolsista de Iniciação Científica PIBIC/CNPq. Advogado. E-mail: jones@kehl.adv.br.

1 INTRODUÇÃO

De se notar que o controle penal tem sido chamado a desempenhar um papel central na contemporaneidade, com o que se percebe uma tendência expansionista do Direito Penal, que deixa de ser tratado como *ultima* para ser realocado no cenário jurídico como *prima ratio*. A partir desse quadro, a pena assume contornos intimidatórios e neutralizantes: o controle não se dirige a indivíduos concretos, mas senão que se projeta sobre grupos sociais (inimigos).

Nesse sentido, as reflexões aqui delineadas pretendem analisar o cenário expansivo do Direito Penal nessa quadra da História. A partir disso, objetiva-se demonstrar que a Teoria do Direito Penal do inimigo insere-se nesse contexto de alargamento dos meios punitivos. Em efeito, o processo legislante a respeito do crime de terrorismo no Brasil também merece análise, inserindo-o no contexto expansionista do Direito Penal, mormente no que diz respeito ao Projeto de Lei do Senado n. 728, de 2011, chamado de “AI-5 da Copa”. Tal projeto, dentre tantos outros, assumiu destaque no noticiário recente, tendo em vista a morte do cinegrafista da rede Bandeirantes Santiago Ilídio Andrade, que morreu no dia 10 de fevereiro (2014), após ser atingido na cabeça por um artefato explosivo, quando registrava imagens de uma manifestação no Rio de Janeiro.

Importante referir que a atualidade do tema é uma de suas justificativas, porque, em que pese ataques terroristas não sejam algo absolutamente novo na história da humanidade, o modo pelo qual o combate ao terrorismo vem ocorrendo mostra-se, hodiernamente, bastante diferenciado, ensejando reflexão sobre a aplicação do dito Direito Penal de exceção. Há de se referir, ainda, a relevância do tema, tendo em vista a necessária adequação do meio de enfrentamento do terrorismo, coadunando-se as garantias individuais frente à segurança coletiva. Assim, há uma importância fulcral na reflexão acadêmica sobre o assunto, eis que preciso erigir e consolidar meios adequados e condizentes com o Estado de Direito para a solução dessa questão. Ademais, ao se analisar a problemática do combate do terrorista, considerando-o, hoje, como um dos mais graves inimigos, parece que se está analisando todo o contexto de aplicação do próprio Direito Penal.

Por fim, fundamental (re)pensar a política criminal, aqui entendida como disciplina que oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para o controle do crime, na sociedade atual, com o intuito último de se adequar meios eficientes e eficazes de combate aos graves delitos, mas sem descurar os direitos individuais e coletivos, conquistados a duras penas e com muita luta.

2 O DIREITO PENAL EXCEPCIONAL: O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Não há de se olvidar que a sociedade tem evoluído ao longo do tempo, o que fez com que os crimes, na mesma medida, evoluíssem. Nesse contexto de complexificação social, o Direito Penal tem sido chamado a desempenhar papel fundamental, convertendo-o em *prima ratio*, permitindo um expansionismo dos mecanismos de controle social sem que, muitas vezes, lhe empreste eficiência, por se tratar de mero simbolismo¹, pois toma a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social.

Nessa quadra, vivencia-se uma nova realidade, a qual pode ser atribuída sobretudo à globalização e à modernização tecnológica. Nesse cenário, verifica-se o surgimento de uma nova criminalidade que atua de forma global e que faz uso dos meios tecnológicos disponíveis, tendo como exemplo privilegiado o terrorismo.

2.1 A expansão do Direito Penal: aspectos político-criminais

Parece haver consenso sobre a existência da expansão dos mecanismos de controle social para, senão neutralizar, ao menos diminuir o avanço criminoso. Nessa linha de intelecção, Jesús-María Silva Sanchez assevera que

[...] não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a ‘reinterpretação’ das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal.²

Nesse contexto, parte-se para uma banalização do Direito Penal, à proporção que se passa a punir estágios prévios do delito (atos preparatórios), antecipando-se a tutela penal; tipificando-se, da mesma forma, bens jurídicos de difícil concreção. Com efeito, observa-se a proliferação de tipos penais abstratos, a incriminação de diversas atividades e

¹ Sobre a duplicidade do conceito de *direito penal simbólico*, DONINI, Massimo (*El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: Ara Editores, 2010. p. 94), aduz que “durante mucho tiempo, la expresión ‘Derecho penal simbólico’ había sido utilizada em términos negativos, como sinónimo de Derecho penal inútil, puramente declamatorio, como expresión de leyes-manifiesto, dedicadas al consenso político-electoral, privadas de eficacia o destinadas a no ser aplicadas. Actualmente, me parece que se puede registrar una actitud más prudente y realista: aunque se mantenga la existencia de un fenómeno patológico de leyes penales inútiles, que nacen como puro instrumento de una política del consenso desinformado respecto a la masa de ciudadanos, se admitiría también que el Derecho penal desde siempre, ha desarrollado un importante papel simbólico que no tiene ninguna otra rama del ordenamiento jurídico. Un papel de estigmatización de los comportamientos ilícitos y de estabilización de los valores públicos, comprensivos de la moralidad pública”.

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

comportamentos da vida social, um aumento desarrazoado das penas, a relativização de princípios e garantias, com a utilização de conceitos vagos e indeterminados³.

Sobre as causas do expansionismo do Direito Penal, mister observar o aspecto subjetivo do atual modelo de configuração social, isto é, a sensação social de insegurança. Parece ser possível melhor definir a atual sociedade como sociedade do medo, tendo em vista a sensação geral de insegurança que se vivencia hodiernamente. Como causa de fundo para esse fenômeno, sobressai, por um lado, o fato de que as pessoas não encontram uma autêntica informação, haja vista a avalanche de dados disponíveis⁴; por outro lado, tendo em vista que a “sociedade da informação” proporciona a aproximação dos riscos distantes e a dramatização das notícias catastróficas, há o incremento da sensação de insegurança na aldeia global.

Nessa senda, a sensação de insegurança parece ser algo inevitável, reforçada sobremaneira pelo terrorismo, como ocorrido com o atentado de 11 de setembro, transmitido ao vivo em todo o planeta, que espalhou o terror e o medo por várias partes do mundo, até mesmo em países com realidades dispares e distantes dos Estados Unidos⁵.

Em decorrência disso, há um apelo para o endurecimento das leis, notadamente as penais, a fim de minimizar essa sensação de insegurança, buscando uma orientação normativa segura, em detrimento da frágil orientação cognitiva explorada pela *mass media*.

Outrossim, o descrédito de outras instâncias de proteção é mais um fator para o incremento do rigor atribuído ao Direito Penal. Particularmente, refere-se à ética social, cuja falta de moral da sociedade força o Direito a determinar o que é bem e o que é mal, outorgando-lhe uma carga por demais excessiva; ao Direito Civil, em especial a responsabilidade civil, que acaba por acarretar uma menor diligência por parte do agente, pois o montante de eventual indenização já está garantido, tendo em vista o modelo de seguros; e, por fim, ao Direito Administrativo, haja vista a desconfiança que recai sobre as Administrações Públicas, notadamente por conta da corrupção institucionalizada e da burocratização exacerbada. Esse descrédito faz com que a intervenção penal tome tais espaços, acarretando seu alargamento no âmbito de incidência.

Ainda como causa da expansão que merece destaque, tem-se os novos gestores da moral, como ecologistas, feministas, pacifistas ou, em geral, as organizações não

³ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 9.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33-34.

⁵ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 52.

governamentais (ONGs), que “encabeçam a tendência de uma progressiva ampliação do Direito Penal no sentido de uma crescente proteção de seus respectivos interesses”⁶, tendo em vista que passam a se ver como vítimas em potencial, clamam por mais Direito Penal contra as classes poderosas, e o legislador, atento a tal anseio popular, acaba por descarregar no Direito Penal dito clamor de tais setores.

Destarte, enquanto consequência desse panorama, para além da antecipação da intervenção punitiva (ao estágio prévio à efetiva lesão de bens jurídicos), percebe-se a flexibilização de garantias materiais e processuais, desrespeitando-se o princípio da legalidade penal, a redução das formalidades processuais, a violação ao princípio da taxatividade na elaboração dos tipos penais, a violação ao princípio da culpabilidade. Em boa parte dos modernos tipos penais, vislumbra-se a proteção de novos bens jurídicos de caráter universal ou coletivo, que necessitam ser formulados de modo vago e impreciso⁷.

Outra consequência é a necessidade de um olhar para o futuro: se no Direito Penal dito clássico a reação vinha *a posteriori*, em face de uma lesão individual; no moderno, a reação é *a priori*. Nesse panorama, travam-se verdadeiras guerras preventivas para combater tais riscos, como aponta Ana Isabel Pérez Cepeda:

[...] parece que hoy la preocupación social no es tanto cómo obtener lo que se desea, sino cómo prevenir de daños lo que se tiene. Esto desemboca en una intervención penal desproporcionada, en la que resulta prioritaria únicamente la obtención del fin perseguido, la evitación del riesgo en el ‘ámbito previo’ a la lesión o puesta en peligro, adelantando la intervención penal, o general, suprimiendo garantías en busca de la presunta eficacia.⁸

Com efeito, forja-se um verdadeiro Direito Penal preventivo, pois, para adiantar a intervenção punitiva, são utilizadas estruturas típicas de mera atividade, ligadas aos delitos de perigo abstrato, em detrimento de estruturas que exigem um resultado material lesivo (perigo concreto).

Por fim, a partir desse alargamento das estruturas repressivas, cabe mencionar o Direito Penal simbólico. Criticamente, significa que agentes políticos apenas perseguem o

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 63.

⁷ GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 93.

⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007. p. 321.

objetivo de dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido⁹. O mero ato de promulgação de leis (com efeitos simbólicos) propicia uma sensação de segurança e vai ao encontro dos clamores sociais, além de trazer consigo benefícios eleitorais.

2.2 O Direito Penal do inumano: ou a Terceira Velocidade do Direito Penal

Incontestemente é o fato de que a noção em torno do Direito Penal do inimigo assumiu um vivo debate na ciência do Direito Penal há alguns anos. Tal discussão foi desencadeada pela apresentação de um conceito teórico construído por Günter Jakobs, a partir de 1985¹⁰.

Nessa linha, o Direito Penal do inimigo insere-se num contexto de mudança da prática político-criminal. Trata-se de uma mudança estrutural de orientação, especialmente visível a partir da (re)introdução dessa teoria após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001. A partir desse evento, o Ocidente retomou a tarefa de identificar os terroristas de modo preventivo. Nesse andar, o atentado terrorista de 2001 tornou-se suficientemente aterrador para individualizar o inimigo, em que pese a ideia de terrorismo desde uma perspectiva internacional careça de definição¹¹.

Com efeito, partindo-se da configuração dualista do sistema do Direito Penal, com regras de imputação e princípios de garantia de dois níveis, assim entendido porque o Direito Penal contém dois blocos de ilícitos: primeiramente, o dos cominados com penas de prisão; o segundo, vinculado a outro gênero de sanções. A relação se dá no sentido de que quanto mais distante do núcleo criminal, as penas devem ser mais próximas das sanções administrativas (privativas de direitos, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas), com a flexibilização dos critérios de imputação e as garantias político-criminais.

⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. De novo: “direito penal” do inimigo? In: JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 79.

¹⁰ Segundo CANCIO MELIÁ, Manuel (*Estudios de derecho penal*. Peru: Grández Gráficos, 2010. p. 232), “quien introdujo – en dos fases, en 1985 y 1999/2000 – el concepto en la discusión más reciente: JAKOBS, en: Consejo General del Poder Judicial/Xunta de Galicia (ed.), *Estudios de Derecho judicial* No. 20, 1999, pp. 137 y ss. (= *La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente*, 2000) [...]; el concepto fue desarrollado por primera vez por Jakobs en su escrito publicado en *ZStW* 97 (1985), pp. 753 y ss. (= *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pp. 293 y ss.)”. Em mesmo sentido, GRACIA MARTÍN, Luis (*O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 75), para quem a ideia de Direito Penal do inimigo foi introduzida por Günter Jakobs, “especificamente no seu artigo sobre a questão da criminalização de condutas no âmbito prévio, publicado na *ZStW* 97 (1985), p. 756 s., 783 s”.

¹¹ Refere ZAFFARONI, Eugenio Raúl (*O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 65-66), que “a partir do fato concreto e certo da morte em massa e indiscriminada, constrói-se a nebulosa idéia de terrorismo, que não alcança definição internacional e, por conseguinte, abarca condutas de gravidade muito diferentes, porém justifica medidas repressivas que permitem retomar a velha estrutura inquisitorial e alimentá-la com novos dados, correspondentes à violência criminal desencadeada a partir da intervenção nos países árabes”.

Neste contexto, o Direito Penal de primeira velocidade seria aquele que compreende os denominados delitos clássicos (furto, estelionato, homicídio etc.), que estão sujeitos às penas privativas de liberdade, respeitados todos os requisitos de imputação e garantias processuais que decorrem do Estado Democrático de Direito¹².

Por outro lado, o Direito Penal de segunda velocidade compreenderia os delitos que foram introduzidos durante o processo de modernização, que respondem ao aparecimento de novos riscos à sociedade globalizada (delitos ambientais), e que não seriam sancionados com penas privativas de liberdade, mas com sanções de restrições de atividades, multas ou inabilitação, motivo pelo qual se permitiria uma flexibilização nas regras de imputação e garantias.

Por fim, ainda haveria uma terceira velocidade do Direito Penal, destinado a determinados delitos graves (criminalidade organizada, terrorismo etc.), com a relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e supressão de garantias processuais e de execução penal, sendo uma espécie de Direito de guerra, em que se insere o denominado Direito Penal do inimigo.

No que toca a esse último, para Günter Jakobs, existe uma dupla diferenciação entre os indivíduos: há os inimigos e os cidadãos. Por esse motivo, ocorre uma dupla diferenciação do Direito Penal: há o Direito Penal do inimigo e o Direito Penal do cidadão¹³.

Ao contrário do cidadão, os inimigos são indivíduos cujas atividades refletem seu distanciamento duradouro¹⁴ – e não incidental – em relação ao Direito, por isso não garantem a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal, demonstrando esse déficit por meio de sua atitude¹⁵.

Para o Direito Penal do cidadão, a finalidade da pena é a manutenção da vigência da norma; ao passo que, para o Direito Penal do inimigo, a pena tem a função de inocuidade, de eliminação de perigo. Para o primeiro, a pena é uma contradição; para o segundo, o mais importante será o asseguramento frente ao autor, através de uma custódia de segurança, isto é,

¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 145.

¹³ JAKOBS, Günter. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21.

¹⁴ Para SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (*A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 149-150), “a transição do ‘cidadão’ ao ‘inimigo’ iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas. E nessa transição, mais além do significado de cada fato delitivo concreto, se manifestaria uma dimensão fática de periculosidade, a qual teria que ser enfrentada de um modo prontamente eficaz”.

¹⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 82.

mediante uma pena privativa de liberdade extensa. Nesse aspecto, o Direito Penal do inimigo pode ser tido como o meio pelo qual se exclui o inimigo, cuja pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não a fatos cometidos.

Destarte, pode-se dizer que uma primeira característica do Direito Penal do inimigo reside na antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, com a criação de tipos de mera conduta e de perigo abstrato, cujo fundamento é o fato de que o inimigo abandona permanentemente o Direito, passando a ameaçar de modo também permanente os princípios básicos da sociedade (falta de segurança cognitiva). Outra característica é a desproporcionalidade das penas, que são excessivamente altas. Ainda, cabe mencionar determinadas normativas penitenciárias e de detenção, que limitam os benefícios e as garantias dos presos¹⁶.

Em efeito, inimigo é aquele que se afasta de modo permanente do Direito, o qual não oferece garantias cognitivas de fidelidade à norma. Nesse diapasão, pode-se dizer que os criminosos econômicos, os delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e, sobretudo, os terroristas, constituem-se em potenciais inimigos. Sobre esse último, Günter Jakobs distingue a consequência dessa periculosidade do terrorista da do delinquente normal ao asseverar que,

[...] no caso do terrorista, é diferente da que ocorre em relação a um delinquente cuja periculosidade ulterior não mostre um grau similar de evidência. No caso normal do delito, a pena é uma espécie de compensação que é executada necessariamente à custa da pessoa do delinquente: a pena é contradição – isso é evidente – é infligir dor, e esta dor é medida de tal modo que o apoio cognitivo da norma infringida não sofra pelo fato cometido.¹⁷

A justificativa para esse tratamento, além de tudo o mais, Günter Jakobs¹⁸ constrói ao dizer que “é preciso privar o terrorista precisamente daquele direito do qual seus planos abusam, quer dizer, especificamente, o direito à liberdade de conduta”, ou seja, mister identificar o terrorista antes que este cometa algum atentado, para que – aplicando-lhe uma custódia de segurança – se consiga privá-lo de sua liberdade.

¹⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 87-91.

¹⁷ JAKOBS, Günter. Terroristas como pessoas de direito? In: JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59.

¹⁸ JAKOBS, Günter. Terroristas como pessoas de direito? In: JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 64.

2.3 A pessoa do inimigo: o terrorista

Uma vez traçado um panorama acerca do Direito Penal do inimigo, mister analisar a concepção de pessoa para Günter Jakobs. Para isso, preciso relembrar que a teoria do Direito Penal do inimigo é pautada pela Teoria dos Sistemas Sociais desenvolvida por Niklas Luhmann, que tem por base a comunicação, para a qual a pessoa existe em função de sua relação social.

Para Günter Jakobs, o Estado não pode – e não deve – tratar como pessoa quem não oferece segurança cognitiva suficiente de comportamento pessoal, tendo em vista que isso vulneraria o direito à segurança dos demais. Nessa linha de pensamento, pode-se afirmar que o conceito de pessoa diz respeito ao modo pelo qual este se vincula ao sistema social. Trata-se, pois, de reconhecer que só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real¹⁹, ou seja, sem este mínimo cognitivo, a sociedade não funciona, porque a pessoa também necessita de um “cimento cognitivo”.

Nesse passo, pode-se verificar uma efetiva diferenciação entre indivíduos e pessoas: o indivíduo pertence à ordem natural, é o ser sensorial tal como surge no mundo da experiência – o *homo phenomenon* em termos kantianos²⁰; pessoa não é algo dado pela natureza, mas uma construção social que pode ser atribuída – ou não – aos indivíduos. Nessa linha, “pessoa é o destino de expectativas normativas correspondentes a papéis, porque ser pessoa significa ter que representar um papel”²¹.

E nesse ponto surge a duplicidade do Direito Penal: se essa garantia (de ser pessoa) é negada ou inexistente, o Direito Penal converte-se de uma reação social ante o crime de um de seus membros (cuja finalidade é manter a vigência da norma) para uma reação contra um adversário, um não membro (cuja finalidade é a eliminação): quando o indivíduo não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania, ele não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. A exclusão do terrorista é auto-exclusão, uma vez que converteu-se a si próprio em terrorista, devendo, por isso, ser heteroadministrado.

¹⁹ JAKOBS, Günter. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 43.

²⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 135.

²¹ GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 136.

Assim, faz-se necessário despir o inimigo-terrorista do caráter de pessoa com a finalidade de lhe coagir. E a coação, *in casu*, dá-se por meio de uma custódia de segurança (extensa). Nesses termos, considera-se o terrorista uma fonte de perigo a tratar-se cognitivamente, coercitivamente, mas esse Direito Penal dirigido contra terroristas tem mais o comprometimento de garantir a segurança do que o de manter a vigência do ordenamento jurídico.

Em efeito, Günter Jakobs²² assevera que a punição do terrorista não se encaixa em um Estado de Direito perfeito. Pertence a um direito de exceção. Sem embargo, para ele, o problema não reside nisso, tendo em vista que a exceção parece ser inevitável, bem como o Estado não pode renunciar sua função de regulamentar tal situação. O problema, então, reside no fato da indistinção clara entre aquilo que está dirigido somente ao terrorista (ou outro inimigo) e aquele que também se dirige ao cidadão. Sem isso, o Direito Penal do inimigo contamina o Direito Penal do cidadão, e justamente quando as medidas excepcionais são aplicadas de forma disfarçadas ao Direito Penal do cidadão é que há um ataque ao Estado.

Sem embargo, Eugenio Raúl Zaffaroni²³ esclarece que o perigo da excepcionalidade reside no fato de que se diz que o *hostis* dos dias de hoje é submetido à contenção como indivíduo perigoso apenas na estrita medida da necessidade, privando o inimigo do estritamente necessário para neutralizar seu perigo, deixando, porém, aberta a porta para seu retorno ou incorporação. Ocorre que essa estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que não tem limites, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder.

3 O ENFRENTAMENTO DO TERRORISMO EM TERRAE BRASILIIS: A GUERRA AO TERRORISMO

Desde o começo da *War on Terror*, em 2001, o tema do terrorismo, disparado pelos ataques terroristas de 11 de setembro, nos Estados Unidos, voltou ao centro do debate, seja ele político ou acadêmico. Mesmo assim, não obstante as discussões, o consenso a respeito de como enfrentar a problemática está longe de ser atingido, embora efetivamente se trave uma verdadeira guerra contra o terrorismo²⁴.

²² JAKOBS, Günter. Terroristas como pessoas de direito? In: JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 24.

²⁴ Segundo BAUMAN, Zygmunt (*Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 140. *Tempos líquidos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar,

3.1 O fenômeno do terrorismo: aportes iniciais

Está enganado quem pensa que o fenômeno do terrorismo é algo novo²⁵. Antes disso, trata-se de levar às últimas consequências o arquétipo de luta entre o bem e o mal, que, de novo, nada tem. Com o terrorismo, entretanto, pretende-se promover uma ruptura, uma mudança, uma renovação abrupta, não resultante do gradual progresso. Aqui, o que importa é a explosão da bomba, independente das vítimas, pois o que conta é o ato em si²⁶. O embate ocorre em proporções extremas.

Como dito, o tema do terrorismo não é recente nas agendas domésticas dos Estados, assim como não o é na agenda internacional, embora o contexto atual seja outro. De todo modo, a origem da palavra terrorismo vem, para alguns, da palavra em latim *terrere*, a qual significa “tremor” e, para outros, da palavra *perterrere*, que significa amedrontar²⁷. Consenso parece haver, contudo, que terrorismo derivou da palavra *terror*.

Nesse diapasão, terror pode ser entendido como a qualidade do que é terrível, o estado de pavor, o que aterroriza. Terrorismo, por seu turno, seria o emprego sistemático do terror para fins políticos, dentre outros significados possíveis. Aliás, frise-se que o termo *terrorismo* sempre encontrou dificuldade em ser definido com precisão, em razão da constante evolução de sua noção e compreensão²⁸. Justamente por isso que o terrorismo é geralmente abordado em função de suas consequências, tornando-se um conceito impreciso e aberto.

Em que pese as dificuldades de uma definição que abarque todas as facetas possíveis do fenômeno do terrorismo, pode-se dizer que se trata de um modo de comportamento político

2007. p. 25-26), refere, observando a natureza do terrorismo contemporâneo, a contradição existente na denominação “guerra contra o terror”, pois “as armas modernas, concebidas e desenvolvidas na era das invasões e conquistas territoriais, são singularmente inadequadas para localizar, atacar e destruir alvos extraterritoriais, endemicamente esquivos e eminentemente móveis, esquadrões minúsculos ou apenas homens e mulheres sozinhos deslocando-se velozmente, dotados de armas fáceis de esconder [...]. Dada a natureza das modernas armas à disposição dos militares, as respostas a esses terroristas tendem a parecer canhestras, pesadas e imprecisas, lançando-se sobre uma área muito maior do que a afetada pelo atentado terrorista e causando um número cada vez maior de ‘baixas colaterais’, e portanto também mais terror, ruptura e desestabilização do que os terroristas possivelmente produziram por conta própria – provocando assim um novo salto no volume acumulado de ressentimento, ódio e fúria reprimida, e ampliando ainda mais as fileiras de potenciais recrutas para a causa terrorista”.

²⁵ Conforme CASELLA, Paulo Borba (*Direito internacional, terrorismo e aviação civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 46), “Poderíamos remontar à Antiguidade, para encontrar exemplos de terrorismo desde os Sicários na Jerusalém do primeiro século da Era Cristã, ou avançar mil anos até os séculos XI e XII, para evocar o paralelo com a seita persa dos ‘assassinos’”.

²⁶ Para CASELLA, Paulo Borba (*Direito internacional, terrorismo e aviação civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 18), “a mudança não é buscada por meio de processo lento e difícil de conscientização, mas age na explosão da bomba colocada em um trem, edifício, navio ou avião e destrói vidas inocentes e indiferentes”.

²⁷ PELEGRINO, Carlos Roberto Motta. Terrorismo e cidadania. *Revista CEJ*, Brasília, n. 18, jul./set. 2002. p. 54-56.

²⁸ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Tratamento penal do terrorismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 17.

ilícito, um método de combate consistente no uso sistemático da ameaça ou da própria violência²⁹, que é praticado por um ator racional: a organização terrorista, formada por pequenos grupos, que têm a finalidade de manipular atitudes políticas, com a criação de um estado psicológico de terror generalizado³⁰.

Por oportuno, parece ajudar a classificação do terrorismo quanto à modalidade³¹, podendo ser considerado sob três aspectos: (a) aspecto subjetivo, que se subdivide em (a1) terrorismo de direito comum, (a2) terrorismo social e (a3) terrorismo político; (b) aspecto espacial, que pode ser (b1) terrorismo nacional ou interno ou (b2) terrorismo internacional; (c) quanto à execução, pode ser (c1) terrorismo direto ou (c2) terrorismo indireto.

(a1) O terrorismo de direito comum tem por motivos o direito privado (*i.e.*, atuação de quadrilhas). (a2) O terrorismo social, cuja finalidade é a implementação de uma ideologia, social ou econômica, através do uso da violência. (a3) O terrorismo político tem como elemento intencional é de ordem política, contra o Estado ou suas instituições.

(b1) Por seu turno, no que tange ao âmbito espacial, diz-se terrorismo interno se a preparação, a execução, os objetivos e os efeitos do ato ocorrem em um único país. Neste caso, as dificuldades para o combate do grupo, para o seu desbaratamento, mostram-se menos problemáticas do que no próximo caso. (b2) Por outro lado, quando se considera o terrorismo internacional³², há de se observar a nacionalidade do sujeito ativo (autores do atentado), a nacionalidade do sujeito passivo (as vítimas), também o Estado onde houve a preparação, a

²⁹ Cf. ARENDT, Hannah (*Sobre a violência*. Tradução de André de Macedo Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 72), “o terror não é o mesmo que a violência; ele é, antes, a forma de governo que advém quando a violência, tendo destruído todo o poder, em vez de abdicar, permanece com controle total. Tem sido observado que a eficiência do terror depende quase totalmente do grau de atomização social. Toda forma de oposição organizada deve desaparecer antes que possa ser liberada a plena força do terror”.

³⁰ AVILÉS GÓMEZ, Manuel. *Criminalidad organizada: los movimientos terroristas*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2004. p. 337-339.

³¹ CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional, terrorismo e aviação civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 39.

³² Conforme REINARES, Fernando (Conceptualizando el terrorismo internacional. *Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos*. Madrid, 1 jul. 2005. Disponível em: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/riecano/Imprimir?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/Elcano_es/Zonas_es/ARI%2082-2005>. Acesso em: 04 de jul. 2013), terrorismo internacional não é sinônimo de terrorismo transnacional, uma vez que “terrorismo transnacional sería el que de una u otra manera atraviesa fronteras estatales, básicamente porque quienes lo ejecutan mantienen estructuras organizativas o desarrollan actividades violentas en más de un país, incluyendo por lo común territorios sobre los cuales no tienen jurisdicción alguna las autoridades a que dirigen en última instancia sus demandas. Esto significa que los actos de violencia involucran a más de un país y con frecuencia a individuos de dos o más nacionalidades, tanto por lo que se refiere a los terroristas como a sus víctimas. (...)Terrorismo internacional es, en primer lugar, el que se practica con la deliberada intención de afectar la estructura y distribución del poder en regiones enteras del planeta o incluso a escala misma de la sociedad mundial. En segundo término, aquel cuyos actores individuales y colectivos hayan extendido sus actividades por un significativo número de países. La estrategia a largo plazo del terrorismo internacional es perfectamente compatible con objetivos más acotados en su alcance y menos diferidos en el tiempo. El cambio de régimen o de los alineamientos políticos en un determinado país, incluso perseguir el surgimiento o la desaparición de una entidad estatal, corresponden a los designios de un terrorismo internacional siempre que sean parte de un proyecto político mucho más ambicioso”.

prática e, até mesmo, onde os efeitos do atentado foram sentidos³³. Nesse caso, que é o modelo empregado pelo terrorismo de cunho social, que é aquele praticado em “nome de uma causa”, as dificuldades são ainda maiores para se desbaratar o grupo, mormente por possuir ramificações em vários lugares (e em diversos países).

(c1) O terrorismo direto é aquele cuja execução ataca seu objetivo principal de forma direta. (c2) O terrorismo indireto são os atos secundários para a prática do terrorismo direto, como a preparação da bomba e a confecção de passaportes falsos, por exemplo.

Nessa toada, importante distinguir as formas de terrorismo. Sem embargo, sabe-se que toda classificação tende a ser arbitrária e dificilmente encontrará consenso. De todo modo, utilizando-se do critério de como operam os grupos sociais ou organizações paramilitares que implementam o terror com finalidades precisas, sejam elas sociais, religiosas ou políticas, pode-se subdividir nas seguintes formas: (a) o terrorismo fundado em organização criminosa, (b) o terrorismo de Estado, (c) o terrorismo político-revolucionário e (d) o terrorismo ideológico-religioso³⁴.

(a) Inicialmente, no terrorismo empreendido por organizações criminosas, pode-se citar o Cartel de Medellín, na Colômbia, e algumas organizações italianas, como a Máfia da Sicília, conhecida como Cosa Nostra, a Camorra de Nápoles e a Ndrangheta calabresa. Isso porque tais grupos são bastante organizados, além de contarem com rígida disciplina e hierarquia, estando sempre ligados à prática de graves crimes, como, *i.e.*, lavagem de dinheiro, corrupção, tráfico de drogas e contrabando de armas.

(b) De outra banda, o terrorismo de Estado designa regimes autoritários, totalitários ou ditatoriais, que têm como prática recorrente a violação sistemática de direitos individuais de certos grupos, que, com o fim de manter-se a qualquer custo no poder, dissemina o terror de modo a causar pavor, como ocorreu com o Estado nazista e com o stalinismo.

(c) Por sua vez, o terrorismo político-revolucionário pode ser subdividido em terrorismo revolucionário propriamente dito (Brigadas Vermelhas, na Itália; a Ação Direta francesa; Sendero Luminoso, no Chile) e em terrorismo nacionalista (exército separatista basco, o ETA; o exército republicano irlandês, o IRA; os Chechenos na Rússia). Ainda, as Forças Revolucionárias da Colômbia (FARC), o Exército de Libertação Nacional colombiano (Tupac-Amaru), alguns grupos islâmicos com fins políticos, tais como a Frente Popular para a Libertação da Palestina e o Grupo Islâmico Armado (GIA). Todos estes grupos, em síntese,

³³ CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional, terrorismo e aviação civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 40-41.

³⁴ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Tratamento penal do terrorismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 27-50.

desejam que a atual ordem social ou política ou a própria economia sejam alteradas de acordo com suas próprias convicções.

(d) Os ataques ocorridos nos Estados Unidos, em setembro de 2001, assim como os da Espanha, em março de 2004, são os exemplos mais vivos do terrorismo ideológico-religioso. Reduzir somente à religião parece ser ingenuidade, na medida em que outros fatores fundamentam e explicam a ocorrência de atentados dessa natureza, tais como argumentos econômicos, políticos, culturais, nacionalistas e, até mesmo, revolucionários. Naturalmente que o fator religioso, no caso, tende a prevalecer. Trata-se de fundamentalismo religioso (embora nem todo fundamentalista seja terrorista, assim como nem todo intolerante é fundamentalista).

Insta salientar que as características do terrorismo mudaram. No passado, os atentados eram praticados por um grupo de pessoas pertencentes a uma organização que possuía um comando claro, definida por objetivos políticos, sociais ou econômicos, uma estrutura verticalizada. Desde o final dos anos 90, o fenômeno ocorre a partir de estruturas mais horizontais: há uma variedade de organizações, menos coesas³⁵.

Esse terrorismo fundamentalista tem logrado êxito em suas empreitadas em função de sua organização, que se dá a partir de redes, ou células, na medida em que cada rede define seus locais de acordo com suas funções, operando de modo interdependente. Aliás, nessa sociedade policontextural, os principais processos dominantes são articulados em redes que “ligam lugares diferentes e atribuem a cada um deles um papel e um peso em uma hierarquia de geração de riqueza, processamento de informação e poder, fazendo que isso, em última análise, condicione o destino de cada local”³⁶.

No que concerne às dificuldades de enfrentamento do terrorismo, verifica-se que o desbaratamento do grupo constitui-se em verdadeiro problema. Trata-se de identificar quais são os pontos críticos, a fim de inviabilizar a continuidade da atuação do grupo. A identificação destes pontos fulcrais dependerá de como o grupo atende suas necessidades

³⁵ Para HOFFMAN, Bruce (Terrorism trends and prospects. In: LESSER, Ian O. et al. *Countering: the new terrorism*. Santa Monica/EUA: RAND, 1999. p. 8-9), “In the past, terrorism was practiced by a collection of individuals belonging to an identifiable organization that had a clear command and control apparatus and a defined set of political, social, or economic objectives. (...) Today, the more traditional and familiar types of ethnic/nationalist and separatist as well as ideological group have been joined by a variety of organizations with less-comprehensible nationalist or ideological motivations. These new terrorist organizations embrace far more amorphous religious and millenarian aims and wrap themselves in less-cohesive organizational entities, with a more-diffuse structure and membership”.

³⁶ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 504.

logísticas, de como o grupo obtém recursos financeiros, da organização do grupo e, ainda, do apoio político de que o grupo dispõe³⁷.

Aqui, a pedra de toque diz respeito à organização, porque o modo como o grupo está organizado pode oferecer notas significativas. Em se tratando de terrorismo fundamentalista, via de regra, não se está falando de uma estrutura de comando verticalizada, mas de estruturas mais descentralizadas, verdadeiras "teias", o que dificulta a desarticulação do grupo³⁸.

A dificuldade no combate ao terrorismo é latente, mostrando-se o Direito Penal orientado pela política criminal do Direito Penal do inimigo como uma medida de contra-terrorismo privilegiada, embora problemática.

3.2 O terrorismo na legislação brasileira

A partir de uma análise constitucional, verifica-se a inserção do terrorismo no bojo da Constituição Federal de 1988³⁹. Na primeira parte do inciso VIII do artigo 4º, consta que o Brasil, nas suas relações internacionais, rege-se pelo princípio do repúdio ao terrorismo. Ainda, no artigo 5º, inciso XLIII, ao tratar dos direitos e garantias individuais, há menção de que a lei considerará a prática do terrorismo como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Na legislação infraconstitucional, a Lei n. 8.072/90⁴⁰, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, em atenção ao mandamento constitucional, equipara o crime de terrorismo a crime hediondo. Em verdade, o crime de terrorismo não é definido como crime hediondo (assim como também ocorre com a tortura e com o tráfico de entorpecentes), mas a ele equiparado, cujos efeitos são sentidos no âmbito processual, bem como na execução penal. Em apartada síntese, houve a proibição de fiança, de liberdade provisória, de apelar em liberdade (enquanto regra), progressão de regime, dentre outros dispositivos que lhe

³⁷ DINIZ, Eugênio. Compreendendo o fenômeno do terrorismo. In: BRIGAGÃO, Clóvis; PROENÇA JÚNIOR, Domício. *Paz e terrorismo - textos do seminário "Desafios para a política de segurança internacional: missões de paz da ONU, Europa e Américas"*. São Paulo: Hucitec, 2004. p. 213.

³⁸ Nesse linha de intelecção, BECK, Ulrich (*Sobre el terrorismo y la guerra*. España: Paidós, 2003. p. 28-29) refere que "[...] las redes terroristas son en cierto modo 'ONGs de la violencia'. Operan como organizaciones no gubernamentales, desterritorializadamente, descentralizadamente, es decir, por un lado localmente y, por otro, transnacionalmente. [...] las ONGs terroristas desbancan el monopolio estatal de la violencia, cosa que significa, en primer lugar, que esta clase de terrorismo transnacional no está ligado al terrorismo islámico, sino que puede unirse con todos los objetivos, ideologías y fundamentalismos posibles.

³⁹ 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: 10 out. 2013.

⁴⁰ BRASIL. *Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

impuseram resposta penal mais severa. No entanto, com o advento da Lei n. 11.464/2007⁴¹, a progressão de regime e a concessão da liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados deixaram de ser proibidas. Apesar disso, a lei não tipificou o crime de terrorismo.

Com efeito, no Código Penal⁴², não se verifica a existência do tipo penal do terrorismo – frise-se: não há no ordenamento jurídico nenhum delito com *nomem iuris* “terrorismo”.

Diferentemente, entretanto, ocorre com a legislação extravagante. Na Lei n. 7.170/83⁴³, conhecida como a Lei de Segurança Nacional, há um tipo penal fazendo menção ao terrorismo, *verbis*:

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.

Sem embargo, tal norma encontra-se eivada de inconstitucionalidade⁴⁴, na medida em que viola o princípio da legalidade penal, segundo o qual a lei deve ser prévia ao fato, clara, precisa, geral e abstrata. O tipo penal do art. 20 da Lei n. 7.170/83, ao mencionar “atos de terrorismo” sem, no entanto, indicar em que consistem claramente tais condutas⁴⁵, viola o artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna, segundo o qual “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”⁴⁶.

Outrossim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pode-se considerar que houve a revogação tácita do art. 20 da lei em comento, isso porque a Constituição, ao reafirmar o Estado Democrático de Direito e ao permitir a liberdade de expressão, não pode

⁴¹ BRASIL. *Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007*. Dá nova redação ao art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

⁴² BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

⁴³ BRASIL. *Lei n. 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: 10 out. 2013.

⁴⁴ Em sentido contrário, ver CAPEZ, Fernando (*Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4. p. 660) e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios (*Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 86).

⁴⁵ Ver FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Nova lei de segurança nacional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 5, n. 54, mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_58/panteao/HelenoClaudioFragoso.pdf>. Acesso em: 15 out. 2013.

⁴⁶ 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: 10 out. 2013.

permitir a existência de “organizações políticas clandestinas ou subversivas”. Soma-se a isso, ainda, que, do ponto de vista literal, a Constituição veda, apenas, as associações de caráter paramilitar, conforme artigo 5º, inciso XVIII. Isto quer dizer que não há como se pensar em organização política subversiva ou clandestina, senão de caráter paramilitar.

Outro ponto a ser destacado é o de que, num Estado Democrático de Direito, agir por “inconformismo político” deve ser assegurado. A democracia precisa de manifestações, de questionamentos. Trata-se do exercício democrático. Assim, ao dispor o artigo 20 da Lei da Segurança Nacional tal vedação, atenta contra a principiologia constitucional.

3.3 O Projeto de Lei do Senado n. 728, de 2011: O AI-5 da Copa

Em âmbito legislativo, verifica-se uma proliferação exacerbada de Projetos de Lei oriundos da Câmara dos Deputados⁴⁷ e do Senado Federal⁴⁸ no sentido de tipificar o crime de terrorismo e assegurar-lhe tratamento rigoroso.

Nesse cenário legislante, insta salientar o Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012⁴⁹, que visa reformar o Código Penal. Nele, há tipificação do crime de terrorismo no art. 249. Pela proposta, será considerado crime “causar terror na população” a partir de condutas como sequestrar ou manter alguém em cárcere privado, usar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos ou outros meios capazes de causar danos. Ainda, enquadraram como crime de terrorismo sabotar o funcionamento ou apoderar-se do controle de comunicação ou transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, inclusive instalações militares. Entretanto, segundo o

⁴⁷ Exemplificativamente, algumas das atividades legislativas acerca do tema: PLC 2462, de 1991. “Define os crimes contra o Estado Democrático de Direito e a Humanidade”; PLC 6764, de 2002. “Acrescenta o Título XII, que trata dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, à Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências”; PLC 7.175, de 2002. “Define o crime de terrorismo e modifica a redação do parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que trata dos crimes hediondos”; PLC 149, de 2003. “Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, tipificando o crime de terrorismo e dá outras providências”; PLC 486, de 2007. “Define crime de terrorismo, organização terrorista e dá outras providências”; PLC 7.765, de 2010. “Tipifica o crime de terrorismo”; PLC 1.558, de 2011. “Dispõe sobre as organizações terroristas, os meios de prevenção, investigação, obtenção de prova, o procedimento criminal e dá outras providências”; PLC 3.714, de 2012. “Tipifica o crime de terrorismo”; PLC 5.571, de 2013. “Tipifica o crime de terrorismo e estabelece outras disposições”; PLC 5.773, de 2013. “Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, acrescentando o art. 288 - B, tipificando o crime de terrorismo, e dá outras disposições”.

⁴⁸ Em âmbito do Senado Federal, tem-se os seguintes projetos sobre a temática: PLS 588, de 2011. “Define os crimes de terrorismo e dá outras providências”; PLS 707, de 2011. “Define o crime de terrorismo”; PLS 762, de 2011. “Define crimes de terrorismo”; PLS 236, de 2012. “Reforma do Código Penal Brasileiro”; PLS 499, 2013. “Define crimes de terrorismo e dá outras providências”, além do próprio Projeto de Lei n. 728, de 2011.

⁴⁹ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012*. Reforma do Código Penal. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 17 fev. 2014.

Projeto, resta preservado os movimentos sociais e reivindicatórios, determinando que não haverá crime de terrorismo no caso de conduta de pessoas movidas por propósitos sociais e reivindicatórios, desde que objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade.

Com efeito, o Projeto de Lei do Senado n. 499, de 2013⁵⁰, que tipifica, no art. 2º, o crime de terrorismo como “provocar ou infundir terror ou pânico generalizado mediante ofensa ou tentativa de ofensa à vida, à integridade física ou à saúde ou à privação da liberdade de pessoa” é uma carta em branco. O conceito é vago e impreciso (o que é provocar pânico?), permitindo interpretações equivocadas sobre terrorismo. Assim, permitir-se-ia a condenação de manifestantes como terroristas, com pena de 15 a 30 anos de reclusão e de 24 a 30 anos se do ato resultar morte. Em comparação com o projeto anterior, a definição trazida pelo Código Penal é menos subjetiva, haja vista as indeterminações constantes neste projeto.

Ainda, há o Projeto de Lei do Senado n. 728, de 2011⁵¹. De autoria dos senadores Marcelo Crivella (PRB-RJ), Ana Amélia (PP-RS) e Walter Pinheiro (PT-BA), conhecido pelos movimentos sociais como “AI-5 da Copa”⁵² por proibir greves durante o período dos jogos e incluir o terrorismo no rol de crimes com punições duras e penas altas, sendo definido, em seu art. 4º, como o ato de “provocar ou infundir terror ou pânico generalizado mediante ofensa à integridade física ou privação da liberdade de pessoa, por motivo ideológico, religioso, político ou de preconceito racial, étnico ou xenófobo”, com pena de no mínimo 15 e no máximo 30 anos de reclusão. Aqui, verifica-se o mesmo problema do projeto anterior, na medida em que não há definições exatas sobre os termos “terror”, “pânico generalizado” e “privação da liberdade”, ainda mais por motivo ideológico. Além disso, o projeto assegura velocidade ao julgamento das denúncias criminais referentes a ocorrências relacionadas aos eventos, por meio do “incidente de celeridade processual”.

Em efeito, as manifestações pacíficas pretensamente não estão enquadradas no termo “terrorismo” trazidos pelo projeto. Embora não conste no artigo, na justificção do projeto consta expressamente que

⁵⁰ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n. 499, de 2013*. Define crimes de terrorismo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115549>. Acesso em: 17 fev. 2014.

⁵¹ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n. 728, de 2011*. Define crimes e infrações administrativas com vistas a incrementar a segurança da Copa das Confederações FIFA de 2013 e da Copa do Mundo de Futebol de 2014, além de prever o incidente de celeridade processual e medidas cautelares específicas, bem como disciplinar o direito de greve no período que antecede e durante a realização dos eventos, entre outras providências. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103652>. Acesso em: 13 fev. 2014.

⁵² Em alusão ao Ato Institucional n. 5, baixado em 13 de dezembro de 1968, durante o governo do General Costa e Silva, em pleno regime ditatorial (1964-1958), tendo vigorado até dezembro de 1978, que concedeu poder de exceção aos governantes para punir arbitrariamente os que fossem inimigos do regime (ou assim considerados).

[...] para melhor delineamento da conduta injusta que se objetiva reprimir, restringimos o *modus operandi* dessa atemorização à ofensa à integridade física ou privação de liberdade, com agravação da pena nas hipóteses em que é praticado: a) contra integrante de delegação, árbitro, voluntário ou autoridade pública ou esportiva, nacional ou estrangeira; b) com emprego de explosivo, fogo, arma química, biológica ou radioativa; c) em estádio de futebol no dia da realização de partidas; d) em meio de transporte coletivo; e) ou com a participação de três ou mais pessoas.⁵³

Desta forma, verifica-se que a necessidade de haver ofensa à integridade física ou privação de liberdade excluiria, em princípio, as manifestações pacíficas. Entretanto, os termos vagos e imprecisos, como alhures referido, permitem que manifestações, passeatas ou protestos possam ser classificados como terrorismo. Com isso, identifica-se o terrorista como sendo o manifestante, hostil, que merece ser punido exemplarmente pelo Direito Penal excepcional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumpra constatar que indubitavelmente o Direito Penal sofre um processo de expansão. As causas para o alargamento do poder punitivo são muitas, mas importante perceber que a sensação de insegurança exige respostas (simbólicas) do Estado, o que fomenta dita expansão. Soma-se a isso o descrédito em outras instâncias de proteção (ética, Direito Civil e Direito Administrativo), convertendo o Direito Penal em *prima ratio*. O apelo dos gestores atípicos da moral, por seu turno, clamam pela ampliação do Direito Penal para proteger seus respectivos interesses.

Inserido nesse quadro político-criminal, retoma-se a discussão sobre o Direito Penal do inimigo, que parte da premissa de uma dupla diferenciação entre os indivíduos: há os inimigos (não pessoas) e os cidadãos (pessoas). Por esse motivo, existiria o Direito Penal do inimigo para os primeiros e o Direito Penal do cidadão para os segundos.

Nesse contexto, ao se conceituar terrorista como sendo aquele sujeito (não pessoa) que rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, não oferecendo segurança cognitiva suficiente de comportamento pessoal, legitima-se o uso de medidas excepcionais para efetivamente combatê-lo. Ocorre que esse conceito não encontra limites.

⁵³ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n. 728, de 2011*. Define crimes e infrações administrativas com vistas a incrementar a segurança da Copa das Confederações FIFA de 2013 e da Copa do Mundo de Futebol de 2014, além de prever o incidente de celeridade processual e medidas cautelares específicas, bem como disciplinar o direito de greve no período que antecede e durante a realização dos eventos, entre outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/100792.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2014. p. 25.

A partir da análise do fenômeno do terrorismo, seja pelo aspecto subjetivo (terrorismo de direito comum, terrorismo social e terrorismo político), seja pelo aspecto espacial (terrorismo nacional ou interno e terrorismo internacional), seja quanto à execução (terrorismo direto ou indireto), ou, ainda, quanto às formas (terrorismo fundado em organização criminosa, terrorismo de Estado, o terrorismo político-revolucionário e terrorismo ideológico-religioso), constata-se que as manifestações ocorridas recentemente aqui não se enquadram no conceito de terrorismo. Qualquer aproximação entre o ocorrido com o conceito de terrorismo implica uma interpretação forçosa e distorcida.

O Projeto de Lei do Senado n. 728, de 2011, motivado pela aproximação da Copa do Mundo FIFA de 2014, também conhecido como “AI-5 da Copa”, desponta no cenário legislante como um poderoso instrumento para inibir ou coibir manifestações, protestos e passeatas (legítimas), tendo em vista a possibilidade de se classificar tais atos de terrorismo. Verifica-se, pois, que tal normativa elege os manifestantes como inimigo, etiquetando-os como terroristas, a fim de manter o *status quo*. Parece muito mais uma lei para atender interesses escusos do que uma demanda interna, até porque não se tem notícia acerca da existência de terrorismo no Brasil. As leis criminais existentes são suficientes para punir a prática da violência, não se justificando a forma açodada como o projeto tem sido tratado em âmbito legislativo.

Importante perceber que ao inimigo que cometeu algum fato delituoso, sob a perspectiva do Direito Penal do fato, deverá, tanto quanto necessário, ser excluído – é dizer: aplicada uma pena privativa de liberdade – mediante a observância do devido processo legal. O contrário, entretanto, não é de ser admitido. Não se pode classificar os manifestantes como terroristas (inimigos), sob pena do Estado Democrático de Direito se esboroar.

Não se pretende justificar uma redução radical do poder punitivo, mas constata-se a necessidade de uma racionalização do poder repressivo. Disso decorre que a função do Direito Penal no Estado de Direito é a de reduzir e conter o poder punitivo dentro dos limites menos irracionais, isto é, faz-se necessário conter a expansão do Direito Penal, e isso somente se mostra viável com um Direito Penal normal, não excepcional.

REFERÊNCIAS

ARENDRT, Hannah. *Sobre a violência*. Tradução de André de Macedo Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

AVILÉS GÓMEZ, Manuel. *Criminalidad organizada: los movimientos terroristas*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BECK, Ulrich. *Sobre el terrorismo y la guerra*. España: Paidós, 2003.

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: 10 out. 2013.

BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL. *Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007*. Dá nova redação ao art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL. *Lei n. 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/17170.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL. *Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012*. Reforma do Código Penal. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 17 fev. 2014.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n. 499, de 2013*. Define crimes de terrorismo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115549>. Acesso em: 17 fev. 2014.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n. 728, de 2011*. Define crimes e infrações administrativas com vistas a incrementar a segurança da Copa das Confederações FIFA de 2013 e da Copa do Mundo de Futebol de 2014, além de prever o incidente de celeridade processual e medidas cautelares específicas, bem como disciplinar o direito de greve no período que antecede e durante a realização dos eventos, entre outras providências. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103652>. Acesso em: 13 fev. 2014.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Estudios de derecho penal*. Peru: Grández Gráficos, 2010.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.
- CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional, terrorismo e aviação civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- DINIZ, Eugênio. Compreendendo o fenômeno do terrorismo. In: BRIGAGÃO, Clóvis; PROENÇA JÚNIOR, Domício. *Paz e terrorismo - textos do seminário “Desafios para a política de segurança internacional: missões de paz da ONU, Europa e Américas”*. São Paulo: Hucitec, 2004.p. 197- 222.
- DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: Ara Editores, 2010.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. A nova lei de segurança nacional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 5, n. 54, mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_58/panteao/HelenoClaudioFragoso.pdf>. Acesso em: 15 out. 2013.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. *Tratamento penal do terrorismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- HOFFMAN, Bruce. Terrorism trends and prospects. In: LESSER, Ian O. et at. *Countering: the new terrorism*. Santa Monica/EUA: RAND, 1999. p. 8-9.
- JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2011.
- PELEGRINO, Carlos Roberto Motta. Terrorismo e cidadania. *Revista CEJ*, Brasília, n. 18, jul./set. 2002. p. 54-56.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

REINARES, Fernando. Conceptualizando el terrorismo internacional. Real *Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos*. Madrid, 1 jul. 2005. Disponível em: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/Imprimir?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/Elcano_es/Zonas_es/ARI%2082-2005>. Acesso em: 04 de jul. 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.