

Terrorismo e direito penal do inimigo

Terrorism and criminal law of the enemy

Alexandre Estefani¹

Resumo:

Este artigo discute os resultados de pesquisa bibliográfica que objetivou identificar os traços principais da Teoria do Direito Penal do Inimigo, e das legislações que tratam do Terrorismo no ocidente, especialmente nos Estados Unidos, para identificar se tais movimentos legislativos constituem típicas manifestações de direito penal do inimigo e se são adequados aos postulados normativos de direitos civis e humanos da atualidade. O Direito penal do inimigo, uma teoria surgida na década de 80, advinda do magistério do professor alemão Günther Jakobs, que embasado em teorias contratualistas do estado identifica a necessidade de submeter determinados cidadãos ou não cidadãos a normas mais gravosas que crimes comuns, especialmente aqueles que atentem contra a existência do próprio estado. As legislações de combate ao terrorismo têm buscado cada vez mais restringir direitos e garantias dos suspeitos de cometimentos de atos terroristas, sob o argumento da segurança das populações e dos próprios estados.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo. Terrorismo. Direito penal. Contratualismo. Expansão.

Abstract

This article discusses the results of bibliographic research aimed to identify the main features of the Enemy Criminal Law Theory, "feindstrafrecht, and legislation dealing with terrorism in the West, especially the United States, to identify whether such legislative moves are typical manifestations of enemy criminal law and are suitable to the normative postulates of civil and human rights of our time.

The criminal law of the enemy is a theory that emerged in the 80's, coming from the German teacher Günter Jakobs, who grounded in contractualists theories of the state, identifies the need to submit to certain citizens or non-citizens the most restrictive standards than common criminals especially those that violate the existence of the state. As legislações de combate ao terrorismo têm buscado cada vez mais restringir direitos e garantias dos suspeitos de cometimentos de atos terroristas, sob o argumento da segurança das populações e dos próprios estados

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos, pela Escola Superior do Ministério Público/Univali, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, E-mail: alexandreestefani@yahoo.com.br

Key-words: Criminal law of the enemy. Terrorism. Criminal law. Contractualism. Expansion.

1 O Direito Penal do Inimigo

Sabe-se que um direito penal que se proponha minimamente democrático há que se preocupar em tipificar condutas, não pessoas ou modos de vida. Entretanto, o direito penal, historicamente, também tem sido utilizado como ferramenta de combate a manifestações criminosas, ou ao menos tem sido assim anunciado, muito embora sua contextualização histórica como limitador do poder punitivo estatal.

Dentro, porém, dessa limitação legal, é que surgem teorias aptas a ampliar os mandamentos normativos, de modo a legitimar a atuação estatal contra determinadas condutas ou o que nos interessa, contra determinados grupos de pessoas, fazendo surgir a teoria do alemão Günther Jakobs que, em 1985, anunciou a chamada doutrina do direito penal do inimigo.

Jakobs, com tal enunciado, propôs um direito penal que separasse os seus atores/agentes em cidadãos de pleno direitos e não cidadãos ou *fontes de perigo*, estabelecendo que, a estes últimos, o Estado haveria de estabelecer um procedimento distinto, com menores garantias processuais, com atuação preventiva e com o escopo de eliminá-los, sob o argumento de garantir a existência do próprio Estado. Entre criminosos sexuais e outros, talvez o grande exemplo sempre citado por Jakobs de quem seria o inimigo do Estado, tenha sido, justamente, a figura do terrorista.

A teoria de Jakobs, ainda que bastante criticada, tem expressão no meio acadêmico, seja porque se mostrou, posteriormente, que ela adentrou com força (ainda que não anunciada abertamente) nos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, seja porque sustentada em uma particular visão conceitual de grandes expoentes da sociologia e teoria política, em especial daqueles que expressaram uma ideia contratualista de Estado.

Na teoria política, Jakobs vai fundamentar sua proposta em pensadores como Kant, Hobbes, Rousseau e Fichte, autores que fundamentam o Estado mediante um contrato e sob a compreensão de que o agente criminoso, ao atuar, infringe o aludido pacto, de maneira que, a partir desse momento, já não participa dos benefícios do contrato social². Há, ainda, clara citação de Rousseau, para defender a exclusão dos *malfeitores* do Estado, os quais rompem o contrato social ao cometerem crimes, e, por conseguinte, tornam-se inimigos do Estado.³

É em Hobbes, contudo, que o direito penal do inimigo vai ganhar uma maior força filosófica.⁴ Nas palavras de Jakobs:

[...] Hobbes, em princípio, mantém o delinquente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: 'Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza'. E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos.⁶

É com tal base filosófica⁵ que Jakobs sustenta sua teoria, sob a ótica de que cada cidadão tem papéis a cumprir perante a sociedade, o que ele chama de *rol de competências*. Se toda pessoa agir conforme o que se espera dela, a expectativa que a sociedade tem de seus atos continua sendo respeitada.⁶ Entretanto, se tal pessoa quebra esta expectativa, a de que um cidadão será fiel ao direito, ela estará comunicando à sociedade que despreza o valor da norma; então, o Estado terá de agir e impor-lhe uma pena.

Jakobs estabelece uma expectativa normativa em que reconhece que delitos normalmente ocorrem em uma comunidade ordenada, e que, em regra, não atentam contra o Estado e suas instituições. Logo, para tais agentes criminosos, o

² JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 3 ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 25

³ MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 98

⁴ MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**, p. 101.

⁶ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas, p. 25

⁵ Na sociologia, a teoria é também bastante influenciada pelo pensamento de Niklas Luhman.

⁶ MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. p. 107.

Estado deve ofertar uma gama maior de garantias processuais, porque o objetivo do Estado não é destruí-los, mas apenas atuar para equilibrar o dano causado por eles, através da pena. Há, nesse caso, um esquema de *expectativa normativa* a atuar quando um cidadão, por um momento, afasta-se de seu *rol de competências* e acaba por se desviar de sua fidelidade à sociedade em que vive.

Contudo, quando a expectativa normativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura ou quando comete atos de repercussão social alargada, como o terrorista, torna-se necessário que o Estado atue de maneira distinta, mais gravosa, não tratando o agente como cidadão de plenos direitos, pois a expectativa criada é que o sujeito se afaste cada vez mais da conduta fiel ao direito⁷. Nesse caso, o direito penal do cidadão, aquele que garante a *expectativa normativa*, não poderá servir para restaurar a vigência da norma mediante uma pena – reafirmação do valor normativo do direito – se desde já se sabe que se trata de um sujeito cuja conduta é considerada *infiel* ao Direito. Daí surge o termo para designar este sujeito *infiel*: trata-se do *inimigo*.

Para o professor germânico, legitimado pelos filósofos contratualistas (Hobbes e Kant, em especial), é possível ao Estado retirar deste *infiel* sua condição de pessoa e passar a tratá-lo como *inimigo*, pois “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”.⁸

Ao *inimigo* identificado não valerá a regra da prevenção geral, mas o critério de periculosidade. Em outras palavras, o fim do direito penal aqui não é restaurar a confiança na vigência da norma, mas anular a periculosidade do *inimigo* antes que ele confirme a expectativa criada e cometa mais um delito.

Pode-se dizer, a partir desse ponto, que o direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, ao passo que o direito penal do inimigo combate perigos.

Assim, o direito penal do inimigo é diferente do direito penal do cidadão, pode ter princípios flexíveis, pois o inimigo é um mal que deve ser combatido e contido (mesmo que apenas fisicamente); o inimigo não é cidadão na acepção plena, ou

⁷ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas, p. 34.

⁸ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas, p. 36.

seja, poderá ser interceptado em momento prévio à lesão ao bem jurídico, advindo a criminalização de atos preparatórios, e não tendo direito a um processo judicial dotado de garantias mínimas.⁹

Características do direito penal do inimigo são uma extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias processuais do estado de direito, tal qual é o caso principalmente nos âmbitos da delinquência sexual e econômica, do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade. Na mais recente manifestação, são mencionados como ulteriores exemplos do direito penal do inimigo alguns pressupostos da prisão preventiva, as medidas de segurança, a custódia de segurança e as prisões de Guantánamo.¹⁰

Nessa lógica, a introdução do direito penal do inimigo, devidamente delimitado em um ordenamento jurídico, representaria uma forma de conter e evitar a contaminação do direito penal do cidadão por manifestações legislativas e práticas jurisprudenciais que deveriam servir somente aos *infiéis*, mas que, na realidade, atingem a todos, sem distinção¹¹.

2 O Terrorismo

2.1 Origens do termo

Há discussão sobre a origem do termo terrorismo como hoje conhecemos. Há quem defenda que a expressão já se faz presente na história remota da humanidade. Henry Laurens identifica sua origem mais remota nas civilizações Grega e Romana, no termo *tiranicídeo*, que significava “o assassinato de um tirano por uma pessoa com o objetivo de que fosse alcançado o bem comum, ou seja, a libertação da servidão.”¹²

⁹ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas., p. 30.

¹⁰ GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revista/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 25 jan 2015.

¹¹ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 34.

¹² SILVA, Anamara Osório; MAIA, Vitor Bastos. **A Corte Européia de Direitos Humanos e o Terrorismo praticado em tempos de emergência**. In FERNANDES, Antonio Scarance, ZILLI, Marcos. **Terrorismo e Justiça Penal**. Belo Horizonte : Fórum, 2104. p. 316.

De La Corte Ibanez, citado por Scarance Fernandes, aponta os primeiros atos terroristas nas ações dos zelotes e judeus que se opunham à dominação romana dos anos 60 e 70, seguindo com os movimentos terroristas dos *assassins* em Jerusalém e dos *thujis* na Índia.¹³

Porém, há quem compreenda que só se pode falar em terrorismo após a revolução francesa, marco histórico daquilo que conhecemos hoje por terror.

O termo *terror*, aliás, advém do francês *terruer*, que significa uma ameaça imprevisível e causadora de medo. Foi com a revolução francesa que o termo foi empregado pela primeira vez com conotação política, a denotar os atos contrários ao regime.¹⁴

Porém, a par de sua constatação histórica, é inegável que o conceito de terrorismo é contemporâneo, atual, e reflete fator distinto de sua configuração inicial.

2.2 Da delimitação do termo terrorismo - conceituação legal

A par da tipificação estrita exigida pelo direito penal, não há uma conceituação segura de terrorismo sequer no direito comparado, muito menos no Brasil, como se verá adiante. Aliás, é possível diagnosticar que os países têm se furtado a estabelecer uma conceituação precisa do termo terrorismo, preferindo, no mais das vezes, definir atos afetos ao terrorismo ou com especial fim terrorista de agir.

¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Terrorismo: eficiência e garantismo.** in. In FERNANDES, Antonio Scarance, ZILLI, Marcos. **Terrorismo e Justiça Penal.** p. 401.

¹⁴ "Em 17 de setembro de 1793, capitaneados por Robespierre, os Jacobinos aprovavam a *Loi des suspects*, dispondo sobre a imediata prisão de todo e qualquer indivíduo suspeito de conspirar contra o Estado. Na avaliação dos revolucionários, iniciava-se a primeira etapa do processo que instituiria mecanismos de segurança do Estado contra os potenciais criminosos subvertedores da ordem política. Alguns meses depois aprovou-se a *Loi du 2 Prairial*, que colocava em vigor um conjunto de medidas que caracterizava como inimigos da pátria todos aqueles que buscassem 'asfixiar a liberdade popular, seja pela força, seja pela astúcia'. Dali em diante já não haveria direito a defensor para tais inimigos, e nem mais era necessária a presença de testemunhas nos processos em que figurassem como réus. Cabia ao Tribunal revolucionário julgar os inimigos da pátria O que Robespierre não poderia prever é que posteriormente, esses mesmos instrumentos se voltariam contra ele." (DAL RI Jr, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política no direito penal.** Renavam : São Paulo, 2006, p. 14-17)

Somente nos Estados Unidos destacam-se inúmeras distintas definições de terrorismo em variadas legislações. Geraldo Miniucci afirma que nos principais diplomas legais há, ao menos, cinco definições em vigor: a do *Department of Defense*, a do *Federal Bureau of Investigation*, a do *State Department*, a do *USA Patriot Act* (2001) e a do *Subcomitte on Terrorists and Homeland Security* (2003). Entre elas, como denominador comum, apenas dois elementos: a referência, na definição, ao método utilizado pelos terroristas e a referência ao alvo do terror.¹⁵

Na República da Alemanha também não se estabeleceu legalmente a definição de terrorismo, muito embora o país tenha antigo histórico de legislação penal tratando do tema. O legislador germânico, ao revés de estabelecer o crime de terrorismo, optou por estabelecer tipos penais dedicados a criminalização de condutas afetas ao terrorismo, como o delito de associações terroristas, de apoio a associações terroristas, de formação de associações terroristas e de cooptação de agentes, punindo, inclusive, atos preparatórios em tipos penais específicos. O legislador germânico também previu a punição de quem se deixe treinar para a prática dos crimes antes previstos.¹⁶

Fora disso, os alemães realizam a adequação normativa do homicídio por atentados terroristas, via de regra, como um homicídio qualificado pelo motivo ignóbil, o qual pode ser punido com a prisão perpétua.¹⁷

¹⁵ MINIUCI, Geraldo. **Direito Penal do Inimigo e Terrorismo**. in. <http://berta.cebrap.org.br/v3/arquivos/artigos/direito-penal-do-inimigo-e-terrorismo-1953.pdf>. Acesso em 15 jan 2015.

¹⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Aspectos penais do terrorismo na Alemanha**: uma breve introdução. in FERNANDES, Antonio Scarance, ZILLI, Marcos. **Terrorismo e Justiça Penal**. p. 279.

¹⁷ "Por força de decisão do Tribunal Constitucional Alemão, acerca da constitucionalidade da prisão perpétua alterou-se o Código de Processo Penal germânico, que passou a prever que a pena de prisão perpétua poderá ser comutada em livramento condicional, quando (i) o condenado já tiver cumprido 15 anos de prisão; (ii) puder ser responsabilizado com relação aos interesses de segurança da comunidade; (iii) o condenado consentir com a comutação; (iv) não houver impedimento em decorrência da acentuada culpabilidade do condenado. A acentuada intensidade da culpabilidade deverá ser fixada pelo juízo do conhecimento e não pode ser revista na execução, e é o ponto em que os homicídios terroristas, em geral, continuam passíveis de prisão perpétua". (TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Aspectos penais do terrorismo na Alemanha**: uma breve introdução. in FERNANDES, Antonio Scarance, ZILLI, Marcos. **Terrorismo e Justiça Penal**. p. 279.

Na Espanha, do mesmo modo, não há tipificação de terrorismo, mas assim como na Alemanha, o Código Penal prevê a tipificação de vários delitos afetos, com a associação e o financiamento. Os espanhóis também punem os atos preparatórios e reconhecem a *reincidência internacional*, ou seja, tomam em consideração as sentenças provindas de tribunais estrangeiros para efeitos de reincidência.¹⁸

Na Colômbia, graças à situação ímpar em que vive o país, por conta das FARC, já em 1980 tipificou-se o delito de terrorismo, que, com alterações posteriores, hoje permanece na legislação penal com a seguinte definição:

El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento, o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a (15) años [...] sin perjuízo de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.¹⁹

Legislações similares foram adotadas por inúmeros outros países, especialmente pós 11 de setembro, seguindo a Decisão-Quadro 2002/474, do Conselho da União Européia, que buscou harmonizar as definições e, ao mesmo tempo, obrigar seus Estados membros a estabelecer legislações de combate ao terrorismo.²⁰ Posteriormente, a decisão referida foi alterada pela Decisão-Quadro 2008/919, que também previu a necessidade de punição de atos preparatórios.²¹

¹⁸ MELLÍÁ, Manuel Cancio. **Los delitos de terrorismo en derecho penal español**. In. FERNANDES, Antonio Scarance, ZILLI, Marcos. **Terrorismo e Justiça Penal**. p. 193.

¹⁹ Aquele que provoque ou mantenha em estado de pânico ou terror a população ou um setor dela, mediante atos que ponham edificações ou meios de comunicação, transporte, processamento ou condução de fluidos ou forças motrizes, valendo-se de meios capazes de causar danos, incorrerão na prisão de 10 a 15 anos (...) sem prejuízo da penal correspondente pelos demais delitos ocasionados. (Tradução livre)

²⁰ "Esta decisão-quadro harmoniza a definição de infracções terroristas em todos os Estados-Membros através da introdução de uma definição específica e comum. O seu conceito de terrorismo resulta da combinação de dois elementos: um elemento objectivo, dado tratar-se de uma lista de exemplos de conduta criminal grave (homicídio, ofensas corporais, tomada de reféns, extorsão, fabrico de armas, atentados, ameaça de cometer os referidos actos, etc.); um elemento subjectivo, visto estes actos serem considerados infracções terroristas quando cometidos com a intenção de intimidar gravemente uma população, constranger indevidamente os poderes públicos ou uma organização internacional a praticar ou a abster-se de praticar qualquer acto ou desestabilizar gravemente ou destruir as estruturas fundamentais políticas, constitucionais, económicas ou sociais de um país ou de uma organização internacional. A presente decisão-quadro considera como grupo terrorista uma organização estruturada composta por duas ou mais

Como consequência das decisões-quadro acima, por exemplo, Portugal estabeleceu sua Lei de Combate ao terrorismo, Lei 52/2003, prevendo, inclusive, a punição de atos tipicamente preparatórios.²²

De todo modo, se legalmente não há uma definição clara de terrorismo, a doutrina caminha em sentido inverso, tentando estabelecer os critérios mínimos para tal. Nesse sentido, José Cretella Neto oferece a seguinte definição para o termo:

[...] terrorismo internacional é a atividade ilegal e intencional que consiste no emprego de violência física e/ou psicológica e sistemática, generalizada ou não, desenvolvida por grupos ou por indivíduos, apoiados ou não por Estados, consistindo na prática de atos de destruição de propriedades e/ou pessoas ou de ameaçar constantemente usá-los, em uma sequência imprevisível de ataques, dirigidos a grupos de indivíduos aleatoriamente escolhidos, perpetrados em território de Estados, cujos governos foram selecionados como inimigos da causa a que se dedicam os autores,

peçoas, que se mantém ao longo do tempo e que actua de maneira concertada e refere-se à direcção de um grupo terrorista e à participação nas suas actividades como sendo infracções relativas a grupos terroristas. (in. http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_terrorism/l33168_pt.htm. Acesso em 27 de abril de 2015)

²¹ A Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo estabelece a obrigação de os Estados signatários criminalizarem o incitamento público à prática de infracções terroristas e o recrutamento e treino para o terrorismo, sempre que cometidos de forma ilegal e dolosa. (in, (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32008F0919>, acesso em 27 de abril de 2015)

²² Lei nº 52/2003, de 22 de Agosto. Lei de combate ao terrorismo (em cumprimento da Decisão Quadro nº 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de Junho)
Artigo 2.º Organizações terroristas.

1 - Considera-se grupo, organização ou associação terrorista todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, mediante: a) Crime contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas; b) Crime contra a segurança dos transportes e das comunicações, incluindo as informáticas, telegráficas, telefônicas, de rádio ou de televisão; c) Crime de produção dolosa de perigo comum, através de incêndio, explosão, libertação de substâncias radioactivas ou de gases tóxicos ou asfixiantes, de inundação ou avalanche, desmoronamento de construção, contaminação de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos; d) Actos que destruam ou que impossibilitem o funcionamento ou desviem dos seus fins normais, definitiva ou temporariamente, total ou parcialmente, meios ou vias de comunicação, instalações de serviços públicos ou destinadas ao abastecimento e satisfação de necessidades vitais da população; e) Investigação e desenvolvimento de armas biológicas ou químicas; f) Crimes que impliquem o emprego de energia nuclear, armas de fogo, biológicas ou químicas, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas; sempre que, pela sua natureza ou pelo contexto em que são cometidos, estes crimes sejam susceptíveis de afectar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar

causando indizível sensação de insegurança aos habitantes da sociedade contra a qual são feitas as ameaças ou cometidos os atentados.²³

Scarance Fernandes lembra que é possível que os próprios Estados não tenham interesse em uma definição fechada de terrorismo, o que explica a não definição legal de sua tipificação²⁴. Vale ressaltar, ainda, que, na maior parte do mundo, não há exatamente o tipo penal de terrorismo, mas apenas delitos correlatos ou então crimes normalmente já existentes na legislação, mas abarcados por um aspecto subjetivo de especial fim de agir, revestidos de características de terror.

2.2.1 A tipificação no Brasil

Já na Constituição da República o Brasil estabeleceu-se, expressamente, em seus princípios o repúdio ao terrorismo (art. 4º). No art. 5º, XLIII, o constituinte também fez expressa referência à necessidade de criminalização do terrorismo.

A par disso, ainda não se criou, ao menos expressamente com tal nomenclatura, o tipo penal de terrorismo em nossas terras. Tampouco há, como na maioria dos países Europeus, normas tratando da criminalização de associações terroristas, de financiamento ao terror e muito menos a tipificação de atos preparatórios.

Historicamente, a primeira norma a tratar do tema no Brasil foi a Lei 4.296/21, que buscava o combate ao anarquismo. Posteriormente, com o *Estado Novo*, emergiu a primeira Lei de Segurança Nacional - Lei 38/35, que transferia os crimes contra a segurança do Estado para um regime mais rigoroso, com o abandono das garantias processuais.²⁵

²³ CRETELLA NETO, José. **Terrorismo Internacional**. São Paulo : Millenium, 2008, p. 24.

²⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Terrorismo: eficiência e garantismo**. in. In FERNANDES, Antonio Scarance, ZILLI, Marcos. **Terrorismo e Justiça Penal**. p. 402

²⁵ DAL RI Jr, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política no direito penal**. Renavam : São Paulo, 2006, p. 268

Após a queda do Estado Novo, esse regime foi suavizado, mas, com a ditadura militar, a doutrina da segurança nacional ganhou nova força e, em 1978, entrou em vigor a Lei de Segurança Nacional (Lei 6.620/78), que mesmo sem descrever o que seria o terrorismo, previu pena de 2 a 12 anos para tal conduta.²⁶

Posteriormente, em substituição à norma acima, adveio a Lei 7.170/83, em vigor até nossos dias, que mencionou novamente o terrorismo, nos seguintes termos, em seu art. 20:

Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar ou manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar a 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.

Embora a norma não descreva em que consistem os atos de terrorismo, parte da doutrina compreende que o terrorismo ali está previsto, pois o legislador valeu-se de interpretação analógica, já que primeiro enumerou as formas de terrorismo para, na sequência, mencionar *ou atos de terrorismo*. É nesse sentido que Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, compreende que onde se lê: *ou atos de terrorismo*, deve-se ler: *ou outros atos de terrorismo*.²⁷

Em sentido diverso, porém, ampla doutrina também compreende que não é possível tal interpretação, porque se o legislador quisesse ter se valido de uma interpretação analógica, certamente o teria feito, não cabendo ao intérprete substituí-lo. Para quem assim pensa, a norma é inconstitucional, no que toca ao terrorismo por violação ao princípio da legalidade, e tal crime simplesmente não existe em nosso ordenamento.²⁸

²⁶ Devastar, saquear, assaltar, roubar, sequestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal, sabotagem ou terrorismo, com finalidades atentatórias à Segurança Nacional. Pena: reclusão de 2 a 12 anos. Parágrafo único: se da prática do ato resultar lesão corporal grave ou morte. Pena: reclusão de 8 a 30 anos.

²⁷ NUCCI, Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 304-5) NUCCI. p. 368.

²⁸ FRANCO, Alberto da Silva. **Crimes Hediondos**, 7 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 187.

De todo modo, e porque o objetivo aqui não é discutir a constitucionalidade ou não da norma mencionada, mas sim a menção do tipo em nosso ordenamento, é importante destacar que há nova proposição legislativa em trâmite, a fim de definir e tipificar atos de terrorismo no Brasil, que hoje tramita por meio do Projeto de Lei 499/2013²⁹ e por vários outros substitutivos, que, de modo geral, tipifica atos 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 da pessoa".

Seguindo tendência mundial, como se vê, o projeto é amplamente aberto. O problema, a nosso sentir, é que da forma proposta, ele pode, perigosamente, criminalizar como atos terroristas simples manifestações populares ou de movimentos sociais que acabem, por uma razão ou outra, em atos de violência, como o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST) ou mesmo os *black blocks*, que, na falta de atuação de grandes redes de terrorismo no Brasil, como as redes islâmicas atuantes na Europa, África e América do Norte, podem se apresentar como o *inimigo da vez* no país, especialmente após as manifestações de julho de 2013.³⁰

3 O enfrentamento ao Terrorismo e a aproximação do combate ao terror ao Direito Penal do Inimigo

Como lembra Marcos Zilli, "é possível dimensionar o impacto provocado por certos acontecimentos tomando-se por base as referências vinculadas a nossa

²⁹ http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115549

³⁰ Sobre o tema, Carvalho, Tangerino e D'Avila utilizam, exemplificativamente, denúncia criminal lançada pelo Ministério Público Federal contra membros do MST por atos terroristas delineados na Lei de Segurança Nacional em razão de conflitos advindos de ocupação ocorrida no interior do Rio Grande do Sul, para demonstrar a perigosa proximidade entre atos civis ou mesmo de desobediência civil e terrorismo, quando da estipulação de tipos amplamente abertos. (TANGERINO, Davi de Paiva Costa Tangerino, D'AVILA, Fábio Roberto e CARVALHO, Salo. **O direito penal na "luta contra o terrorismo"**. Delineamentos teóricos a partir da criminalização dos movimentos sociais – o caso do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, in Sistema Penal e violência. Revista Eletrônica de direito da faculdade da PUC, disponível em http://www.academia.edu/2103007/O_Direito_Penal_na_Luta_contra_o_Terrorismo_Delineamentos_te%C3%B3ricos_a_partir_da_criminaliza%C3%A7%C3%A3o_dos_movimentos_sociais). acesso em 24 de abril de 2015.

memória.”³¹ Os atentados terroristas de 11 de setembro ao centro financeiro dos Estados Unidos constituem-se em um desses eventos. Todos nós lembramos o que estávamos fazendo ou onde estávamos no momento em que ligamos a televisão e vimos as marcantes imagens das torres gêmeas em chamas.

Eventos como esse provocam, “para o bem ou para o mal, uma revisão de conceitos, de valores e de paradigmas”.³²

Os atentados de 11 de setembro não estabeleceram um marco revisional só para a história da humanidade ou para a história das guerras e atos de violência, eles foram também o divisor de águas do tratamento jurídico que os Estados Unidos e o mundo passaram a dar as legislações penais afetas ao terrorismo, talvez na maior alteração de padrões legais que tenhamos observado nas últimas décadas.

Embora organizações internacionais já viessem tratando do tema há bastante tempo, com os atentados de 11 de setembro houve uma guinada total na compreensão e na discussão de como tratar o assunto, passando, agora, a ser estabelecida uma verdadeira *guerra ao terror*, subsidiada pelo direito contemporâneo.

Imprescindível, pois, a observância das repercussões daqueles atos no direito internacional, para melhor análise do fenômeno do terrorismo e de como os governos veem tratando do problema.

De antemão, vale ressaltar que não se pretende aqui estudar as origens ou causas do fenômeno terrorista, mas fixar o estudo sobre as reações empreendidas pelos sistemas jurídicos ao terror.

É inegável que o absurdo ato que vitimou milhares de civis no centro de Nova York (mais de 3 mil pessoas morreram diretamente, fora as que sofreram doenças consequentes dos ataques às torres gêmeas), representou um fato marcante no que tange à segurança nacional dos estadunidenses, e também no avanço do terror e nas formas de combate a esse fenômeno. Do mesmo modo, os atentados que se

³¹ ZILLI, MARCOS. O terrorismo como causa, o horror como consequência e a liberdade como vítima.. in FERNANDES, Antonio Scarance, ZILLI, Marcos **Terrorismo e Justiça Penal**. p. 21

³² ZILLI, MARCOS. O terrorismo como causa, o horror como consequência e a liberdade como vítima.in FERNANDES, Antonio Scarance, ZILLI, Marcos **Terrorismo e Justiça Penal**. p. 21

seguiram em Londres, Madrid, Boston ou mais recentemente em Paris, estabeleceram novos marcos na história européia.

Entretanto, o que se busca analisar é se a legislação, claramente emergencial que sobreveio aos atos terroristas, adveio como uma resposta estritamente de direito penal, embasada nas garantias legais ou como uma resposta política de um governo pressionado a respostas por seus eleitores, sob a égide do medo.

3.1 A reação Americana e Européia;

Uma das primeiras medidas tomadas pelo governo Bush, pós ataques, foi a aprovação da Lei Patriota dos Estados Unidos (*USA Patriot Act*), sancionada em 26 de outubro de 2001, pouco mais de um mês após os ataques, a qual fortaleceu imensamente os poderes da polícia e restringiu garantias processuais penais daqueles tidos por terroristas.

A Lei Patriota, além disso, passou a ser aplicada de maneira extremamente ampla, alargando as possibilidades de invasão de lares, escutas telefônicas itinerantes, prisões cautelares, julgamentos secretos sob o argumento da segurança nacional, incomunicabilidade de presos, ampliação da jurisdição do país, confisco de bens, quebra indiscriminada do sigilo de ligações telefônicas e de dados, dentre outras.

A Lei Patriota, vale destacar, é uma lei complexa e extensa, que acabou por modificar quinze leis federais, ou seja, cuida-se de uma lei que acabou por modificar diversas outras. Para se ter uma noção da abrangência, os dez títulos da Lei dividem-se em 1016 seções, correspondente cada sessão a um artigo das leis brasileiras.³³

Ademais, embora sem estabelecer um critério taxativo quanto à definição de terrorismo, a Lei Patriota estabeleceu o terrorismo nacional ou interno e externo ou internacional.

³³ ESSADO, Tiago Cintra. **Terrorismo conforme o direito norte-americano.** in FERNANDES, Antonio Scarance, ZILLI, Marcos **Terrorismo e Justiça Penal.** p. 134.

Não bastasse a criação de prisões de exceção como Guantánamo, aumentou a possibilidade de abusos legalmente admitidos.

É de se observar que o Presidente dos Estados Unidos lançou mão de poderes que a lei local lhe confere - *War Power Acts* - e declarou conflito armado internacional contra a *Al Qaeda*, o *Talibã* e associações correlatas. Assim, ele deslocou o tratamento jurídico conferido aos integrantes da Justiça Criminal para a Justiça Militar, criando um verdadeiro sistema de Justiça de Exceção.

A criação da prisão de Guantánamo, na Base Naval americana em solo Cubano, teve o evidente escopo de subtrair os *inimigos* da jurisdição dos tribunais dos Estados Unidos. Guantánamo (região situada em Cuba) não é território dos Estados Unidos. Um acordo entre Cuba e Estados Unidos de 1903 é que transferiu a jurisdição do local aos norte-americanos, que ali construíram uma base naval e a prisão, com o claro intuito de escapar da jurisdição de seus próprios tribunais, com base em antigo precedente da Suprema Corte estadunidense, que compreendeu que as garantias processuais norte-americanas não têm aplicação fora de seu território.³⁴

Não bastasse, ao menos inicialmente (postura posteriormente convertida), os Estados Unidos declararam os prisioneiros do local como combatentes inimigos ilícitos, afastando também a Convenção de Genebra sobre prisioneiros de Guerra.

Consequência disso é que os prisioneiros levados a Guantánamo, passaram a estar afastados de qualquer garantia legal, porque não eram considerados prisioneiros de guerra, portanto, não abrigados pela Convenção de Genebra, e tampouco eram detentores de direitos de garantia de qualquer legislação processual penal, seja americana ou cubana, ficando em um limbo jurídico de garantias sem precedentes.

Desse modo, os *inimigos* puderam ser mantidos detidos sem defesa, processo, julgamento e sequer acusação formal, por longos períodos.

³⁴ Trata-se do caso *Jonhson x Eisentrager*, a Suprema Corte, em 1950, afirmou que cidadãos alemães capturados na China durante a Segunda Guerra Mundial, considerados culpados por crimes de guerras por uma Comissão Militar estadunidense, em Nanking, e presos na Alemanha, não gozavam do direito de apresentar habeas corpus perante os tribunais estadunidenses, em razão do critério territorial de competência (CORONA, Esperança Gomes. in **Guantánamo y los Tribunales Militares de excepción diez anos después de los atentados del 11-S**. in Revista Española del Derecho Constitucional, n. 93. 2011, - p. 373)

A regra no local é a nomeação de um advogado militar aos prisioneiros, podendo eles, todavia, optarem por um defensor civil, só que, nesse caso, o defensor terá uma série de restrições, como, por exemplo, abandonar o Tribunal toda vez que eventual informação considerada secreta for deduzida.

Logo que se estabeleceu a nova ordem, foi vedado o direito ao *Habeas Corpus* e ao recurso das decisões dos tribunais, situação que posteriormente foi revista ao permitir um recurso a um Tribunal Militar.

Ademais, aceitou-se como meio de combate ao terror, típicos atos de tortura, como o afogamento, eufemisticamente aceitos como técnicas de interrogatórios - *harsh investigation technique*, também incluídas a privação de sono, sujeição do prisioneiro a manter-se em pé até a exaustão física, a prisão em celas sem aquecimento, o encarceramento em ambientes hiper-iluminados, e simulação de afogamento (*water boarding*), etc.³⁵

Segundo uma das ordenanças militares baixadas pelo Executivo logo após os ataques de 11 de setembro de 2001 (*Military Commission Order no. 1*), seria permitido o uso de provas secretas contra o acusado, em casos de risco para a segurança nacional ou para a integridade de informantes, testemunhas e membros do serviço secreto e das forças de segurança. Em certos casos, o defensor público *militar* poderia ter acesso a tais provas, mas estaria proibido de revelar seu conteúdo e natureza ao próprio acusado.³⁶

Além disso, a *Patriot Act* criou uma série de restrições no que toca às políticas de imigração, permitindo que procedimentos de expulsão de estrangeiros fossem levados a efeito de maneira totalmente dissociada de qualquer ditame legal anteriormente conhecido. Permitiu-se que suspeitos de integrarem organizações criminosas sofressem detenções administrativas por tempo indeterminado, sem acusação oficial, até o procedimento de expulsão ou correlato.

O *Patriot Act* estabeleceu inúmeras possibilidades de detenções administrativas, tão ou mais invasivas que as medidas de natureza penal. A saber, estabeleceu que a detenção administrativa passou a ter o prazo de sete dias para

³⁵ ARAS, Vladimir. **Nine Eleven**. Disponível em in <https://blogdovladimir.wordpress.com/2011/09/11/ten-nine-eleven/>. Acesso em 17 jan de 2015

³⁶ ARAS, Vladimir. **Nine Eleven**. . Acesso em 17 jan de 2015.

que o réu fosse acusado de algum delito ou conduzido ao Ministério Público para o procedimento de expulsão. Posteriormente, entretanto, o prazo de sete dias foi ampliado para um prazo razoável, que no geral é de 90 dias e que pode ser prorrogado diversas vezes, por ato do Procurador-Geral se a segurança nacional exigir.³⁷

Logo depois de 11 de setembro, cerca de 800 estrangeiros foram detidos sob as leis de imigração. Tais procedimentos não são considerados de caráter punitivo, e após 2001, os procedimentos administrativos relativos aos prisioneiros de 11 de setembro passaram a tramitar em “especial segredo”. Por conta disso, os estrangeiros suspeitos de violar as leis de imigração (visto vencido ou falsidade de passaporte) foram detidos indiscriminadamente junto com estrangeiros suspeitos de estarem vinculados aos atentados de 11 de setembro.

Na maior parte dos casos, a família não era informada do lugar da detenção e os processos contra os detentos eram secretos. Com isso, o Procurador-Geral e o Departamento de Imigração passaram a ostentar um poder de detenção sem precedentes, sem possibilidade de defesa e sem obrigação de declarar expressamente em que se baseia, com exatidão, a ameaça para a segurança nacional.³⁸

Aliás, esse tratamento desigual destinado aos estrangeiros, um *racismo institucional* nas palavras de Ferrajoli, manifesta, segundo o citado professor, uma antropologia da desigualdade, típico pensamento do inimigo no direito, marcado pela posição nós x eles.³⁹

No entanto, situações distintas, nos anos posteriores, acabaram por mitigar, de certo modo, ainda que de maneira tímida, o rigor inicial dos ditames do ato patriota.

³⁷ VERVELA, Joh A.E. **A legislação anti-terrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo?** Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal - REDHPCJ. Porto Alegre, 2007. Disponível em http://www.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/1_2.pdf. Acesso em 7 jan 2015.

³⁸ VERVELA, Joh A.E. **A legislação anti-terrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo?** Acesso em 7 jan 2015.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia Juris. Teoria Del Direito e da Democracia**. Tradução para o espanhol de Affonso Ruiz Miguel. Madri : Trota, 2011. p. 500

Nesse sentido, o caso *Hamdi x Rumsfeld*, constituiu-se em importante paradigma. Hamdi é um cidadão norte-americano que foi preso no Afeganistão e removido para Guantánamo, mantido em isolamento total, sem acusação, por dois anos. Seu caso chegou a Suprema Corte que, pela primeira vez, acatou o uso do *Habeas Corpus* para tais prisioneiros e ainda considerou ilegal sua detenção, sob o argumento de que ele não era um prisioneiro de guerra, mas um civil, o que exigia tempo mínimo para sua detenção.⁴⁰

Outro importante precedente tratou do caso *Rasul x Bush*. Nesse caso, a Suprema Corte rechaçou a aplicação do precedente *Johnson x Eisentrager*, concluindo que os detidos em Guantánamo sujeitam-se às leis federais norte-americanas, o que eliminou a estratégia do Governo Bush de afastar as cortes americanas de se pronunciarem sobre os prisioneiros de Guantánamo.⁴¹

Enfim, suprimiu-se uma série de garantias, secularmente concedidas aos agentes que praticaram crimes, mesmo em tempos de guerra, em nome do combate ao terror.

Todavia, não foi só nos Estados Unidos que o recrudescimento do combate ao terror apareceu ao mundo. Na Inglaterra, após os atentados de 2005, criou-se o *Terrorism Act 2006*, que também estabeleceu regras mais rígidas no combate ao terrorismo, passando a permitir, também na terra da rainha, a detenção por tempo indeterminado de estrangeiros suspeitos de pertencerem a organizações terroristas.⁴²

A própria Comunidade Européia determinou a seus membros a tipificação em suas legislações de leis mais severas de combate ao terrorismo, fazendo com que o quadro inicialmente delineado pelo Governo Bush se alastrasse pelo mundo, ainda

⁴⁰ ESSADO, Tiago Cintra. **Terrorismo conforme o direito norte-americano.** in FERNANDES, Antonio Scarance, ZILLI, Marcos **Terrorismo e Justiça Penal.** p. 154

⁴¹ ESSADO, Tiago Cintra. **Terrorismo conforme o direito norte-americano.** in FERNANDES, Antonio Scarance, ZILLI, Marcos **Terrorismo e Justiça Penal.** p. 134. Livro. p. 155.

⁴² GEMAQUE, Silvio César Aroud. **O combate ao terrorismo no direito inglês - uma visão de equilíbrio entre a repressão e o os direitos fundamentais.** in FERNANDES, Antonio Scarance, ZILLI, Marcos **Terrorismo e Justiça Penal.** p. 171.

que com menor sanha punitivo-vingativa do que as manifestações dos Estados Unidos, logo após o 11 de setembro.

4 Entre o necessário combate ao terrorismo e os direitos de liberdade

É claro que há necessidade de uma resposta eficaz, dura aos atos terroristas. Entretanto, o que se quer discutir é que, a par da necessária resposta *dura* ao terrorismo, adentrou-se em uma perigosa zona de afastamento de garantias civis e regressão em termos de direitos humanos de há muito não vista, mas que acabou por ser aceita por grande parte da opinião pública, especialmente em relação ao império do medo em que a população cotidianamente se vê alçada, muito pelo padrão determinado pela mídia.

Hobsbawm lembra que a televisão e seu alcance universal tornaram as ações terroristas atuais muito mais efetivas do que as de outrora, porque, agora, os terroristas descobriram que o assassinato em massa de homens e mulheres em locais públicos atrai muito mais manchetes do que todos os alvos específicos de bombas, por mais célebres e simbólicos que possam ser os alvos.⁴³

Diante disso, inegavelmente, sob o amparo do medo, foi estabelecido um novo agente na ordem jurídica dos Estados Unidos, o terrorista, em regra islâmico, ligado a organizações como a Al-Qaeda, Talibã e recentemente o Estado Islâmico.

Não há dúvida de que tal figura, distante, por vezes caricata, fora dos padrões de vestimenta, moda e costumes ocidentais, contribuiu para a caracterização do terrorista, a quem não se aplicam os direitos elegíveis aos criminosos ocidentais, vez que é lugar comum incutir a figura do outro, do diferente, o aspecto do crime ou do terror.⁴⁴

⁴³ HOBBSAWM, Eric. **Democracia, Globalização e Terrorismo**. Tradução José Viegas. São Paulo : Companhia das Letras, 2007, p. 131

⁴⁴ Nesse sentido há que se destacar também a aceitação do bombardeio indiscriminado de vários alvos no *longínquo* mundo islâmico, inclusive por objetos não tripulados como os *drones*, responsáveis pela morte de milhares de civis em países como Iraque, Iêmen, Afeganistão e Síria, situação que dificilmente seria aceitável em países ocidentais ditos *civilizados*.

Além disso, o estabelecimento de valorações maniqueístas de bem e mal, certo e errado, faz com que, cada vez mais, a opinião pública ocidental identifique no oriente seu temor, seu inimigo.

Ferrajoli, de seu turno, soube muito bem identificar tal característica, que chamou de fundamentalismo ocidental:

[...] Las repetidas apelaciones a Dios de los americanos y son insostenibles oxímoros con los que se ha exhumado y rebautizado la antigua categoría de la guerra justa(...) a la autoidentificación con el Bien en la lucha contra el mal se asocian, por otra parte, dos rasgos característicos del fundamentalismo, la idea ético-cognoscitivista según la cual el Bien es también lo verdadero, que por eso no tolera dudas y desacuerdos, y la vez el principio de que el fin justifica los medios, incluida paradójicamente la mentira, como sucedió con la falsa acusación contra el régimen iraquí, en apoyo a la última guerra.⁴⁵

Ademais, vale destacar que a par da estúpida violência dos atos de 11 de setembro, eles não deterioram a democracia, o estado ou a civilização norte-americana, de modo que é de se discutir se vale agora, o próprio país vitimado, acabar com seus próprios valores de direitos humanos, secularmente conquistados, sob o escopo de vingança aos atos praticados, justamente por quem anuncia como objetivo acabar com os valores ocidentais, ao menos dos norte-americanos.

Como lembra Hobsbawm, “por mais horripilante que tenha sido a carnificina de 11 de setembro de 2001, em Nova York, o poder internacional dos Estados Unidos e suas estruturas internas não foram afetados em nada”.⁴⁶

É difícil compreender, dessa forma, a legitimidade do discurso que se seguiu aos atentados, como a *defesa do nosso estilo de vida*, já que a alteração substancial, em termos de direitos civis ao menos, ocorreu justamente no estilo de vida da população vitimada, por conta da incontável regressão nos direitos fundamentais dessa população, e não no estilo de vida dos agressores.

⁴⁵ As repetidas menções a Deus dos americanos e seus insustentáveis axiomas com que se ressuscita e rebatiza o antigo conceito de guerra justa (...) A identificação com o bem na luta contra o mal se ligam, de outro lado, de traços característicos do fundamentalismo, a idéia ético-cognotivista, segundo a qual o bem é também o verdadeiro, que por isso não tolera duvidas e desacordos, e, outra vez o princípio é de que o fim justifica os meios, incluída paradoxalmente a mentira, como ocorreu com a falsa acusação contra o regime iraquiano no apoio a última guerra. (FERAJOLLI, Luigi. **Principia Juris. Teoria Del Derecho y de la democracia.** . p. 499-500, tradução livre).

⁴⁶ HOBBSBAWM, Eric. **Democracia, Globalização e Terrorismo.** p. 135.

Trata-se, novamente, como lembra Hobsbawm “de uma retórica que visa mais arrepiar os cabelos dos cidadãos do que enfrentar o terror”, porque o objetivo dos terroristas é atingido mais pela publicidade das mortes conseguidas do que pelas mortes em si.⁴⁷

Não bastasse, atualmente, nova onda de terror e medo está a se espalhar, agora na Europa, após os atentados, ao que se sabe por membros da milícia conhecida como Estado Islâmico a um periódico francês em que 17 pessoas foram vitimadas.

O episódio gerou imensa comoção não só na França como no resto do mundo, e está levando os países Europeus a discutirem, outra vez, medidas ainda mais rígidas contra atos terroristas, em especial, ligados a muçulmanos, vez que, no caso do Estado Islâmico, não há, vale dizer, um país específico em que o grupo terrorista esteja sediado.

Alias, vale um adendo no ponto, é que não há como não se mencionar a diferença de tratamento que a mídia ocidental vem dando atualmente a atos terroristas de igual gravidade, em virtude, não de sua amplitude, mas da origem geográfica das vítimas ou da esfera de importância econômica que o ser humano detém.

Por exemplo, nos últimos anos, a rede terrorista *Al-shabbab*, vem aterrorizando o Norte do Quênia e a Somália. O terror em umas das mais miseráveis regiões do mundo, culminou, há poucos dias, com o assassinato de 147 estudantes universitários, todos negros, mortos no norte do Quênia, sob a única condição de serem cristãos. Esse absurdo ato, teve repercussão irrelevante se comparado ao (também absurdo) atentado terrorista em um editorial francês, em que 17 pessoas foram mortas, dias antes.

É lógico que a gravidade de atos criminosos de tal monta não se mede em uma *balança de precisão*, todos são inegavelmente inaceitáveis. Todavia, o que se vê é que o inimigo por vezes é demonstrado mais pelo terror incutido pelos meios de comunicação do que pelos atos em si.

⁴⁷ HOBBSAWM, Eric. **Democracia, Globalização e Terrorismo**, p. 135

Nessa lógica, o debate que se levanta é sobre a validade da troca das garantias processuais, ao longo de muitos anos conseguidas, pela *caçada* aos terroristas, não como um ato de guerra, mas um ato de restrição de direitos a crimes praticados, em regra, no interior de países com regras seculares e avançadas de garantias de liberdade.

Hobsbawm lembra que a Inglaterra, por exemplo, seu país, passou mais de 30 anos lutando contra os revolucionários irlandeses do IRA, sem perder a calma e o espírito de suas instituições, não havendo razões para, agora, diante do perigo do terrorismo, retroceder em seus conceitos de nação.

Na prática, o perigo real do terrorismo não está no risco causado por alguns punhados de fanáticos anônimos, e sim no medo irracional que suas atividades provocam e que hoje é encorajado tanto pela imprensa quanto por governos insensatos. Esse é um dos maiores perigos do nosso tempo, certamente maior do que o de pequenos grupos terroristas.⁴⁸

5 O Inimigo Terrorista

O conceito de *inimigo* sempre foi utilizado pelo poder punitivo, desde Roma (*hostis*), passando pelo nazismo (*estranhos à comunidade*), até estar legitimada hoje pelo que Zaffaroni chama de *völkisch*, ou seja, o discurso popularesco, que clama pela vingança no melhor estilo de *retorno ao Talião* e que “subestima o povo e trata de obter sua simpatia de modo não apenas demagógico, mas também grosseiro,⁴⁹ mediante a reafirmação, o aprofundamento e o estímulo primitivo de seus piores preconceitos.⁵⁰

⁴⁸ HOBBSAWM, Eric. **Democracia, Globalização e Terrorismo**, p. 151.

⁴⁹ Nesse ponto, vale lembrar que o conceito de quem é inimigo ou mesmo o terrorista é passível de imensa variação no tempo, nunca se sabendo que será o inimigo ou terrorista da ocasião. Como lembra Paulo Ferreira da Cunha: “Michael Collins, o herói célebre do filme homônimo de Neil Jordan, 1996, e talvez mesmo Eadmond de Valera, na Irlanda, Jomo Kenyatta no Quênia, Nelson Mandela na África do Sul, Ahmed Ben Bella na Argélia, Menahem Begin em Israel, Anouar El-Sadate, no Egito, Agostinho Neto em Angola, Samora Machel em Moçambique, Yasser Arafat, na Palestina, não foram todos qualificados como terroristas? E não ascenderam aos mais altos cargos, dignidades e prestígios e reconhecimentos públicos, nacionais e internacionais, depois que suas ações atingiram os seus objectivos, designadamente independentistas ou afins?” (CUNHA, Paulo Ferreira da. **Do terrorismo**. Reflexões jurídico-políticas. Direitos fundamentais e Justiça, n.8, Jul/Set 2009, p. 67)

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et al. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 15

O *hostis*, *inimigo* ou *estranho* nunca desapareceu da realidade operativa dos poder punitivo nem da teoria jurídico-penal (que poucas vezes o reconheceu abertamente e, quase sempre, o encobriu com os mais diversos nomes).

Hoje, não há nenhuma dúvida de que o inimigo principal na pauta do mundo ocidental é o terrorista, em especial o terrorista islâmico. Jakobs não nega que o direito penal do inimigo tenha como alvo primordial o terrorista.

Também não há muitas dúvidas de que as medidas antiterror, impostas pós 11 de setembro pelo governo dos Estados Unidos, têm correlação com o direito penal do inimigo de Jakobs, principalmente por veicularem normas típicas de um direito de exceção.

Jakobs, aliás, defende que o Estado, ao combater o terrorismo, não pode se limitar aos seus postulados normais, devendo adotar medidas de exceção contra atos que, em verdade, são de exceção à vida em sociedade.

[...] Até dez anos de pena privativa de liberdade para o mero pertencimento a uma organização terrorista, investigações sigilosas, *escutas*, detenção preventiva por perigo de reincidência, entre outros, não são *per se* ataques ao Estado de direito; eles só o são quando ocorrem sob o manto do direito penal dos cidadãos baseado na culpa ou de um processo penal regular. Quem, porém, só reconhece o Estado de direito dos períodos sem crise - *sit venia verbo* - induz o Estado real a dissimular como regras as exceções que se fazem necessárias à sobrevivência em um mundo vergonhoso e, assim, obscurecer o que de fato são regras e exceções. Dito de outro modo, o Estado de direito imperfeito apresenta-se como perfeito por meio de um uso ideológico das palavras. A subestimação da complexidade da realidade do Estado é perigosa porque ela não permite ver quando o direito penal se encontra sobre o solo seguro do direito penal do cidadão e quando este se encontra no solo inteiramente escorregadio do direito penal do inimigo.

Volto mais uma vez à questão colocada no início: é possível travar a guerra contra o terror com os instrumentos de um direito penal de Estado de direito? Um Estado de direito que *tudo* abarque não poderia travar esta guerra, pois ele deveria tratar seus inimigos como pessoas e, conseqüentemente, não poderia tratá-las como fonte de perigo. Em Estados de direito que operam na prática de modo ótimo procede-se de outra maneira, e isso lhes dá a chance de não se quebrarem durante o ataque a seus inimigos.⁵¹

Não há dúvida, pois, de que a legislação norte-americana e as européias que têm se seguido, são típicas manifestações do direito penal do inimigo, e embasadas em preceitos de direito penal de exceção. Resta saber se tal meio de enfrentamento

⁵¹ Jakobs, Günther. **Terroristas como pessoas no direito?**. Tradução Luciano Gatti. Disponível em [/www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002009000100003&script=sci_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002009000100003&script=sci_arttext). Acesso em 8 jan 2015.

ao terror é o mais adequado às democracias ocidentais ou se em verdade, as próprias nações, ditas avançadas, é que estão se autodestruindo em seus postulados mais caros, sob a égide do medo do terror.

Conclusão

Não se pode negar a importância que o terrorismo tem hoje no mundo. Também não se pode negar que há necessidade de os estados se organizarem de modo a enfrentar atos terroristas, inclusive tipificando claramente o terrorismo em suas legislações e as condutas correlatas, evitando, porém, tipos penais extremamente abertos, capazes de criminalizar, de maneira extremamente agressiva, movimentos sociais, como é o caso, por exemplo, da proposição legislativa brasileira.

Entretanto, medidas de combate a operações financeiras de organizações terroristas e que alcancem os organizadores de atentados, não apenas seus atores são também imprescindíveis, o que denota, por exemplo, o atraso no legislador nacional.

Contudo, não se pode, sob o discurso fácil do combate ao terror, afastar as garantias processuais mínimas dos ordenamentos ocidentais. Sob o medo, o discurso de afastamento de garantias soa fácil, mas não se pode aceitar o *canto da sereia* e suprimir toda e qualquer garantia processual para simbolicamente efetivar ou tentar garantir a segurança contra o terror.

Não é viável, outrossim, transformar os atos criminosos em atos de guerra, porque, em verdade, não se está a falar em uma guerra tradicional, mas em atos que necessitam do uso do direito penal para serem combatidos.

Assim, não se pode introduzir o conceito de inimigo no direito penal, porque tal representaria um risco demasiadamente amplo às democracias ocidentais e em especial ao postulado da presunção de inocência, pois, como lembra Zaffaroni, *não existem conceitos limitados de inimigos*. O que a doutrina de Jakobs almeja é

inserir elementos próprios de Estados autoritários no interior do Estado de direito, sem se dar conta que isso o implode.⁵².

Assim, cabe ao direito garantir que se combata o terror sim, mas dentro das normas constitucionais de cada país, sem a restrição de garantias do processo penal, porque isso em verdade, tende a justamente acabar com os postulados mais caros da própria civilização ocidental.

É evidente que tal proposição não evita que os países fortaleçam suas polícias, seus órgãos de inteligência, e cada vez modernizem suas legislações penais, mas sempre no sentido difícil, mas necessário, de adequar a segurança da população à segurança do direito.

A impunidade, como lembra Zilli, “é sempre odiosa, mas a eficiência pretendida na perseguição não pode levar à afirmação da cultura do extermínio e do aniquilamento”⁵³, porque, afinal, hoje o inimigo ocidental tem religião, endereço e idioma, mas amanhã não se sabe quem será o inimigo da ocasião.

Referências das fontes citadas

ARAS, Vladimir. **Nine Eleven**. Disponível em in <https://blogdovladimir.wordpress.com/2011/09/11/ten-nine-eleven/>. Acesso em 17 de jan de 2015.

CARVALHO, Salo; D'AVILA Fábio Roberto; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **O direito penal na “luta contra o terrorismo”**. Delineamentos teóricos a partir da criminalização dos movimentos sociais – o caso do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, in Sistema Penal e violência. Revista Eletrônica de direito da faculdade da PUC, disponível em http://www.academia.edu/2103007/O_Direito_Penal_na_Luta_contra_o_Terrorismo_Delineamentos_te%C3%B3ricos_a_partir_da_criminaliza%C3%A7%C3%A3o_dos_movimentos_sociais). Acesso em 24 de abril de 2015.

CORONA, Esperança Gomes. **Guantánamo y los Tribunales Militares de excepción diez anos después de los atentados del 11-S**. in Revista Española del Derecho Constitucional, n. 93, set/dez. 2011.

CRETELA NETO, José. **Terrorismo Internacional**. São Paulo : Millenium, 2008

⁵² Zaffaroni, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 160.

⁵³ ZILLI, MARCOS. O terrorismo como causa, o horror como consequência e a liberdade como vítima.in FERNANDES, Antonio Scarance, ZILLI, Marcos **Terrorismo e Justiça Penal**. p. 31

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Do terrorismo**. Reflexões jurídico-políticas. Direitos fundamentais e Justiça, n.8, Jul/Set 2009

DAL RI Jr, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política no direito penal**. Renavam : São Paulo, 2006.

FERAJOLLI, Luigi. **Principia Juris. Teoria Del Derecho y de la democracia**. Vol. 2. Trad. De Perceto Andre Ibanes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madri : Editorial Trota, 2011.

FRANCO, Alberto da Silva. **Crimes Hediondos**, 7 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 187.

GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 20 dez 2014

HOBBSAWN, Eric. **Democracia, Globalização e Terrorismo**. Tradução José Viegas. São Paulo : Companhia das Letras, 2007

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JAKOBS, Günther. **Terroristas como pessoas no direito?**. Tradução Luciano Gatti. Disponível em www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002009000100003&script=sci_arttext. Acesso em 8 jan 2015.

MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MINIUCI, Geraldo. **Direito Penal do Inimigo e Terrorismo**. in. <http://beta.cebrap.org.br/v3/arquivos/artigos/direito-penal-do-inimigo-e-terrorismo-1953.pdf>. Acesso em 15 jan 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

VERVELA, Joh A.E. **A legislação anti-terrotista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo?** Revista Eletrônica de Direitos HUMANOS e Política Criminal - REDHPCJ. Porto ALEGRE, 2007. Disponível em http://www.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/1_2.pdf. Acesso em 7 jan 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.