

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

DIREITO PENAL DO INIMIGO E O COMBATE AO TERRORISMO

Leandro Santos Chaves

Presidente Prudente/SP
2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

DIREITO PENAL DO INIMIGO E O COMBATE AO TERRORISMO

Leandro Santos Chaves

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, sob orientação do Professor Mário Coimbra.

Presidente Prudente/SP
2016

DIREITO PENAL DO INIMIGO E O COMBATE AO TERRORISMO

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Especialista em
Direito Penal e Processual Penal.

CARLA ROBERTA FERREIRA DESTRO

LUÍS ROBERTO GOMES

MÁRIO COIMBRA

Presidente Prudente, 15 de agosto 2016.

"O tempo passa, o sol nasce e as sombras se esvaem. Deixe-as ir em nome do amor, pois ele reina para sempre sobre tudo".

***Memorial às vítimas do atentado
terrorista ao voo 182 da Air India.***

Dedico este trabalho aos meus pais, Maurício e Luzia,
esteio de toda a minha vida.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar e acima de tudo, agradeço a Deus pelas bênçãos diárias que me concede, pelo dom da vida e por permitir a realização deste trabalho.

Agradeço ainda aos meus pais e minha irmã, por todo o apoio de sempre, por serem pessoas maravilhosas que me ensinam todos os dias o valor de se ter uma família, por me incentivarem em todos os momentos, entenderem minhas falhas e por se orgulharem de minhas conquistas. São meus exemplos e o motivo pelo qual todos os dias tento ser melhor.

À minha namorada Camila, meu alento, minha parceira e amiga de todas as horas e todos os momentos, por todo o amor com que você me presenteia todos os dias, por todo o seu apoio e ajuda em todas as horas e por encher a minha vida de felicidade.

Sou eternamente grato a Deus por ter você. Te amo.

Por fim, ao estimado professor Mário Coimbra, que aceitou prontamente ser o orientador deste trabalho e compartilhar comigo um pouco de seu vasto conhecimento jurídico com humildade e diligência incomparáveis, granjeando para sempre minha admiração e respeito.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como mister a análise da possibilidade de que a teoria do direito penal do inimigo desenvolvida pelo jurista alemão Günther Jakobs seja adotada como medida de combate às ações de organizações terroristas. Procura-se estabelecer uma digressão acerca da evolução do Direito Penal através dos diversos períodos históricos, a fim de que seus contornos atuais e a crescente crise de legalidade sejam compreendidos de maneira completa. Busca-se também adentrar nas minúcias da tese do direito penal do inimigo, seu conceito, características, embasamento filosófico e suas exteriorizações pelos ordenamentos jurídicos do mundo, mas, principalmente, quem são os indivíduos que podem ser considerados inimigos e serem alvo de tratamento mais severo. Também se almeja discorrer acerca do terrorismo, sua evolução história e as características principais que permitem o estabelecimento de conceitos precisos, com as necessárias diferenciações em relação a outras modalidades criminosas, passando por uma análise dos atos terroristas que mais chocaram a opinião pública. Por fim, é empresa do presente estudo analisar o direito fundamental à segurança que se encontra estampado na Constituição Federal, juntamente com a proibição de proteção deficiente, chamada ainda de proibição de infraproteção, dever de ação decorrente do princípio da proporcionalidade que impede o Estado a agir de maneira eficiente para proteger bens jurídicos fundamentais e evitar que eles sejam violados por quem quer que seja. Finalmente, após as digressões mencionadas, pretende-se atingir o objetivo principal e demonstrar que a adoção de um Direito Penal diferenciado e destinado a uma classificação especial de indivíduos considerados não pessoas é uma opção segura e adequada para combater a ameaça terrorista que cada vez mais se faz presente no cotidiano dos cidadãos.

Palavras-chave: Terrorismo. Direito Penal. Direito Penal do Inimigo. Proibição de Proteção Deficiente. Direito Fundamental à Segurança.

ABSTRACT

The present monographic work has as incumbence the analysis of the possibility that the theory of enemy's criminal law developed by the german jurist Günther Jakobs be embraced as mechanism of combat to the actions of terrorist organizations. It's searches to establish a digression about the evolution of Criminal Law through its historic periods, in order to its current contours and the crescent legality crisis be completely understood. Its also searched to enter in details of enemy's criminal law thesis, its concept, attributes, philosophic basement and its externalization through the juridical ordainments around the world, but, meanly, who are the individuals that may be considered enemies and be target to get more severe treatment. Also aim to discourse about the terrorism, its historical evolution and its main attributes that allows the establishment of accurate concepts, with necessarily distinctions in connection to other criminal modalities, passing by an analyses of the terrorist acts that chocked the public opinion. Finally, its purpose of the present study to analyze the fundamental right to security that is printed in Federal Constitution, along the deficient protection prohibition, also nominated infraprotection prohibition, action duty elapsed from the proporcionality's principle that impedes the Estate to act on an efficient way to protect the juridical fundamental assets and to avoid its violation by anyone. Finally, after the mencionated digressions, it's intended to achieve the principal objective and demonstrate that the adoption of a differentiated Criminal Law and destined to especially classify individuals considered "not people" it's a safe and adequate choice to combat the terrorist threat that each times more present in people quotidian.

Keywords: Terrorism. Criminal Law. Enemy's Criminal Law. Deficient Protection Prohibition. Fundamental Right to Security.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 ESCORÇO HISTÓRICO: A SOCIEDADE E O CRIME.....	13
2.1 Os Tempos Primitivos.....	14
2.2 Grécia e Roma.....	18
2.3 Idade Média e Direito Canônico.....	22
2.4 Período Humanitário e Nascimento da Criminologia.....	26
2.4.1 Escola clássica.....	27
2.4.2 Escola positiva.....	29
2.4.3 Escolas pós-positivistas.....	34
2.5 Sistemas Penais.....	38
2.5.1 Causalismo.....	38
2.5.2 Neokantismo.....	41
2.5.3 Finalismo.....	43
2.5.4 Funcionalismo.....	46
2.5.4.1 Funcionalismo teleológico de Claus Roxin.....	47
2.5.4.2 Funcionalismo radical ou sistêmico de Günther Jakobs.....	49
2.5.4.3 Funcionalismo redutor de Eugenio Raul Zaffaroni.....	52
2.6 O Crime e a Sociedade Contemporânea.....	54
3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	63
3.1 Os Primórdios.....	63
3.2 Conceito.....	66
3.3 Características.....	71
3.4 Embasamento Filosófico.....	78
3.4.1 A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.....	82
3.4.2 As velocidades do direito penal.....	84
3.5 Quem são os Inimigos?.....	86
3.6 O Direito Penal do Inimigo pelo Mundo.....	92
4 TERRORISMO: O GRANDE INIMIGO DO SÉCULO XXI.....	102
4.1 O que vem a ser Terrorismo.....	103
4.1.1 Elementos ou características do terrorismo.....	108
4.1.1.1 O objetivo de propagar terror, intimidação e coação.....	111
4.1.1.2 O viés político dos atos terroristas.....	117
4.1.1.3 A natureza ilícita dos atos terroristas e a aflição de inocentes.....	121
4.2 Breve Histórico do Terrorismo.....	122
4.3 Classificações dos Atos Terroristas.....	132
4.4 O Perfil do Terrorista.....	137
4.5 Terrorismo e Crime Organizado.....	143
4.6 Terrorismo no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	147
5 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O COMBATE AO TERRORISMO.....	157
5.1 Segurança: Dever do Estado e Direito Fundamental dos Cidadãos.....	157

5.2 A Proibição de Infraproteção.....	161
5.3 O Inimigo e o Terrorista.....	170
6 CONCLUSÃO.....	174
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	178

1 INTRODUÇÃO

No ano de 1985 o mundo jurídico acadêmico foi apresentado a um novo instituto, denominado pelo jurista alemão Günther Jakobs de “direito penal do inimigo”. Fazendo-o, naquela ocasião, numa palestra proferida acerca dos avanços que o Direito Penal germânico havia alcançado nas últimas décadas, o mesmo doutrinador viria a discorrer sobre ele em duas outras ocasiões, até que, por fim, o teorizou de maneira impar e com contornos de relevância mundial.

O cerne da tese alhures mencionada consiste numa análise da viabilidade de se promover uma relativização – e, eventualmente, até mesmo uma supressão – de direitos fundamentais historicamente consagrados tanto em constituições quanto em documentos de vigência internacional. Isso, para aqueles indivíduos tidos como inimigos da sociedade, segundo a definição de inimigo construída pelo também teuto filósofo Karl Luhman.

O direito penal do inimigo também foi objeto de atenção do catedrático espanhol Jesus-Maria Silva Sánchez, que, ao desenvolver sua tese das “velocidades do Direito Penal”, foi ao encontro do que Jakobs havia explanado a partir de quando constatou que existem determinados delitos que, uma vez verificados, são alvo de uma resposta estatal diferenciada, que, de maneira extremamente célere, culmina na aplicação de antecipações de tutela penal e em incidência de reprimendas bastante severas.

Ambos os pensadores foram rispidamente crimiados pelos setores garantistas da doutrina penal, mas é certo que suas teses encontram-se diretamente dirigidas aos atos criminosos praticados por organizações terroristas e criminosas em geral, e não para todo e qualquer criminoso, ainda que contumaz.

De fato, não faltam exemplos de interferências nocivas causadas na sociedade por obra das organizações especialmente criadas para o fim de propagar a violência e o terror perante aqueles que não comungam dos mesmos pensamentos e sentimentos religiosos, éticos, étnicos, filosóficos, políticos e morais, dentre outros.

Os atentados terroristas perpetrados contra os Estados Unidos em 2001, a Espanha em 2004, a Grã-Bretanha em 2005, a Índia em 2008 e,

mais recentemente, na Nigéria, no Quênia e na França, demonstram que o terrorismo é efetivamente um grande inimigo a ser combatido no século XXI, sendo que a adoção de medidas preventivas consistentes no incremento da legislação penal e processual penal a fim de torná-las aptas a enfrentar esta nova realidade é algo que seriamente deve ser considerado.

Nessa seara, é extremamente equivocado pensar que tal ameaça se encontra longe do Brasil. Basta trazer à lume os atentados ocorridos contra a Associação Mutual Israelita Argentina, em Buenos Aires, no ano de 1994, dos quais resultaram centenas de mortos e feridos, para constatar que as ações terroristas possuem dimensões universais e cuja incidência já se manifestou às portas brasileiras.

Soa, dessa forma, extremamente importante analisar a viabilidade de aplicação efetiva do direito penal do inimigo como forma de combater eficazmente os crimes praticados por organizações terroristas. Paralelamente a isso, é vital delimitar de maneira precisa no que consiste o terrorismo, diferenciando as organizações terroristas de organizações criminosas comuns e de simples concursos de pessoas, justamente para que não ocorram generalizações capazes de deturpar o real significado dos institutos.

Diante dessa breve exposição inicial, questiona-se: seria possível aplicar o direito penal do inimigo aos atos criminosos praticados por organizações terroristas, de modo a relativizar direitos fundamentais de autores delitivos para que a sociedade, de maneira generalizada, possa ser beneficiada?

Em síntese, o presente trabalho buscará apreciar a eventual possibilidade de fazer incidir a tese do direito penal do inimigo, conforme preconizado por Günther Jakobs e Jesus-Maria Silva Sánchez, com a finalidade de promover combate eficaz às ações de organizações terroristas, inclusive sob o prisma do ordenamento jurídico pátrio.

Para tanto, inicialmente se procedeu a uma análise da evolução do Direito Penal desde os tempos primitivos até a atualidade. Nessa seara, aspectos da criminologia foram levados em conta, da mesma forma que as discussões doutrinárias acerca dos sistemas penais. Também importante, as crises de legalidade e de confiança que permeiam a relação entre

governantes e governados mereceram atenção, no intuito de verificar, por meio delas, se há legitimidade social para a discussão do direito penal do inimigo.

Em seguida, o direito penal do inimigo foi minudentemente analisado em todos os seus aspectos, no intuito de obter um real significado do instituto, seus embasamentos filosóficos, as correntes doutrinárias que discorrem acerca do assunto e as maneiras pelas quais o direito penal do inimigo atualmente se mostra no mundo.

Posteriormente, no quarto capítulo, o terrorismo foi objeto de considerações destinadas a aferir seu conceito e alcance, a evolução histórica do terrorismo, as modalidades do terrorismo e, especialmente importante, o perfil psicológico do terrorista.

Finalmente, se procedeu a uma análise da possibilidade de que o direito penal do inimigo seja utilizado como arma de combate ao terrorismo, tendo como parâmetro o direito fundamental à segurança e a obrigação do Estado em atender ao comando constitucional da proibição de proteção deficiente, ou infraproteção.

Dentre os principais métodos de pesquisa existentes para o desenvolvimento de um trabalho científico, foi adotado o método dedutivo, realizando-se uma análise de aspectos gerais de temas versados para que, num segundo momento, se atinja o ponto específico que justifica sua existência.

Subsidiária e acessoriamente, foram ainda utilizados os métodos histórico e comparativo, pelo enfoque que necessariamente foi dado à evolução histórica dos institutos versados no trabalho, bem como de seus funcionamentos em outros ordenamentos jurídicos.

Por derradeiro, no que tange à técnica utilizada para a realização do trabalho, esta foi baseada na consulta à doutrina impressa e digitalizada, bem como à jurisprudência construída pelos tribunais pátrios e estrangeiros.

2 ESCORÇO HISTÓRICO: A SOCIEDADE E O CRIME

Falar de institutos correlatos ao Direito Penal é sempre algo atual, da mesma forma que discorrer acerca das minúcias que cercam um fenômeno criminoso é algo que sempre trará consigo a marca da contemporaneidade. Todavia, tais assertivas somente podem ser formuladas porque o crime é um fenômeno tão antigo quanto o próprio homem e sempre acompanhou a sociedade em sua evolução.

Basta, para tanto, considerar – sob uma ótica criacionista – que os primeiros seres humanos foram autores de uma grave desobediência contra o Criador e que tal prática lhes custou a vida no paraíso. Dentre seus descendentes diretos, de maneira não menos notável, está o primeiro homicida de que se tem notícia, Caim, fraticida de Abel. Bastante claras, assim, até mesmo nas primeiras páginas da Bíblia, as noções de acordo, transgressão e punição merecida.

De fato, não há notícia de nenhuma comunidade, das mais arcaicas às mais evoluídas, que em algum momento tenha deixado de se ocupar das ocorrências lesivas ao bem comum e buscado formas de combater os fenômenos delitivos. Por certo, sendo o ser humano tão complexo em seus sentimentos, anseios e ações, é de se concluir que o crime jamais deixará de se fazer presente.

Parece bastante curioso ou contraditório que o ser humano tenha se voltado à vida em grupo como tentativa de superar as injunções que o acometiam e encontrado justamente nessa união um fenômeno tão desestabilizador para a ordem.

Talvez Thomas Hobbes estivesse realmente certo quando afirmou que “o homem é lobo do próprio homem”, mas a certeza que podemos extrair de tais constatações é o fato de que desde a mais antiga das civilizações até a sociedade atual, legislações são construídas e edificadas para combater as ocorrências criminosas, de sorte que a análise do surgimento e da evolução do Direito Penal e do modo como a sociedade lida com o delito é de vital importância para o desenvolvimento posterior do mister do presente trabalho.

Todavia, maior relevância alcança no presente ensaio o estudo da evolução do Direito Penal porque o tema do direito penal do inimigo é essencialmente uma doutrina rígida e de exclusão, que permite o alijamento social de determinados indivíduos nocivos ao bem comum e, muito embora seja tida como atual, os contornos que levaram a ela datam de tempos passados e de construções filosóficas clássicas.

Vale o alerta de Manuel Monteiro Guedes Valente (2010, p. 21):

A construção dogmática de um Direito penal do inimigo não é dos nossos dias nem é uma novidade, excepto o tom proclamatório da designação *Direito penal do inimigo* ou, como arrasadoramente escreve MUÑOZ CONDE, *Direito penal bélico*. As manifestações de um Direito penal cujo delinquente de determinados tipos de crime – v.g., terrorismo e conexos ao terrorismo, tráfico de drogas e de armas – não é ou não deve ser considerado como cidadão, mas como um cancro societário que deve ser extirpado, estão inscritas na história da humanidade.

Como se vê, nova não é a ideia, mas sim a terminologia dada a ela. Mister, pois, uma análise da evolução história da punição delitiva.

2.1 Os Tempos Primitivos

Para efeito do presente estudo, considerar-se-á como primitivos os primeiros núcleos de seres humanos dotados de certa organização, ainda que não elaborada ou existente somente de maneira superficial e rudimentar.

De fato, foi exatamente assim, de maneira arcaica, mas constante, que o Direito viu sua gênese. Mesmo quando a escrita sequer existia, um código de normas orientava a vida daqueles que viram na vida conjunta um mecanismo de defesa da espécie humana. Mesmo sem regulamentação, determinadas atividades somente eram desenvolvidas por membros do sexo masculino, enquanto outras eram de responsabilidade feminina e as noções de certo e errado foram estabelecidas de maneira rígida, conforme as necessidades da coletividade.

De proêmio, vigeu entre esses grupos humanos a vingança privada, que se caracteriza pela absoluta ausência de intervenção de um ente imparcial e equidistante aos envolvidos, responsável por proferir uma decisão acerca do conflito surgido. Não havia então a menor noção de Estado, sendo

que era a própria vítima, sua família e, em alguns casos, a própria tribo, que impunha a punição que entendesse pertinente ao infrator, não sendo difícil concluir pela absoluta desproporcionalidade e crueldade com que se reprimia o criminoso.

Num momento seguinte, surgiu o que se convencionou denominar de fase da vingança divina. Aqui, o advento de uma religiosidade exacerbada fez com que a crença em seres sobrenaturais e superiores impusesse um severo controle das ações dos membros do grupo, haja vista que o medo da punição e da fúria divinas, ensejadas pelas transgressões, não era menor do que o medo das espécies superiores que sondavam a vida dos humanos de então e frequentemente ameaçava dizimar toda uma comunidade.

O traço de religiosidade marcante das sociedades primitivas foi muito bem explorado por Julio Fabbrini Mirabete (1994, p. 35):

Nos grupos sociais dessa era, envoltos em ambiente mágico (vedas) e religioso, a peste, a seca e todos os fenômenos naturais maléficos eram tidas como resultantes das forças divinas (“totem”) encolerizadas pela prática de fatos que exigiam reparação. Para apalaçar a ira dos deuses, criaram-se séries de proibições. (religiosas, sociais e políticas), conhecidas por “tabu”, que, não obedecidas, acarretavam castigo.

Assim, é interessante perceber que pela visão então dominante, a ordem na sociedade era do agrado dos deuses, de sorte que as turbações promovidas pelo crime ensejavam a ira dos entes superiores. O infrator, então, precisava ser punido como medida hábil a amainar a cólera divina.

Em outras palavras, a punição se dava em nome do divino e a sua tutela era primordial, vindo os entes da comunidade em segundo plano. O criminoso devia ser punido porque a conivência para com seu ato implicaria na destruição do próprio núcleo social, a partir de quando os deuses se vingariam da petulância humana responsável pelo desvio de conduta.

O crime foi alçado ao *status* de tabu e à noção de delito foi atrelada a ideia de pecado. Nesse particular, Mário Coimbra (2002, p. 15) leciona:

Todo o misticismo que regia o homem primitivo fez com que, durante séculos, o delito fosse enfocado mais como um pecado do que como uma ofensa à ordem social; e a aplicação da reprimenda tinha como escopo principal acalmar o ente divino, sem a preocupação de restaurar a harmonia vilipendiada. Tal concepção de delito, aliada ao poder despótico da classe sacerdotal, trazia, como consequência, a extrema crueldade da pena em tal período.

É possível identificar, na história, que as primeiras legislações escritas da humanidade datam precisamente de tal período. Pode-se citar, dentre elas, o Código de Hamurabi (Babilônia), o Código de Manu (Índia), os Cinco Livros (Egito), o Livro das Cinco Penas (China), o Avesta (Pérsia) e o Pentateuco (Israel). O ponto comum existente entre elas é que cada uma, com suas peculiaridades locais, trazia em seu bojo a lei de talião, ou seja, o objetivo de fazer com que um determinado mal advindo do crime fosse compensado com um mal semelhante a seu autor, o que, é bem verdade, muitas vezes resvalava para uma notória crueldade.

Atenção especial merecem também os hebreus, haja vista que a análise de suas noções jurídicas deve ser subdividida em dois momentos distintos. Inicialmente, o Direito Hebraico ou Mosaico também tinha por preceito basilar a teocracia, mas eles se diferenciavam de outros povos antigos porque adotavam o monoteísmo e não o politeísmo, o que significa que suas crenças religiosas estavam atreladas à existência de um único Deus.

Assim, os hebreus, de proêmio, sinalizaram que esse Deus único orientou a criação de um código responsável por descrever condutas de observância obrigatória, sendo que em virtude do fato de ter sido Moisés o escolhido do criador para redigir tais normas, o sistema criado é até hoje denominado de Mosaísmo.

Sob sua égide, os juízes se transformaram em verdadeiras semi-divindades, uma vez que cabia a eles a aplicação de leis ditadas por Deus aos casos concretos e, em geral, pode-se dizer que as normas utilizadas pelo Mosaísmo inicialmente trouxeram alguns avanços, como sintetiza Élcio Arruda (2009, p. 41):

O Mosaísmo enfoca a preponderância da humanidade, do amor a Deus e ao próximo, da benevolência, da complacência, da solicitude em relação aos fracos e oprimidos (“ser”), sem distinção no

tratamento entre homens, porque todos – mesmo os escravos – eram sujeitos de direitos e deveres, com possibilidade de libertação (Êxodo XXI, 26-27; Levítico XIX, 20). Enfim, a lei mosaica ostentava feição humanitária, permeava-lhe cultura científica inédita à época, circunstância corroborante de sua inspiração divina e determinante, por certo, de sua consagração universal.

Além disso, a religiosidade monoteísta não era menos profícua do que os expoentes do politeísmo em se tratando de temor causado nos indivíduos a uma sanção posterior vinda de Deus, em virtude da desobediência a seus preceitos. Isso tinha, nos hebreus em especial, um efeito bastante interessante, assim explicado por Emeric Levai (1967, p. 93):

O temor de causar um mal injusto a alguém e cair no desagrado divino, levou os magistrados hebreus a observar rigorosamente os preceitos informadores de uma justiça imparcial, justa e humanitária, recomendada em numerosas passagens das escrituras (...) surgindo com o tempo uma forma empírica de defesa popular, cujo exercício, somado a outras cautelas judiciárias, compensava a grave hipertrofia (...) referente ao controle da prova.

Contudo, a visão humanitária acima referida ficou em muito circunscrita a uma feição isonômica, pois as sanções mantiveram um caráter de severidade considerável. Tal assertiva pode ser extraída de diversas passagens bíblicas até hoje estudadas pelas religiões cristãs. Forte exemplo é o extenso rol de maldições que recaíam sobre os violadores das leis divinas, sobre os seus descendentes e seus bens, elencado em Deuteronômio, capítulo 28.

A concepção de vingança divina consubstanciada nos manuscritos bíblicos prevaleceu até o momento em que os hebreus passaram a adotar como instrumento repressivo de cunho penal o denominado *Talmud*. Tal compendio normativo destacou-se por mitigar os excessos decorrentes do talião, substituindo em diversas hipóteses a pena de morte pela prisão perpétua, muitas vezes sem sequer trabalhos forçados. Trata-se de uma segunda grande fase da aplicação do Direito Penal do povo hebreu.

Os hebreus foram responsáveis também por elaborar as primeiras sanções pecuniárias de que se tem notícia, numa espécie de compra da liberdade por parte do infrator. É verdade, contudo, que tais

avanços, embora significativos, não extirparam da noção de crime o cunho religioso que até então sempre se fizera presente.

De fato, os hebreus foram responsáveis por, superada a vingança divina, distinguir os crimes que atentavam contra o divino daqueles que somente violavam interesses dos semelhantes. A pena, de seu turno, manteve seu aspecto purificador, sendo ela o meio pelo qual o autor do delito se redimia e encontrava sua salvação após ter atentado contra o meio em que vivia ou contra a divindade cultuada, impedindo que a cólera desta recaísse sobre toda a comunidade.

Perceba-se, por fim, que neste momento inicial, em que o ser humano dava os primeiros passos na construção de uma interação social significativa, inexistia, em absoluto, qualquer estudo ou questionamento de caráter criminológico. Como o crime estava intimamente atrelado ao pecado, é de se concluir que uma ocorrência criminosa representava um desvio do indivíduo que a cometesse, o que tanto poderia advir de uma moral defeituosa quanto da influencia nociva das entidades maléficas.

Esse Direito rudimentar somente seria superado, em parte, com os avanços introduzidos pelos gregos e pelos romanos.

2.2 Grécia e Roma

Dentre as antigas civilizações, o desenvolvimento cultural e humanístico alcançado pelos gregos e pelos romanos foi notável, sendo necessário analisar, ainda que brevemente, a maneira como tais sociedades bastante particulares e, em alguns aspectos, requintadas, reagiam ao fenômeno criminoso.

Talvez a maior contribuição dos gregos para o Direito tenha sido o olhar criterioso lançado pelos numerosos filósofos que fizeram da Grécia antiga o berço da cultura ocidental, para assuntos como ciência política, justiça, ética e o direito da liberdade incito ao ser humano.

Na visão de Cleber Masson (2014, p. 61), os gregos “contribuíram ao colocar em pauta discussões relevantes acerca do direito de punir e a finalidade da pena que, no futuro e até nos dias de hoje, atormentam as mentes dos juristas”.

Tem-se, assim, que é precisamente na Grécia clássica que se pode encontrar as raízes de uma ciência penal, assim concebida e entendida como um conjunto de estudos, normas e preceitos que norteiam a aplicação do Direito Penal. Foram os gregos, no apogeu de sua civilização, que pela primeira vez questionaram as finalidades da pena e a legitimidade para impor punições.

Nessa seara, ainda que fossem extremamente religiosos e politeístas, os gregos agregaram às punições de infrações penais um viés acadêmico e científico que culminou na assunção de reprimendas notoriamente mais humanitárias quando comparadas com as vigentes em povos anteriores ou contemporâneos a eles.

Ao lado de tal aspecto notoriamente hermenêutico, o Direito Penal dos gregos foi influenciado por outra característica de sua sociedade: a vinculação do homem ao Estado. De fato, todos os assuntos importantes que precisavam de uma solução adequada no seio das comunidades gregas precisavam passar pelo crivo da democracia, e todos os cidadãos notáveis (assim entendidos como homens livres) tinham o poder de se manifestar sobre eles. Para os gregos, democracia consistia na união entre homem e Estado, sendo ambos dependentes mutuamente entre si.

A título de exemplo, basta dizer que na cidade-estado de Atenas havia autorização para que um indivíduo reconhecidamente culpado pela prática de um crime, fosse isento de pena quando comprovado que sua morte pudesse trazer efeitos nocivos aos indivíduos inocentes que dele dependiam para a promoção de seu sustento. Ora, se Estado e homem estavam intrinsecamente unidos, não era dado às autoridades do Estado o poder de aplicar punições que, recaindo sobre o homem, pudessem trazer efeitos nocivos para a sociedade com um todo.

Os gregos, entretanto, foram bastante cruéis no que diz respeito aos métodos persecutórios empregados, não verificando qualquer problema em se valerem de tortura para o alcance de confissões e outros meios de prova. Tal constatação implica num tremendo paradoxo, haja vista que a humanidade das sanções é extremamente contrária à rigidez da instrução.

Afirma Mário Coimbra (2002, p. 20):

A utilização dos tormentos contra suspeitos da prática de crimes contra o Estado, torava não só desumano o procedimento criminal, mas também colocava qualquer cidadão nas mãos de caluniadores, permitindo que pessoas de má índole acusassem outrem por ódio, vingança, malignidade etc e, embora a normação penal fosse rígida com o delito de calúnia, a aludida postura estatal não obstava tal prática ignóbil.

Os gregos estavam, neste ponto em especial, em paridade com as demais civilizações do mundo antigo e causa espécie que sua filosofia tão desenvolvida e o discurso relativamente humanitário que lançaram sobre as penas não tenham alcançado a seara da persecução penal. Espantoso ainda que tal desenvolvimento cultural não tenha se atentado, mas é certo que os avanços dos gregos foram deveras importantes e suas falhas devem ser menos reprovadas quando se atenta para o momento histórico em que foram verificadas.

Nunca é demais frisar, contudo, que foram os gregos que iniciaram o discurso das finalidades de se instituir um Direito Penal e foram os primeiros que questionaram as funções da pena, num prelúdio do que inúmeros séculos depois ensejaria os doutrinadores europeus a desenvolverem os sistemas penais funcionalistas, futuros objetos do presente estudo.

Logo em seguida aos gregos, impõe-se um estudo do Direito Romano. Por Direito Romano entende-se o conjunto de normas vigentes e aplicadas no âmbito do Império Romano, no período compreendido entre a fundação da cidade de Roma e a morte do imperador Justiniano I, o Grande. Trata-se de um lapso temporal que abarca cerca de 1.300 anos.

Em virtude de se tratar de um compêndio de atos normativos que surgiu e se aprimorou juntamente com o próprio Império de Roma, não é raro que a doutrina divida o estudo do Direito Romano em fases, cada uma delas representando e correspondendo a um período da história de Roma. São elas: Monarquia, República, Principado e Império. Este último, vale destacar, é o principal conceito de autoria de José Cretella Júnior (1998, p. 2), que destaca a seguinte acepção:

A expressão direito romano é empregada ainda para designar o *Corpus Juris Civilis*, conjunto ordenado das regras e princípios jurídicos, reduzidos a um corpo único, sistemático, harmônico, mas

formado de várias partes, planejado e levado a efeito no VI século de nossa era por parte do imperador Justiniano, de Constantinopla, monumento jurídico da maior importância, que atravessou os séculos e chegou até nossos dias.

De fato, o *Corpus Juris Civilis* pode ser entendido como o ponto máximo do ordenamento romano, razão pela qual muitas vezes é confundido com o próprio Direito Romano, conforme leciona Élcio Arruda (2009, p. 46):

Na órbita penal e judiciária penal, o direito romano careceu de elaboração científica e de coordenação sistemática. A constatação, contudo, não empana seu irrefugável valor histórico, sua primazia sobre os velhos sistemas e sua relevância na estruturação dos sistemas jurídicos modernos.

Bastante apropriada a lição, pois o arcabouço normativo produzido pelos romanos foi o responsável por reger todo o mundo conhecido em sua época. Não é exagero dizer que Roma é a fonte das instituições jurídicas contemporâneas, principalmente daquelas correlatas ao Direito Civil e ao Direito Privado como um todo – expressão que, aliás, é oriunda dos romanos, por terem sido eles os milenares autores da dicotomia jurídica consubstanciada em Direito Público e Direito Privado.

No que concerne especificamente ao Direito Penal, a contribuição de Roma e seu império se deu com a distinção entre crimes públicos e privados. Os crimes públicos consistiam naqueles perpetrados contra o Estado, a exemplo de conspirações políticas e traições, bem como o homicídio, ao passo que todos os demais, em razão de verdadeiro critério residual, eram considerados crimes privados. Vê-se que a mencionada distinção entre ramos do Direito se fez presente também por ocasião da classificação dos crimes pelos romanos.

Contribuição sumamente importante dos romanos é noticiada por Cleber Masson (2014, pp. 62-63):

Ao final da República foram publicadas as *leges corneliae e juliae*, as quais criaram uma verdadeira tipologia de crimes para a época, catalogando os comportamentos criminosos. Foi a primeira manifestação, ainda que tímida, do princípio da reserva legal.

Os romanos, assim, foram os pioneiros da legalidade, ainda que sem a profundidade do conceito que hoje se emprega a ela. Tal medida denotou, contudo, que as condutas consideradas criminosas deixaram de estar apenas no livre arbítrio do julgador e passaram a configurar previsões objetivas que configuravam modelos de conduta que, caso verificados na prática, originavam infrações penais.

Por fim, destacaram-se os romanos em elaborar institutos notáveis para o que se pode entender como uma teoria geral do Direito Penal, como é o caso do nexos de causalidade, dos elementos subjetivos do tipo, incidência de caso fortuito e força maior para a produção de um fato típico, excludentes e ilicitude e dosimetria de penas. Isto, muito embora eles se utilizassem de tais institutos de maneira casuística, não havendo uma preocupação na teorização deles e tampouco no viés científico representado por tais temas penais.

Pode-se concluir, à vista do exposto, que mesmo empregando métodos bastante arcaicos e violentos, inclusive durante o que se pode entender atualmente como perseguição penal, além de serem influenciados pela religião, os gregos e os romanos foram os primeiros povos que buscaram conferir certa cientificidade ao Direito Penal.

E embora eles pactuassem do pensamento de que criminosos devem ser alienados na sociedade, a maneira como tal alienação devia ocorrer e a intensidade de sua verificação passaram, pela primeira vez no histórico da evolução humana, a ocupar o pensamento dos juristas.

2.3 Idade Média e Direito Canônico

Quando o outrora grandioso Império Romano ruiu, teve início a Idade Média, chamada ainda de era das trevas. Tal período perduraria, segundo majoritário consenso entre historiadores, até a tomada da cidade de Constantinopla pelos muçulmanos, em 1453. Neste lapso temporal bastante extenso, a influência que a Igreja Católica exerceu sobre os mais variados aspectos da vida humana foi extremamente grande. Felipe Rinaldo Queiroz de Aquino (2009, p. 41) assevera que:

Quando os bárbaros atacaram o edifício romano ele estava podre e só tinha aparência. Caiu por conta de seus erros e imoralidade. Mas, no meio do caos gerado no Ocidente havia a Igreja Católica, capaz de organizar a desordem instalada e de integrar os bárbaros na civilização. Firme em torno do Bispo de Roma, o Papa, a Igreja Católica era o único ponto estável num mundo em que tudo estremecia.

Tais circunstâncias, agravadas ainda pelo fato de que o parco saber científico da época se encontrava encarcerado nos mosteiros, explicam de maneira simples o predomínio que a Igreja Católica teve sobre o mundo medieval.

Referido predomínio não ficou restrito à vida espiritual das pessoas, mas, ao contrário, espalhou-se por todos os aspectos da vida social do medievo, de sorte que o poder temporal detido pela religião era tão significativo quanto seu predomínio espiritual.

Natural, pois, que se desenvolvesse um corpo de normas jurídicas que regulassem a vida em sociedade. E os católicos criaram um ordenamento de veras peculiar que em muitos aspectos foi retirado dos despojos do Império Romano, aproveitando as evoluções que o Direito ali tinha alcançado e moldando-o conforme suas necessidades, até que se verificou o surgimento de um verdadeiro Direito Canônico, dotado de seu expoente penal.

O primeiro ponto a ser aqui mencionado consiste no fato de que o Direito Canônico, diferentemente dos demais até aqui analisados, não se encontra superado, mas apenas modificado. De fato, até hoje a Igreja Católica possui legislação própria para reger seus membros e tais disposições, por força de tratados internacionais denominados de concordatas, são reconhecidas pelos países e até hoje vigem de maneira plena no âmbito religioso.

Em segundo lugar, de se reconhecer que o Direito Canônico não superou as legislações dos Estados europeus que naquela época estavam nascendo. Do contrário, conviveu com elas, justamente porque havia uma divisão entre delitos que ofendiam a ordem divina (julgados pelos tribunais eclesiásticos), meros delitos seculares (ofendiam apenas o ordenamento jurídico laico, sendo julgados pelos tribunais estatais) e os *delicta mixta*,

delitos mistos (que ofendiam as ordens religiosas e laicas, sendo de competência do tribunal que primeiro tomasse conhecimento do fato).

Como decorrência dos postulados religiosos aplicados à seara jurídica, o Direito Canônico proclamou a isonomia entre as pessoas, buscou a prevalência de um Direito Penal subjetivo e aboliu as ordálias e duelos judiciários que eram comumente verificados entre os povos germânicos que invadiram o Império Romano.

A imposição das penas, sob a ótica do Direito Canônico, passou a ter como fim não apenas a expiação da culpa, mas também a regeneração do condenado, ou seja, sob o prisma das ordenanças canônicas católicas pela primeira vez se falou numa prevenção especial positiva.

Mais do que isso: houve aqui um rompimento com a antiga ideologia primitiva de que o mal praticado por alguém ensejasse consequências capazes de atingir todo o grupo. Como mencionado, o subjetivismo do Direito Canônico fez com que o crime fosse entendido como um mal de apenas uma pessoa e que somente ela poderia ser alvo de punições.

Via de consequência, superado período punitivo, acenava-se com a possibilidade de regresso do indivíduo ao seio da sociedade, pois ele nada mais devia perante aquelas pessoas. E mais: como havia tido seu período de reflexão, estava mais próximo de Deus e esperava-se que não mais delinquisse.

Explica João Bernardino Gonzaga (1993, p. 135):

De acordo com o pensamento da Igreja, a prisão penal não se destinava a castigar o condenado, mas a levá-lo ao isolamento propício à reflexão salvadora, bem como servia para impedir que ele continuasse a exercer más influências no rebanho cristão.

O fato de ser o homem concebido pelo catolicismo como imagem e semelhança de Deus fez com que o respeito aos direitos fundamentais se desenvolvesse na aplicação de suas disposições normativas e a pena de morte era utilizada somente em último recurso, notadamente nos casos de heresia, onde o conceito de pureza humana como criação divina era

relativizado em virtude da corrupção moral apresentada pela pessoa que, em tese, tinha renegado seu Deus e a igreja por Ele instituída.

Eis o ponto crucial para que uma importante observação seja feita. Por ser o Direito uma ciência humana e que se afasta do empirismo como método, é possível que conclusões distintas sejam alcançadas com base nas mesmas premissas. Assim, é que mesmo dentro de um determinado período histórico ou de uma mesma concepção, como pode-se entender o Direito Canônico, há aqueles que divergem da majoritária doutrina e é precisamente aqui que impera destacar a observação feita por Manuel Monteiro Guedes Valente (2010, p. 30):

Há penalistas, como GRACIA MARTÍN, que consideram que S. TOMÁS DE AQUINO aborda a questão da infração como um pecado e que o pecador deve ser morto pelo Estado como um animal – *velut bestia*. Esta teorização advém da ideia defendida por S. TOMÁS DE AQUINO de que a dignidade humana não se encontra em todos os homens, só nos homens virtuosos.

Curioso que um postulado tão próximo do direito penal do inimigo tenha vindo justamente de um religioso, durante um período que se tornou notório pela aplicação das máximas cristãs às práticas punitivas.

Como se verá mais adiante, a afirmação de que a dignidade humana não é incita aos homens, mas somente aos homens virtuosos pode, com efeito, ser extraída do segundo volume da *Summa Theologica* escrita por Tomás de Aquino entre 1265 e 1273, e se encaixa perfeitamente aos ditames do direito penal do inimigo propostos por Günther Jakobs.

A constatação acena ainda com o fato de que em toda a história da humanidade, mesmo nos períodos de maior influência da Igreja Católica, houve um discurso de rigidez contra o crime que demonstra a intolerância da sociedade para com o fenômeno delitivo.

Veja ou outra, vezes se levantaram contra a simples ideia de punição do criminoso e sua reintegração social, pregando sim uma verdadeira exclusão do agente delitivo do convívio social, com base no preceito de que há pessoas que sempre andam na retidão; pessoas que eventualmente falham e merecem ser perdoadas; e pessoas que se afastam de tal forma da

ordem vigente que sua exclusão do seio da comunidade é a única forma de se promover a segurança para os que nela habitam.

Em que pese tais excessos, contudo, é certo que o Direito Canônico, de modo geral, abriu caminho para a assunção do período humanitário das penas e do Direito Penal, que caminhou concomitantemente ao iluminismo.

2.4 Período Humanitário e Nascimento da Criminologia

O século XVIII viu, na Europa, uma renovação do pensamento cultural, sociológico, científico e filosófico que permitiu que tal período ficasse conhecido como idade das luzes, ou iluminismo. Aqui houve uma mobilização do poder da razão com o objetivo de modificar a sociedade e suas instituições e revolucionar o comportamento do povo frente a questões como a crença em Deus e o poder do Estado.

No Direito, o que se viu foi uma forte contestação à severidade com que os monarcas europeus absolutos dirigiam os sistemas judiciais, à utilização da tortura como meio persecutório e à severidade das sanções que eram impostas. Tudo isso, principalmente depois que Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, publicou sua famosa obra *Dos Delitos e Das Penas*.

Construído com base nas experiências pessoais de seu autor enquanto recolhido ao cárcere, *Dos Delitos e Das Penas* pode ser considerado um divisor de águas na história do Direito Penal e na maneira como a sociedade vê e entende o fenômeno criminoso.

Dentre vários outros assuntos, Beccaria apontou que somente as leis poderiam fixar as penas para os crimes, o que acabou por levar ao surgimento do princípio da legalidade na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789. Além disso, somente os magistrados poderiam proferir julgamentos, sempre aplicando literalmente a lei.

Beccaria acusou a ausência de publicidade dos julgamentos e teorizou acerca da impossibilidade de que alguém seja considerado culpado até o advento da condenação definitiva. Asseverou que a tortura não pode ser válida como meio de prova, que deve haver proporcionalidade entre a gravidade dos delitos e as penas aplicadas e que a finalidade da pena deve

ser unicamente o desestímulo ao criminoso em cometer novas infrações penais.

Foi por intermédio de tais ensinamentos que se percebeu que as arbitrariedades se opõem aos interesses públicos e sociais e, por encontrar legitimidade para suas teses nos anseios coletivos de humanização das penas, Beccaria estava em plena consonância com as teorias contratualistas de Estado que estavam tão em voga no período em que ele escreveu sua famosa obra.

Além de tais postulados de suma importância e que até a atualidade orientam o Direito Penal, o século XVIII viu surgir também a criminologia. Isso quer dizer que a partir do desenvolvimento filosófico iluminista, teve início um estudo aprofundado do crime e do criminoso.

De fato, ainda que na antiguidade clássica (com Homero, Aristóteles, Platão e Hipócrates) e na Idade Média (principalmente com São Tomás de Aquino, como visto anteriormente) tenham existido contribuições acerca do fenômeno criminal, não é possível dizer que havia ali uma ciência criminológica, diante da ausência de construções sólidas ou teorias elaboradas para delimitação dos objetos de estudo.

A criminologia, assim entendida como a ciência autônoma, empírica e interdisciplinar que tem como objeto a análise do crime, do criminoso, da vítima e do controle social, surgiu e se desenvolveu através do pensamento de diversos filósofos e juristas iluministas que se agruparam em escolas ou movimentos que divergiam uns dos outros no modo como desenvolviam suas doutrinas, sendo que a análise de tais escolas criminológicas é importante porque demonstra os contrastes da análise científica do delito.

2.4.1 Escola clássica

Da mesma forma que se verificará mais adiante no estudo dos sistemas penais, os pioneiros do estudo de determinada ciência tradicionalmente chamados de clássicos, muito embora seja certo que quando do desenvolvimento de seus pensamentos ele eram verdadeiros progressistas e não antiquados.

A criminologia clássica surgiu dos ensaios científicos de John Locke, Baruch Spinoza, Voltaire, Montesquieu e Pierre Bayle, tendo como os grandes expoentes Francesco Carrara, Giovanni Carmignani e o próprio Cesare Bonesana, que de maneira geral entendiam que os seres humanos detêm condições de alterar o mundo em que vivem mediante o exercício das capacidades e do engajamento na política e na sociedade, justamente porque adotam uma premissa comum: o livre arbítrio.

Os expoentes da escola criminológica clássica entendiam que a cada pessoa é dado o poder de escolher entre fazer o bem e fazer o mal. Escolhendo ela a prática criminosa, evidentemente uma má escolha, tal situação somente pode ser entendida como decorrência do livre arbítrio do indivíduo.

Desta feita, conclui-se que a responsabilidade penal, para os pioneiros da criminologia, era uma verdadeira responsabilidade moral, já que se sustentava no livre arbítrio. O criminoso nada mais era do que alguém que, tendo tido oportunidade de escolher o caminho correto, optou em seguir o tortuoso caminho delitivo.

Explicando o pensamento compendiado por Francesco Carrara, Julio Fabbrini Mirabete (1994, p. 39) assinala que:

Para ele, o delito é um “ente jurídico” impelido por duas forças: a física, que é o movimento corpóreo e o dano do crime, e a moral, constituída da vontade livre e consciente do criminoso. O livre arbítrio como pressuposto da afirmação da responsabilidade e da aplicação da pena é o eixo do sistema carrariano.

Sendo o crime um mal injusto, a pena era vista como o mal justo que a ele se contrapõe e somente poderia ser imposta aos imputáveis, haja vista que como os inimputáveis não possuíam livre arbítrio em razão de sua condição, não podiam ser repreendidos por praticarem o mal.

Com efeito, a finalidade retributiva da pena era preponderante no pensamento dos clássicos, como assevera Luis Flávio Gomes (2007, p. 91):

A maioria dos filósofos desse período tinha uma visão retribucionista do Direito penal, isto é, fundamentava a pena na chamada teoria da retribuição jurídica (Vergeltungsprinzip), o que significa que nenhum

delito jamais poderia ficar sem castigo (a finalidade da pena, em síntese, é – só – a de castigar).

É bem verdade que o cerne do pensamento clássico trazia consigo certos traços de uma religiosidade intrínseca ao aliar o crime à ideia de um mal decorrente do livre arbítrio. Para os clássicos, não havia determinação para a prática criminosa e as ocorrências externas não determinavam ou favoreciam o cometimento do crime, que decorria apenas na vontade do agente.

A escola criminológica clássica se utiliza do método dedutivo, também chamado de lógico-abstrato, o que é bastante coerente a partir do momento em que se constata serem seus defensores mais próximos das ciências jurídicas do que das ciências naturais, que são experimentais. Assim, eles realizavam um silogismo partindo do ideal de livre arbítrio até alcançar a noção de responsabilidade penal por meio do entendimento de que o crime é simples produto da vontade humana desviada.

2.4.2 Escola positiva

Já em meados do século XIX, a escola clássica foi superada pela escola positiva, também chamada de escola positiva italiana porque seus grandes expoentes foram juristas italianos muito respeitados à época.

O positivismo italiano nasceu impulsionado como um meio de aproximar a criminologia das ciências naturais e, por tal razão, era bastante apegado a um rigorismo empírico. A escola criminológica positivista trabalhava com a ideia de que todos os fenômenos, incluindo as ocorrências criminosas, podiam ser comprovados, teorizados e entendidos de maneira experimental.

Via de consequência, o antigo método abstrato-dedutivo da escola clássica foi substituído pela observação fática e pela análise de dados colhidos para o alcance de uma conclusão.

Não demorou muito para que os positivistas italianos abandonassem o ideal de livre arbítrio que até então pautara os estudos criminológicos e concebessem um rigoroso determinismo das ações humanas. Isso quer dizer que o entendimento da escola positiva era de que o

criminoso não cometia crimes simplesmente porque queria, mas sim porque nele se reunia um conjunto de fatores que o impulsionava de maneira determinante ao crime.

Os delitos eram tidos como produtos de fatores internos e externos que incidiam no indivíduo de tal forma que ele, sem capacidade de resistência, era levado à prática criminosa.

O primeiro grande expoente da criminologia positiva foi Cesare Lombroso, justamente o responsável pelo rompimento da noção de que o homem é livre e comete o crime porque quer e autor da concepção determinista do crime.

Acerca de sua contribuição científica, Cleber Masson (2014, p. 75) assinala que:

Com ele se iniciou, de forma científica, a aplicação do método experimental no estudo da criminalidade. Também ofereceu à comunidade jurídica a teoria do criminoso nato, predeterminado à prática de infrações penais por características antropológicas, nele presentes de modo atávico. Em seguida, acrescentou ao atavismo, como causas do crime, também a loucura moral e a epilepsia larvada e, finalmente, por influência de Ferri, alia às causas antropológicas também os fatores físicos e sociais.

Assim, pode-se concluir que criminoso era visto como uma pessoa que se assemelha a um doente, porque ele seria levado por impulsos internos e externos a cometer crimes, não podendo resistir a eles, sendo que a partir de quando há uma visão patológica dos autores de crimes, Lombroso dedicou-se ainda a descobrir os sintomas que revelam a criminalidade, ou seja, a buscar o estereótipo do delinquente, a quem deveria ser imposta pena da mesma forma que um remédio é ministrado a um moribundo.

Para isso, sistematizou e organizou a antropologia criminal após estudar o comportamento e o aspecto físico de soldados veteranos de guerra e presos condenados (clássico exemplo da observação e experimentação que pautou o positivismo italiano).

Por fim, alcançou a conclusão, publicada em sua obra *O Homem Delinquente*, de 1876, de que indivíduos que possuem sobrelhas fartas, molares proeminentes, dessimetria corporal, orelhas excessivamente grandes e anormal envergadura de braços, pés e mãos, estão mais propensos a

incorrer em condutas criminosas. É por esta razão, por vislumbrar o criminoso como alguém disforme e desproporcional, que as teses de Lombroso muitas vezes são consideradas expoentes da antropometria, ou seja, o estudo do indivíduo por meio das medidas de seu corpo.

Psiquicamente, as análises lombrosianas afirmaram que os criminosos eram mais imunes à dor (o que explicaria o fato de a grande maioria deles possuir tatuagens), nutriam aversão ao trabalho, eram vaidosos, cruéis e levianos e tendiam a apresentar superstições e iniciar a vida sexual de maneira precoce.

Esses estudos formaram a base para o surgimento de pesquisas biotipológicas, endocrinológicas e psicopatológicas do crime, ou seja, da criminologia clínica, numa fase pós-Lombrosiana. Atualmente, há alguns poucos estudiosos que defendem a biocriminologia moderna, pelo estudo do criminoso através de seu DNA, muito embora tais pensamentos estejam, em grande parte, superados.

O fato é que Lombroso efetivamente defendia a existência do criminoso nato, falando que ele era uma pessoa antropologicamente diferente dos demais indivíduos, o resultado do atavismo e das heranças genéticas. E pela forte cientificidade que seus estudos demonstravam, a aceitação de suas conclusões foi extremamente considerável.

A Lombroso, seguiu-se Enrico Ferri na defesa do positivismo criminológico. Ferri compartilhava com Lombroso a crença no atavismo do criminoso, mas aos fatores biológicos que motivam o crime, ele agregou também aspectos sociológicos e mesológicos que determinam a conduta delitiva.

Assim, Ferri entendia que não são apenas fatores internos que determinam a prática criminosa, como pregava Lombroso, sendo que ocorrências externas também direcionam o cometimento de delitos por parte dos indivíduos detentores das características apontadas por ele como relevantes para a conduta desviada.

Os fatores externos, por tal ponto de vista, poderiam ser físicos (a exemplo das influências do clima) e sociais (consistentes nas condições ambientais na qual se insere o indivíduo).

Ademais disso, Ferri era adepto de uma responsabilidade penal pessoal que se distanciava da ideia do livre arbítrio, como é comum aos positivistas. Das lições propostas por tal doutrinador, é possível extrair a mais autêntica concepção de sanção penal como um mecanismo de defesa social. Afirma ele (1999, p. 123):

Porque a sociedade humana (nação) pode ser ameaçada e prejudicada no exterior e internamente, o Estado tem duas funções supremas de defesa social, que são: a defesa militar (contra as agressões externas) e a justiça penal (contra as agressões internas, quando estas já se verificaram, e a política e segurança, antes que venham a cometer).

Assim, é importante perceber no pensamento de Ferri a noção de que os atos criminosos são um atentado à sociedade como um todo e merecem um rigor de tratamento estatal tal qual aquele destinado à agressões externas. Trata-se de um pensamento bastante rigoroso que seria retomado muitos anos depois, sob outra ótica, mais adiante tratada. Por ora, é interessante perceber que a pena recebeu menção teórica, por parte desse criminologista, de verdadeiro meio de defesa social.

Por fim, a escola positiva italiana foi marcada por Raffaele Garofalo. Tal doutrinador é responsável pelo que se convencionou chamar de fase judicial da escola positiva porque desenvolveu suas teses numa grande proximidade com o Direito, tendo cunhado a expressão delito natural, que é a definição de crime como sendo o ato que fere os sentimentos que constituem o senso moral da sociedade.

No sentir de Garofalo, o crime era sintoma de uma anomalia moral ou psíquica do indivíduo, anomalia que fazia com que ele se distinguisse dos demais e devesse ser isolado de maneira bastante rigorosa, tanto assim que para os criminosos incapazes de apresentar uma possibilidade de adequação à sociedade e reiterassem suas práticas criminosas, somente restava a deportação ou a morte.

Garofalo era bastante enfático em seu discurso contrário aos criminosos convictos e contumazes, asseverando que não havia motivo para que tais indivíduos tivessem seu convívio social permitido e tolerado porque a

exclusão de alguém que faz mal aos demais é uma característica natural do próprio ser humano. Assevera o seguinte (2005, p. 198):

Supongamos que um individuo, que ha sido presentado en una buena familia, manifesta tener vicios de educacion incompatibles com los habitos de las personas que lo han recibido ¿Cuál será la conducta natural e esta familia? No invitarlo por segunda vez, y no recibirlo si se presenta de nuevo. Con algo más estrepito será expulsado de um *club* um miembro de el, si desconoce los deberes de la cortesia. Un funcionario publico será destituido, si se hace indigno del cargo que se le há confiado. Puede decirse que, en general, cuando um hombre há incurrido, a causa de la violacion de las regras de conducta que se consideran como *esenciales*, en la reprobacion de la clase, del orden o de la asociacion a que pertenece, la reaccion se manifesta de uma manera idéntica, por la expulsión¹.

Os exemplos de Garofalo bem corroboram a afirmação de que o crime, para ele, nada mais era do que um dos muitos comportamentos que demonstram desrespeito de um indivíduo para com os demais que os cercam. Toda associação ou convívio de pessoas, segundo Garofalo, pressupõe respeito e consideração mútuos, sendo que aquele que se distancia disso deve, com muita razão, ser excluído.

O pensamento de Garofalo recebeu respaldo dos demais doutrinadores da criminologia contemporâneos a ele, justamente porque ele está baseado nos sentimentos dos seres humanos e na ânsia de combater aquilo que é ruim, de privar-se daquilo que faz mal, sendo que tal doutrinador não vislumbrava problema algum a que tais postulados fossem aplicados aos criminosos.

Com Raffaele Garofalo, encerra-se o ciclo positivista que, galgado no determinismo, refutou o livre arbítrio e buscou estabelecer o paradigma do criminoso a ser combatido pela sociedade. Décadas após a formulação de seus trabalhos, os excessos da escola positivista dariam

¹ Suponhamos que um indivíduo, que foi apresentado a uma boa família, manifesta vícios de educação incompatíveis com os hábitos das pessoas que o receberam. Qual será a conduta natural desta família? Não convidá-lo uma segunda vez ou não recebê-lo caso se apresente de novo. Com até mais razão será expulso de um clube um membro que desconhece os deveres de cortesia. Um funcionário público será destituído, se mostrar-se indigno do cargo que lhe foi confiado. Pode-se dizer que, em geral, quando um homem incorre numa violação de regras de conduta consideradas *essenciais*, ensejando reprovação da classe, da ordem ou da associação a que pertence, a reação se manifesta de maneira idêntica, pela exclusão.

ensejo às escolas pós-positivistas, responsáveis por buscar um equilíbrio entre os postulados clássicos e positivistas.

2.4.3 Escolas pós-positivistas

As escolas pós-positivistas datam do início do século XX e constituem expoentes de um período comumente denominado de ecletismo, justamente porque rompeu com a dicotomia que marcou a relação entre as duas grandes escolas criminológicas anteriores.

Vários foram os teóricos que se dedicaram ao estudo da criminologia no curso do século passado, sendo certo que diante da enorme quantidade de estudos desenvolvidos sobre o assunto, somente os de maior relevo para o mister do presente ensaio serão aqui enfocados.

Basicamente, todo o desenvolvimento promovido pelos doutrinadores pós-positivistas pode ser agrupado em duas grandes categorias: as teorias do consenso e as teorias do conflito. Aquelas são responsáveis por afirmar que as finalidades da sociedade somente são atingidas quando o funcionamento de suas instituições ocorre de maneira perfeita e tal somente se verifica quando os indivíduos compartilham objetivos comuns a todos os demais. As segundas, por suas vezes, partilham do entendimento de que a ordem e a coesão social se fundamentam na força e na coerção, ou seja, na dominação de alguns e na sujeição de outros, já que simplesmente não há como celebrar acordos numa sociedade onde há tantas diferenças e contradições.

De todas elas, a que mais chama a atenção é denominada de teoria das janelas quebradas, numa livre tradução da terminologia norte-americana "*broken windows theory*". Ela decorre de um experimento de psicologia social realizado pela Universidade de Stanford, no ano de 1982. Com base nos resultados alcançados, o cientista político James Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling formularam a teoria em análise.

O experimento consistiu na colocação de duas viaturas idênticas em pontos diversos dos Estados Unidos: um deles no bairro nova-iorquino do Bronx (região de notória pobreza e conflito) e outro em Palo Alto (região rica localizada no sul da Califórnia). Ali elas foram deixadas de modo a

demonstrar que estavam simplesmente estacionadas e logo seriam novamente utilizadas.

Imediatamente, o veículo deixado em Nova York começou a ser depredado e todos os objetos de valor presentes em seu interior foram subtraídos, até que, uma semana depois, pouco restava do veículo original ali deixado. A viatura deixada em Palo Alto, contudo, manteve-se intacta.

Foi então que os pesquisadores quebraram uma das janelas do automóvel de Palo Alto e, quase que imediatamente, os mesmos eventos verificados anteriormente se repetiram. A viatura foi depredada e seu interior dilacerado.

Para os coordenadores da pesquisa, ficou claro que a experiência demonstrara que o crime não é uma ocorrência isolada das comunidades pobres, pois numa rica região do sul do país havia ocorrido a mesma atitude violadora que num de seus bairros mais pobres. A conclusão alcançada, então, foi a seguinte: quando há descuido das autoridades e da sociedade como um todo para com determinado bem jurídico, cria-se a ideia de que ele não é importante e as violações a ele passam a ser aceitáveis.

Explica Luis Pellegrini (2013, s.p.):

Um vidro quebrado numa viatura abandonada transmite uma ideia de deterioração, de desinteresse, de despreocupação. Faz quebrar os códigos de convivência, faz supor que a lei encontra-se ausente, que naquele lugar não existem normas ou regras. Um vidro quebrado induz ao "vale-tudo". Cada novo ataque depredador reafirma e multiplica essa ideia, até que a escalada de atos cada vez piores torna-se incontrolável, desembocando numa violência irracional. Baseada nessa experiência e em outras análogas, foi desenvolvida a "Teoria das Janelas Quebradas". Sua conclusão é que o delito é maior nas zonas onde o descuido, a sujeira, a desordem e o maltrato são maiores. Se por alguma razão racha o vidro de uma janela de um edifício e ninguém o repara, muito rapidamente estarão quebrados todos os demais. Se uma comunidade exhibe sinais de deterioração, e esse fato parece não importar a ninguém, isso fatalmente será fator de geração de delitos.

Assim, os postulados psicológicos alcançados com o experimento foram transferidos para o Direito Penal e deram origem ao entendimento de que todos os crimes, por menores que sejam, devem ser combatidos a fim de reafirmar a vigência das normas e promover, com isso, a prevenção dos crimes de maior monta.

O Estado não pode permitir, sob a ótica de tal teoria, que qualquer lesão a bem jurídico fundamental seja tolerada, pois isso somente estimularia a ocorrência de novas práticas delituosas, haja vista representar um desinteresse estatal pela tutela do bem atingido.

Outra teoria que merece análise neste contexto é a chamada teoria da associação diferencial ou da aprendizagem social. Ela foi desenvolvida pelo criminologista norte-americano Edwin Sutherland, que muito se utilizou dos postulados anteriormente construídos pelo Frances Jean-Gabriel de Tarde para alcançar suas próprias conclusões.

A teoria da associação diferencial rompe bruscamente o antigo dogma da escola positiva ao afirmar que não existe determinismo no crime, não há herança biológica no crime, mas sim um processo de aprendizagem que conduz os homens à prática de atos reprováveis. O homem aprende a ser criminoso em sociedade, não podendo ser o crime definido como uma disfunção das pessoas de classes menos favorecidas, mormente porque o crime é um fenômeno que ocorre em todas as classes sociais.

Sob tal prisma, ninguém nasce criminoso, sendo que a delinquência é o resultado de uma socialização inadequada, mesmo porque existem alguns desvios de conduta que exigem um conhecimento especializado e uma habilidade específica. No plano jurídico penal, esta teoria permite entender o Direito Penal Econômico, pelos chamados crimes de colarinho branco (do inglês *white collar crimes*), os crimes contra a ordem econômica, que são delitos incompatíveis com as classes mais baixas e menos cultas da sociedade.

Assim, uma empresa, por exemplo, pode ser um centro de criminalidade. A associação diferencial, neste contexto, nada mais é do que o processo de aprendizagem de alguns tipos de comportamento desviante, que requerem conhecimento especializado e certa habilidade, bem como a inclinação de tirar proveito de oportunidades para usá-las de maneira desviante.

Algo extremamente nocivo, contudo, é o fato de que os crimes cometidos pelos detentores do poder político e econômico recebem punições mais brandas e tardias do que aqueles que praticam a criminalidade simples e de sangue, mais corriqueira.

Isso se revela extremamente prejudicial à sociedade porque os efeitos dos crimes que exigem maior conhecimento em determinados assuntos são difusos e se espraiam pela coletividade com tamanha rapidez que as vítimas, muitas vezes, nem mesmo podem ser precisadas. Mais do que isso: muitas vezes os autores nem mesmo são reconhecidos como bandidos.

Explica Waldek Fachinelli Cavalcante (2015, s.p.):

Da mesma forma que as agências de notícia protegem este tipo de criminoso, não dando o destaque devido a este tipo de criminalidade, devido assuas relações com os homens do mundo empresarial e a semelhança cultural entre os dirigentes de ambos os tipos de negócios, a relação entre agentes do Estado e os criminosos de colarinho branco também é diferente em comparação com a forma que lidam com os criminosos das classes menos abastadas. Isto se dá devido a proximidade cultural entre os integrantes do Governo e os homens de negócio, geralmente oriundos das classes mais abastadas da sociedade. Mais um fator para este trato distinto é a existência de pessoas dirigentes das grandes corporações empresariais na família de membros do Governo. Outro é a existência de amizades e relações íntimas entre membros do Governo e grandes empresários. Estão presentes em altos cargos do Governo pessoas oriundas do mundo corporativo. Há, ainda, o desejo dos integrantes do Governo de, ao saírem da carreira estatal, terem empregos garantidos na iniciativa privada. Mais, a capacidade dos grandes grupos empresariais poderem afetar os objetivos do Governo, além da promiscuidade entre partidos e empresas, principalmente para o financiamento de campanha. Por tudo isto, o criminoso de colarinho branco não recebe o estigma de bandido, o que é.

A teoria da associação diferencial então, propõe uma atitude mais ativa por parte do Poder Judiciário e da sociedade na repressão aos crimes de colarinho branco, numa tentativa de romper com a cultura da impunidade que tradicionalmente domina tais delitos.

Juntas, as duas maiores teorias pós-positivistas da criminologia se complementam: a teoria das janelas quebradas propõe a necessidade de punição de todos os crimes, por menores que sejam, ao passo que a teoria da associação diferencial propõe um olhar mais elaborado sobre os grandes e complexos atos delitivos que historicamente sempre foram deixados sem punição.

Nessa toada, a criminologia da atualidade segue o modelo aqui disposto, louvável por ser bastante racional e dirimir os excessos pregados

pelo sistema clássico do livre arbítrio e a intolerância do determinismo positivista.

2.5 Sistemas Penais

Por sistema, deve-se entender uma unidade de conhecimento sobre uma única ideia ou o conhecimento ordenado segundo princípios.

Tais conhecimentos ordenados orientam a atuação e o desenvolvimento das ciências, sendo certo que com o Direito não é diferente. De fato, quando se atenta para o conceito de crime é possível obter algumas estruturas, quais sejam, tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade, sendo certo que o modo como se irá trabalhar e desenvolver cada uma delas varia conforme o sistema adotado.

Por isso, é necessária a eleição de um sistema penal como paradigma ou *standard* a fim de que exista previsibilidade na operação jurídica, tendo importante função de garantia ao mesmo tempo em que oportuniza o diálogo entre as partes.

2.5.1 Causalismo

O sistema penal causalista também é conhecido por causalismo naturalista, positivismo ou classicismo, haja vista que ele é notadamente uma teoria clássica, assim chamada em virtude de ter sido o primeiro sistema penal desenvolvido na ciência do Direito. É possível que se verifique ainda a denominação sistema Liszt-Beling, em homenagem a seus dois maiores e principais expoentes, os juristas alemães Franz Von Liszt e Ernst von Beling.

O causalismo se desenvolveu na Alemanha entre o final do século XIX e o início do século XX, uma época em que os decadentes impérios europeus viviam as tensões que culminaram na Primeira Guerra Mundial. Paralelamente a isto, as ameaças totalitárias e a crescente mobilização das classes operárias impunha uma instabilidade política constante, sendo que tais fatores históricos devem ser aqui considerados como meio de explicar a primeira característica do causalismo: o apego à lei.

Os clássicos, de fato, eram extremamente apegados à ideia de lei escrita, da necessidade de texto legal disciplinando todo e qualquer assunto, pois esse era o único meio do qual extraíam segurança, o que faz muito sentido quando se atenta para o fato de que os juristas causalistas desenvolveram suas teses em meio a um mundo em mudança, que se transformava de maneira drástica e a luta de classes gerava permanente insegurança.

O contexto científico no qual o causalismo se desenvolveu envolve o empirismo. O apego às percepções sensoriais sempre norteou as ciências exatas, mas se espraiou de tal modo nos meios acadêmicos que se chegou ao ponto de acreditar que somente se podia considerar como ciência a área do conhecimento humano que pudesse demonstrar através de experimentos as suas proposições. Tal método descritivo, por certo, implicava numa supremacia das ciências naturais e experimentais.

Precisa é a explicação de Luiz Flávio Gomes (2007, p. 134):

Para o estreito conceito positivista de “ciência”, se a atividade jurídica queria merecer tal qualificação teria que investigar processos causais, com métodos empíricos, ou se limitar, como a lógica e a matemática, a uma teoria das formas.

Os juristas, então, na ânsia de ver o Direito alçado ao patamar de verdadeira ciência, passaram a buscar um meio de aproximá-lo da biologia, da física e da química, mediante a adoção do mesmo método utilizado por tais ciências: o descritivo.

Acerca disso, Luiz Regis Prado (2008, p. 90) ensina que:

O sistema positivista é, assim, descritivo e explicativo, sendo o princípio da causalidade essencial para o governo e a explicação do universo. Todos os fatos, inclusive as ações e omissões humanas, estão subordinadas às leis da natureza, conhecidas através da observação e da experimentação.

A consequência imediata foi o conceito de crime desenvolvido por Franz von Liszt, notoriamente analítico objetivo-subjetivo. A ideia, desenvolvida por Ernst von Beling, afirma ser crime o fato típico (sendo a tipicidade de cunho objetivo), ilícito (também configurando a ilicitude elemento objetivo) e culpável (sendo a culpabilidade de cunho subjetivo).

Como decorrência do método descritivo, Liszt e Beling reservaram para a tipicidade e a ilicitude os institutos que poderiam ser demonstrados de maneira empírica, como conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica, elementos da tipicidade. Da mesma forma, a ilicitude, contrariedade do fato à norma, pode ser demonstrado empiricamente de maneira simples com a simples apresentação da vedação legal à determinada conduta.

Notório exemplo disso é o conceito de conduta desenvolvido pelos causalistas: movimento consciente e voluntário que gera uma modificação causal no mundo exterior, perceptível pelos sentidos como manifestação da vontade.

Restou então para a culpabilidade, elemento subjetivo do crime, os institutos que não podem ser empiricamente demonstrados: dolo e culpa. De fato, não há como se experimentar ou descrever cientificamente, de maneira empírica, o *animus* de alguém, o que o motiva a praticar um crime. E se isso não é possível, por certo que tais elementos não foram, pelos causalistas, inseridos na tipicidade, já que ela deveria ser sempre objetiva e constituída apenas de fenômenos sensoriais.

O método descritivo impunha a adoção de uma tipicidade com características objetivo-descritivas. Somente depois de esgotada a descrição é que o jurista deveria, para os causalistas, buscar o conteúdo da vontade, dentro da culpabilidade, por meio da análise de dolo e culpa.

Eis o porquê de todo causalista adotar um conceito analítico tripartido de crime: eles necessitam da culpabilidade integrando o conceito de crime. Do contrário, adotando-se um conceito analítico bipartido, chegar-se-ia ao ponto de instituir uma responsabilidade penal objetiva, o que era repudiado pelos clássicos. Ora, se há necessidade de dolo e culpa para a verificação do crime e tais elementos estão na culpabilidade, somente se pode concluir que a culpabilidade integra o conceito de crime.

Em razão da adoção do método descritivo, inexistiam juízos de valor, razão pela qual os causalistas não consideravam o que é justo ou injusto e tampouco o que é socialmente adequado, haja vista que o limite da política criminal era a lei. Havendo disciplina legal de um instituto, ela deveria ser inexoravelmente aplicada sem questionamentos. Por tal razão, os

expoentes do sistema penal clássico não se davam ao trabalho de analisar, por exemplo, o princípio da insignificância, atualmente muito debatido.

Não é difícil concluir que o causalismo naturalista tinha enorme dificuldade em explicar elementares típicas normativas e subjetivas, pois a tipicidade almejada por eles, como dito, era puramente objetiva. Os tipos penais que continham tais elementares eram chamados de anormais ou excepcionais, diante da absoluta incapacidade de se conceder a eles uma explicação científica experimental.

Situação bastante parecida afetava a imputabilidade. Como ela não é descritiva e tampouco é um juízo de valor, os causalistas simplesmente não vislumbravam um local para inseri-la dentro da teoria do crime, sendo então deixada totalmente alheia à ciência penal. Por vezes, contudo, Liszt reconheceu ser ela um pressuposto da culpabilidade.

No que tange à antijuridicidade, ela era entendida somente como o expoente de um juízo de valor já realizado pelo legislador, mesmo porque o apego dos causalistas à norma posta fazia com que eles repudiassem a realização de juízos de valor pelos juízes. Logo, se não houvesse uma excludente de ilicitude consagrada na lei, o fato era automaticamente antijurídico.

O causalismo foi muito criticado porque a ausência de juízos de valor preconizada por seus defensores por vezes implicou soluções injustas. Finalmente, a partir do momento em que adotavam uma noção descritiva de conduta, os causalistas não conseguiam explicar satisfatoriamente os crimes omissivos, já que, por óbvio, uma omissão não pode ser empiricamente demonstrada.

2.5.2 Neokantismo

O neokantismo é conhecido também por sistema neoclássico e sua origem data da década de 1930, tendo sido desenvolvido pelo jurista alemão Edmund Mezger, seu principal expoente.

O sistema penal neokantista foi desenvolvido em meio ao contexto histórico da ascensão do nazismo e o contexto científico da dicotomia entre as ciências do ser e as ciências do dever ser. Para tanto,

deve-se salientar que as ciências do ser são aquelas que se valem da observação, da descrição e da classificação como métodos científicos, ao passo que as ciências do dever ser se utilizam da compreensão, da valoração e da organização para demonstrar seus postulados.

O Direito, à vista disso, passa a ser reconhecido como ciência própria e autônoma, não havendo mais necessidade do apego aos métodos descritivos e empíricos. Ademais, como a ciências do dever ser se valem, como dito, da valoração, como um de seus principais métodos, a ciência jurídica passou a ser impregnada de juízos de valor, responsáveis por construir e alterar o objeto de conhecimento.

De acordo com a perspectiva neoclássica, a natureza pode ser reorganizada pelo homem através das ciências do dever ser, sendo que a compreensão inata de certos conceitos atuaria como razão. O penalista, então, deixou de ser escravo de seus sentidos e passou a ter o poder de reorganizar todos os institutos de acordo com sua razão.

Decorrendo disto, todas as estruturas do crime passam ser dotadas de juízos de valor. A respeito de tal estruturação lastreada em valorações, Luiz Flávio Gomes (2007, p. 138) apontou que:

A repercussão da filosofia e da metodologia neokantianas na sistemática penal foi transcendental. Significou, antes de tudo, o desencadeamento de um processo de transformação (*Umbildungsprozess*) do esquema naturalista do delito (da etapa denominada “clássica”, construída por VON LISZT, BELING etc.), concebendo-o de acordo com o método teleológico e, com isso, orientando todas suas categorias aos “valores”.

Por isso, a tipicidade permaneceu com uma face objetiva, mas ela gradativamente perdeu importância em benefício do juízo de valor, que é a proibição consubstanciada no comportamento proibido da previsão legal de que determinada conduta abstrata é crime.

A ilicitude passou a ser tratada como um desvalor muitas vezes confundido com a própria tipicidade, já que tanto uma quanto a outra representavam meras proibições, motivo pelo qual os neokantistas foram responsáveis por criar o chamado tipo penal total do injusto.

Tendo em vista que o sistema penal neoclássico acenava com os juízos de valor, elementares típicas normativas eram plenamente admitidas e também incentivadas, como meio de conceder cientificidade ao Direito.

A culpabilidade manteve o dolo e a culpa como seus integrantes, motivo pelo qual ela permaneceu sendo subjetiva. Todavia, foram a ela agregados a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa, que também são juízos de valor.

Tal característica, contudo, fez com que o Direito Penal preconizado pelos neoclássicos fosse extremamente desprovido de operacionalidade, já que a tipicidade somente seria aferida com a análise da intenção do agente, mas a análise da intenção demanda verificação de dolo e culpa, que estão na culpabilidade. Chegou, assim, o neokantismo, ao absurdo de promover a necessidade de análise da culpabilidade como condição de existência de tipicidade.

Ainda acerca de tal culpabilidade, Luiz Flávio Gomes (2007, p. 134) aponta um importante problema que diretamente decorria da maneira como ela era estruturada pelo neokantismo:

Esta concepção “subjetivo-descritiva” da culpabilidade (...) não explicava a “imputabilidade” e nem as “causas de exclusão da culpabilidade” que não afetam a relação psicológica mencionada; nem explica a “imprudência” – conceito, obviamente, normativo – ou a culpa “inconsciente”, onde falta necessariamente toda relação espiritual entre autor e fato.

Além disso, tal sistema penal pecou pelos excessos de juízos de valor. Na tentativa de superar o engessamento promovido pelos causalistas, os neoclássicos atribuíram liberdades demais aos legisladores e juízes, que tinham pleno arbítrio para conceder sentido e significado às estruturas do crime. Tanto foi assim, que tal sistema penal concedeu beneplácito à doutrina nazista e fez com que o poder estatal se tornasse quase que ilimitado.

Por exemplo: na visão neokantista, é possível que a conduta de matar alguém seja submetida a um juízo de valor capaz de moldar o significado de “alguém” e dele excluir determinados indivíduos.

2.5.3 Finalismo

O finalismo foi o sistema penal que, cronologicamente, sucedeu ao neokantismo, tendo se desenvolvido na Alemanha, durante a década de 1940, por obra de Hans Welzel. Todavia, como afirma Santiago Mir Puig (2002, p. 153), o finalismo foi construído sobre bases científicas sólidas e:

não se caracteriza somente como uma doutrina da ação, nem tampouco da sistemática dos caracteres do delito. É algo mais: um reflexo na dogmática jurídico penal de uma atitude epistemológica.

O sistema penal finalista surgiu num momento em que se verificava a derrocada do nazismo, e isto em muito explica acerca da ontologia que marcou este movimento. Ontologia, nessa seara, é o estudo da essência do ser.

O finalismo foi prodigioso em sua missão de combater os excessos do neokantismo ao falar na existência de estruturas jurídicas e pré-jurídicas. Estas seriam estruturas lógico-objetivas que o jurista não pode alterar, mas somente reconhecer. Longe de poder alterar o sentido ontológico das coisas, o finalismo pregava que os significados próprios dos objetivos pré-jurídicos devem ser sempre respeitados.

Já as estruturas jurídicas dizem respeito a institutos exclusivos do Direito, motivo pelo qual podem ser alterados pelos cientistas jurídicos. Não podem os juristas, por exemplo, arbitrar o que é conduta, o que é pessoa, o que é vida e assim por diante.

Tal lógica aplicada à conduta permite concluir que ela é pré-jurídica e seu conceito deve ser respeitado, havendo aqui uma limitação do poder estatal decorrente do próprio significado do instituto. Por tal razão é que faz parte dela a teoria da equivalência dos antecedentes causais, haja vista que a relação de causa e efeito é uma estrutura pré-jurídica.

Conduta, para o finalismo, era o movimento corpóreo humano positivo ou negativo, consciente e voluntário, dirigido a uma finalidade, num autentico conceito aristotélico. Todavia, é interessante considerar o seguinte: se a conduta é um movimento dirigido a uma finalidade, ela automaticamente passa a ser detentora de dolo e culpa.

Assim, Welzel não deslocou os elementos subjetivos do tipo da culpabilidade para a tipicidade sem qualquer motivo. Mais correto seria dizer que Welzel reconheceu tais elementos na conduta, pois a vontade dirigida a uma finalidade está no próprio conceito ôntico de conduta.

Sob o signo finalista, a tipicidade mantém uma face descritiva, uma fase normativa (consistente em juízo de valor), mas também reconhece a mencionada fase subjetiva consistente na presença de dolo e culpa. Por englobar todos estes elementos, ela recebeu o nome de tipicidade complexa.

A ilicitude, de seu turno, passou a ser tida como um juízo de desvalor, ou valoração negativa, mas em virtude do fato de recair sobre o conteúdo da vontade, é chamada ainda de antijuridicidade subjetiva, injusto pessoal. Consiste num juízo de valor sobre a vontade presente na conduta, razão pela qual eventualmente se refere ao dolo.

Por fim, a culpabilidade se torna um mero juízo de valor que tem como elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. É interessante perceber, nessa seara, que o finalismo fala apenas em potencial consciência da ilicitude porque na vigência do causalismo e do neokantismo foi adotado o dolo normativo ou jurídico, cujos elementos são a consciência, a vontade e a consciência da ilicitude, o que ocorre justamente porque em tais sistemas o elemento subjetivo estava na culpabilidade.

Explicando toda essa evolução e construção doutrinária, Luiz Regis Prado (2008, p. 97) assevera de modo bastante didático que:

Com o finalismo se opera um giro *copernicano* na sistemática jurídica do delito: o atuar humano é uma atividade ordenada *finalisticamente*, o que exige o exame de seu conteúdo subjetivo (vontade), não se tratando de simples processo de natureza causal, objetivo e “cego”; a tipicidade inclui elementos objetivos (tipo objetivo) e subjetivos (tipo subjetivo); a ilicitude tem conteúdo objetivo e subjetivo, sendo o injusto *pessoal* (desvalor da ação e desvalor do resultado); e a culpabilidade, entendida como normativa pura (imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude).

Como o finalismo reconhece os elementos subjetivos na conduta, o dolo passa a ser composto apenas por consciência e vontade, passando então a ser denominado de dolo natural ou psicológico. A

consciência da ilicitude, contudo, foi mantida na culpabilidade, mas Welzel percebeu que havia enorme dificuldade em operar tal elemento, tomando então a iniciativa de promover uma alteração nesta estrutura, o que se afigurava possível por ser ela jurídica e não pré-jurídica.

Welzel, assim, transformou-a em potencial consciência da ilicitude, que nada mais é do que um juízo de valor sobre a possibilidade de conhecimento da proibição e que pode ser mais facilmente demonstrada.

Conclui-se, assim, que a culpabilidade finalista é normativa, pois todos os seus elementos consistem de juízos de valor.

Não é difícil perceber, à vista do exposto, que o Direito Penal brasileiro segue um modelo finalista, mormente após a reforma da parte geral do Código Penal, em 1984. Tal constatação pode ser facilmente alcançada com uma análise do artigo 20, “*caput*”, do *codex*.

Ali está a disposição normativa que rege o erro de tipo essencial e, segundo consta da letra da lei, o erro que incide sobre elemento do tipo, se escusável, exclui dolo e culpa e, se inescusável, exclui o dolo, permanecendo a responsabilidade penal por culpa caso a lei assim preveja. Ora, se o erro incide sobre o tipo e exclui o dolo é porque o dolo está na tipicidade e não na culpabilidade.

Comprovado assim, de maneira bastante simples, como o sistema clássico presente na redação original do Código Penal deu lugar ao finalismo de origem alemã quando da reforma de 1984 e que perdura até os dias atuais.

2.5.4 Funcionalismo

O funcionalismo está muito atrelado à figura de seus dois maiores expoentes, que são Claus Roxin e Günther Jakobs, embora aquele tenha sido o primeiro a teorizar o sistema penal funcionalista.

Claus Roxin principiou a teorização do funcionalismo a partir de uma crítica lançada ao finalismo. Dizia o jurista que sob o ponto de vista filosófico a premissa ontológica da qual o finalismo tanto se valia não era mais justificável em face da cultura da sociedade moderna, que é cética e relativista.

De fato, sob o ponto de vista operacional, os conceitos ônticos, forjados na década de 1940, podem explicar com perfeição crimes como o homicídio, mas são incapazes de atender as demandas da atualidade, como os crimes ambientais econômicos e eleitorais.

Explicando as principais distinções entre funcionalismo e finalismo, Luís Greco (2000, pp. 136-137) apud Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 126) afirma que:

O finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal.

Assim, o funcionalismo, advindo numa era pós-positivista, representa uma verdadeira quebra de paradigmas ao rejeitar a existência de conceitos ônticos, puros ou verdadeiros. Em primeiro lugar, deve o Estado estabelecer uma proposta político-criminal que consolide os objetivos do Direito Penal e as finalidades da pena.

Tendo como premissa um objetivo fixado para o Direito Penal, todas as estruturas da teoria do crime devem ter seus sentidos atribuídos de forma a facilitar que tal objetivo seja alcançado e o Direito Penal cumpra sua função. O funcionalismo rompe com a necessidade de estabelecimento de conceitos e passa a buscar a finalidade do Direito, a que veio o Direito. No caso, mais especificamente do Direito Penal.

É possível concluir de tal análise inicial que o funcionalismo penal é muito mais uma estrutura do que um conteúdo. Não se trata de um sistema penal único, como os demais, mas sim de uma premissa básica que autoriza a assunção de diversas teorias correlatas, pois cada indivíduo pode vislumbrar uma finalidade diversa para o Direito Penal e, a partir dela, tecer as estruturas do crime de maneira que melhor lhe permita concretizar tal mister.

Cabe agora uma análise das mais consagradas propostas funcionalistas da atualidade.

2.5.4.1 Funcionalismo teleológico de Claus Roxin

O funcionalismo teleológico, racional ou normativo de Claus Roxin é uma decorrência direta da primeira teorização deste sistema penal. Para o jurista germânico, a finalidade do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. O Direito Penal serve para reger a vida em sociedade, cuidando-se de um meio formalizado de controle social,

A partir do momento em que Roxin fala em proteção subsidiária de bens jurídicos, torna-se possível concluir que ele é um minimalista, compactuando com ideais de insignificância capaz de afastar a tipicidade, tanto assim que foi ele o criador do princípio que leva tal nome e trabalha com a ideia de que lesões irrisórias a bens jurídicos não são capazes de ensejar tipicidade material.

E nem se olvide que Roxin também contribuiu de maneira crucial para o desenvolvimento da ideia de imputação objetiva, teorizando-a didaticamente junto com outros juristas alemães num instituto que, no Brasil, infelizmente ainda dá seus primeiros passos.

O funcionalismo de Roxin é normativo e em parte se aproxima do neokantismo. Tanto assim que, para ele, conduta é toda manifestação de personalidade, algo muito abstrato e que se aproxima dos conceitos trazidos pelos neoclássicos.

Roxin deixa bastante claro em suas discussões funcionalistas uma preocupação com o constitucionalismo e com a limitação do poder do Estado diante dos direitos e garantias fundamentais. Por isso, seu funcionalismo racional é aberto e aceita considerações empíricas e político-criminais.

A teoria do funcionalismo teleológico tem como primeira peça central de compreensão a afirmação de que a causalidade não pode ser a base única na relação de imputação, devendo esta ser baseada em um conjunto de regras e princípios que orientem valorações jurídicas sobre a criação do risco.

É, de fato, primitivo e insuficiente estabelecer relação de causalidade física para regular a responsabilidade penal, de sorte que entre todos os meios de se estabelecer causalidade, o funcionalismo de Roxin se

preocupa mais com a causalidade jurídica e o risco de dano, não apenas com o dano em si.

A segunda peça central consiste na análise de que os elementos do crime para o funcionalismo teleológico são a tipicidade, a ilicitude e a responsabilidade, esta última integrada pela culpabilidade (assim entendida como imputabilidade e potencial consciência da ilicitude) e pena necessidade de pena (assim entendida como exigibilidade de conduta diversa).

Isso é bastante interessante porque além do juízo de culpabilidade, a responsabilidade exige a necessidade da pena e, assim, as estruturas se limitam reciprocamente, tendo a necessidade da pena como base a probabilidade de orientar comportamentos futuros. Em suma, quando se fala em necessidade da pena, deve-se indagar se a aplicação da pena modificará comportamentos futuros. Se positiva a resposta ela é necessária; do contrário não.

2.5.4.2 Funcionalismo radical ou sistêmico de Günther Jakobs

O funcionalismo radical ou sistêmico é a face funcionalista teorizada pelo jurista alemão Günther Jakobs. Daqui decorre o direito penal do inimigo, cerne do presente trabalho, sendo certo que para que se chegue até ele, é vital a compreensão do sistema penal imaginado por seu autor.

A primeira informação importante diz respeito ao fato de que o funcionalismo de Jakobs possui tal nomenclatura por ter sido construído sobre a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que prevê a existência do Direito como um sistema autopoietico, sempre capaz de se alimentar de si mesmo e que, ante às clássicas teorias contratualistas do Estado, acena com a possibilidade de que determinados indivíduos não sejam considerados como pessoas e virtude de não estabelecerem uma comunicação saudável com os demais e por terem abandonado o sistema vigente sem dar garantias de regresso. A base da vida em sociedade, em suma, é a comunicação e a relação entre indivíduos, de sorte que vícios nessa engrenagem ensejam os delitos.

Por ser uma das bases principais do direito penal do inimigo, a teoria dos sistemas de Luhmann será objeto de maiores considerações

adiante, mas já de plano é necessário dizer que, justamente por se galar nela, Jakobs (2003, pp. 44-45) entende que:

O Direito Penal não se desenvolve na consciência individual, mas na comunicação. Seus atores são pessoas (tanto o autor como a vítima e como o juiz) e suas condições não são estipuladas por um sentimento individual, mas da sociedade. A principal condição para uma sociedade que é respeitosa com a liberdade de atuação é: personalização de sujeitos. Não trato de afirmar que deve ser assim, mas que é assim.

Via de consequencia, o crime nada mais representa do que uma falha na comunicação, ao passo que a sanção penal constitui mecanismo adequado a manter e preservar a identidade social.

Tal perspectiva de funcionalismo recebeu também a denominação de radical porque o doutrinador rompe com a tradicional ideia do bem jurídico e a necessidade de sua defesa, porque entende que o máximo que o Direito Penal pode oferecer aos cidadãos é uma expectativa de proteção ao bem jurídico. De fato, não é possível afirmar que a simples existência do Direito Penal baste para tutelar bens jurídicos, pois há violação deles mesmo com a atuação penal do Estado. Afirma Jakobs (2015, p. 55):

O fim do Estado de Direito não é a máxima segurança possível para os bens, mas sim a vigência real do ordenamento jurídico e, atualmente, a vigência real de um Direito que torna possível a liberdade. Nesse contexto, a vigência real deve ser tomada como contraposição a uma vigência somente postulada, e não imposta, quer dizer, de uma vigência que n/ao dirige a orientação. Esta contribuição de orientação pode manter-se, inclusive, em caso de se produzir uma violação da norma, a norma serve como esquema de orientação e está de fato em vigor.

Daí a conclusão de que o objetivo do Direito e do Direito Penal é a manutenção das expectativas normativas que são essenciais para a vida em sociedade. A preocupação do funcionalismo radical é a defesa da norma e a demonstração coletiva de sua vigência, cogência e imperatividade.

Com base em Luhmann, o funcionalismo sistêmico entende que as expectativas podem ser cognitivas ou normativas. As expectativas cognitivas são aquelas que se alteram quando frustradas, ao passo que as normativas se mantêm mesmo diante de contrariedades verificadas. A

finalidade do Direito seria promover ao máximo possível o caráter normativo das expectativas essenciais para a vida em sociedade.

E as expectativas essenciais da vida em sociedade estão na lei, mais precisamente na lei penal. Logo, a missão do Direito Penal é a tutela da própria lei. Percebe-se, assim, que se cuida de um funcionalismo bastante autopoietico, autorreferencial e operativamente fechado, que se alimenta e retroalimenta de tal forma que elementos exteriores se tornam desnecessários.

O funcionalismo de Jakobs, assim, somente trabalha com as ideias de lícito e ilícito, não questionando o que é justo ou injusto. Se a sociedade entende que algo é justo, deve transformá-lo em lícito e se entende que algo é injusto deve transformá-lo em ilícito penal. Tudo porque as expectativas que não estão na lei simplesmente não são objeto de tutela.

Para o funcionalismo sistêmico não interessa o conteúdo da norma, mas sim a própria norma. O crime, frente a tal concepção, seria apenas a frustração de uma expectativa essencial para a vida em sociedade e contemplada na legislação.

A noção de frustração da expectativa alcança tamanha magnitude que ela é capaz de explicar a noção de culpabilidade como necessidade de pena, já que é ela o instrumento de preservação da expectativa. Assevera Jakobs (2015, p. 59):

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.

Conclui-se que, nessa seara, é impossível que um inimputável receba pena, pois ninguém espera dele uma determinada conduta, não há expectativas vitais pairando sobre ele. Tal é a explicação que o presente sistema penal dá para a inimputabilidade.

A proposta de Günther Jakobs é criticada porque legitimaria a existência de um Direito Penal simbólico, que cumpriria funções diversas das prometidas. Ademais, o excessivo apego à norma exigiria extrema cautela, pois o Estado poderia inserir no conteúdo da norma o que bem entendesse e

tal disposição, sob a ótica de Jakobs, deveria ser aplicada sem questionamentos, pois o funcionalismo teleológico não trabalha com juízos de valor e não questiona justiça de normas, pois a política criminal se esgotaria na lei.

O fato é que, mais do que isso, os ensinamentos de Jakobs permitem concluir pela existência de duas espécies de Direito Penal: um para os cidadãos, considerado um Direito de normalidade; e outro para os inimigos, considerado um Direito de guerra, precisamente a vertente objeto do presente estudo.

2.5.4.3 Funcionalismo redutor de Eugenio Raul Zaffaroni

O funcionalismo redutor desenvolvido pelo jurista argentino Eugenio Raul Zaffaroni é também chamado de Direito Penal redutor. Assim como o funcionalismo teleológico de Roxin, a tese de Zaffaroni consiste numa teoria reducionista e contrária à expansão preconizada por Jakobs.

A análise de tais teorias funcionalistas soa muito interessante por deixarem claro que, de uma mesma premissa, caminhos diferentes podem ser tomados. Roxin e Zaffaroni se valeram dos postulados funcionalistas para pregar uma redução penal, ao passo que Jakobs as adaptou a um movimento de expansão tamanha que acabaria por dar ensejo à polémica tese do direito penal do inimigo.

A premissa da qual se vale Zaffaroni para tecer suas considerações é o conflito permanente existente na sociedade. Não haveria que se falar no alcance de um bem comum na coletividade, pois ela sempre é abalada pelas disputas entre poderosos e vulneráveis. O contrato social ensejador do Estado, nessa seara, serve apenas para proteger os ricos burgueses do povo pobre e da monarquia absoluta.

O funcionalismo redutor, diante de tal quadro, simplesmente não vislumbra função legítima para a pena, que será sempre um mecanismo de opressão do poderoso contra o vulnerável, sendo exatamente isto o que se denomina de teoria agnóstica da pena.

Em sendo assim, o Direito Penal é meio de limitar a opressão dos fracos pelos poderosos, devendo ele trazer o mínimo possível de punições para que os fracos não sejam aniquilados pelos fortes.

E é essa mesma a razão pela qual o funcionalismo de Zaffaroni é reducionista, mas não abolicionista, pois em momento algum ele acena com a abolição do Direito Penal, que age como um dique contra a opressão dos poderosos. Do contrário, com a extinção do Direito Penal, os vulneráveis seriam massacrados, pois então deixaria de haver parâmetros mínimos para a atuação dos detentores do poder.

Sob o prisma do funcionalismo redutor, as estruturas do Direito Penal devem ter seus sentidos atribuídos de forma a limitar ao máximo a possibilidade de imposição de pena. A função a ser aqui cumprida é contra-seletiva, ou seja, quanto menos vulnerável o condenado, maior pode ser a punição, ao passo que quanto maior a vulnerabilidade, menor deve ser a intensidade da reprimenda.

A culpabilidade aqui é entendida como a medida do esforço necessário para praticar o crime. Quanto maior o esforço, maior será a culpabilidade e vice-versa, dosando-se por essa equação a medida da sanção penal. Isso faz muito sentido dentro das teses de Zaffaroni, já que quanto mais poder detém um indivíduo dentro da sociedade, maior o esforço que todo o aparato persecutório estatal deve promover para que se alcance uma condenação.

Tendo em vista que tais são os preceitos estruturantes do funcionalismo construído pelo jurista portenho, desde plano é possível afirmar que ele se mostra eminentemente contrário às teses dos outros dois grandes expoentes do movimento funcionalista, anteriormente expostos.

De fato, numa contundente afirmação, Zaffaroni (2006, p. 164) assinala que “la táctica de contención propuesta por Jakobs no sólo resulta inviable, sino que tiene inevitables efectos paradójales: es la medicina que mata al paciente²”.

² A tática de contenção proposta por Jakobs não só resulta inviável, como também tem efeitos paradoxais: é a medicina que mata o paciente.

Nesses termos, Zaffaroni constrói a vertente funcionalista mais branda e que se preocupa com análises sociológicas que envolvem o fenômeno criminoso a partir do momento em que busca uma explicação para o crime cuja raiz está em momentos muito anteriores à sua ocorrência.

2.6 O Crime e a Sociedade Contemporânea

Tecidas as considerações pertinentes à evolução histórica do Direito Penal, de seus sistemas e da criminologia, indaga-se: qual o atual cenário da criminalidade no mundo e, mais precisamente, no Brasil?

A resposta a tal pergunta se destina a algo mais do que simplesmente constatar as ingerências criminosas na sociedade contemporânea; destina-se a aferir se existe legitimidade para um discurso do direito penal do inimigo, justamente porque se há uma situação de absoluta normalidade, com níveis baixos de criminalidade, pouco espaço há para discursos de tamanha rigidez e severidade, como é o caso da doutrina de Jakobs.

Além disso, somente quando se analisam os contornos das sociedades atuais é que surgem elementos suficientes para que críticas fundadas possam ser feitas ao direito penal do inimigo, pois se uma determinada teoria consubstancia forma de conduta amparada pela legitimidade social, certamente maiores serão as dificuldades para que ela possa ser combatida.

Outro ponto a se considerar é o fato de que somente pela compreensão do estágio atual da sociedade, de suas contingências e anseios é que o Direito Penal deixará de ser distante e dissociado da realidade, passando a estar ao lado dos cidadãos e não na retaguarda, caminhando sempre um passo atrás.

Sabe-se que é difícil que o Direito consiga acompanhar as demandas que a todo dia surgem na sociedade, mas tal objetivo deve ser ao menos buscado com fervor, justamente porque vale aqui o alerta formulado por Ricardo Dip e Volney Corrêa Leite de Moraes Junior (2002, p. 116):

Enquanto a política criminal não for pensada a partir de uma realidade viva, nua e crua, em momento histórico dado e em função de exigências morais ainda vigorantes (...); enquanto inversamente, for concebida com material especulativo, livresco, acadêmico, o laxismo penal continuará transitando com desenvoltura, vendendo suas fantasias e entoando seu canto de sereia.

Assim, um Direito Penal aquinhoado e retrógrado não tem o condão de atender aos anseios sociais e por isso perde a legitimação que advém da valoração que a comunidade faz de um fato, a fim de que ele se torne objeto de atenção da lei. A análise da criminalidade contemporânea e os contornos humanísticos que a envolvem são deveras importantes para que a efetividade do Direito Penal seja uma realidade.

Em suma: o modelo de Direito Penal do século XXI deve estar em conformidade com as características que a sociedade do século XXI apresenta. Por isso a verificação de tais fatores se mostra relevante.

Analisando a questão do crime e da sociedade no caminhar contemporâneo, Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, pp. 36-37) relacionou nove pontos principais que devem ser considerados:

- a) A ineficiência do Estado em executar políticas públicas básicas, o que acentua os índices de criminalidade;
- b) A ineficiência do Estado em fiscalizar e executar adequadamente o sistema penitenciário, o que vem ocasionando a mitigação do Direito Penal clássico, com a adoção do Direito de segunda velocidade (mitigação da pena de prisão e adoção de penas alternativas, como substituição ao pesado custo do sistema carcerário e fiscalizador), o que, ademais, vem contribuindo para o aumento da reincidência;
- c) O aumento da sensação subjetiva de insegurança da população em virtude do avanço tecnológico dos meios de comunicação (hoje, com a televisão, internet, etc., se sabe em São Paulo de um crime de latrocínio ocorrido há alguns minutos no subúrbio do Rio de Janeiro, aumentando a sensação de insegurança coletiva). Isso tudo agravado pela forma sensacionalista com que a mídia antecipa julgamentos e veicula notícias – como um autêntico produto de mercado;
- d) Uma sociedade marcada pelo risco, em decorrência dos avanços da tecnologia (novos meios de transportes, de comunicação etc.), incrementando, na legislação penal, novos tipos de perigo abstrato e omissivos impróprios como respostas aparentemente adequadas para evitar tais riscos;
- e) Aumento considerável da demanda penal, diante da tutela dos interesses difusos e coletivos e outros decorrentes das “novidades” da era pós-industrializada (econômicos, de informática etc.);
- f) Globalização econômica que vem intensificando as desigualdades sociais e incrementando no Direito, novos conceitos, com novos tipos penais, com o abandono de consagradas figuras, tudo em nome da eficiência econômica;

- g) A utilização do Direito Penal como instrumento para soluções aparentemente eficazes a curto prazo, mediante o fisiologismo de políticos que acabam hipertrofiando o sistema penal, criando uma colcha de retalhos legislativa incongruente e desproporcional;
- h) O desprestígio de outras instancias para a solução de conflitos que poderiam ser, a princípio, retirados da tutela do Direito Penal (como o Direito Administrativo);
- i) O considerável aumento do descrédito da população nas instituições e na possibilidade de mudança a curto prazo que, acentuadas pela crise do próprio homem, vem fomentando a criação de “Estados paralelos”, à margem da ordem jurídica posta, aumentando e fortalecendo organizações criminosas, proliferando a justiça “pelas próprias mãos” (linchamentos, grupos de extermínio etc.), desmobilizando os movimentos sociais e desarticulando os mecanismos de resistência à miséria etc.

Tais fatores são de diversas ordens, mas seu conjunto é uma decorrência inegável do progresso tecnológico dos dias atuais e incrementam a percepção das ocorrências criminosas, gerando uma sensação de permanente insegurança que, potencializada pelos riscos naturais que advém das novas tecnologias, permitem ao cidadão ter a noção de que o crime nunca esteve tão presente na sua comunidade.

Some-se a isso a total ou quase plena ausência de prevenção primária em *terrae brasilis*. Por diversos fatores, notadamente a corrupção endêmica que se faz presente nos altos e baixos escalões do governo, o Estado não proporciona à população dos direitos sociais mais básicos para que o cidadão tenha o poder de se desenvolver e buscar uma existência lícita digna e que permita a ele viver alheio ao crime.

Outro aspecto bastante interessante que pode ser notado quando se analisa a sociedade contemporânea e sua relação com o crime diz respeito ao surgimento de novos sujeitos passivos de delitos. A sociedade atual é nitidamente uma sociedade de massas e por tal razão os interesses massificados devem ser objeto de tutela penal, notadamente os direitos transindividuais.

Tomando por exemplo uma violação ambiental, certo é que individualmente ela pode representar algo insignificante, mas quando se considera a quantidade de pessoas que podem ser direta ou indiretamente afetadas por ela, certo é que a necessidade de persecução penal eficaz contra o fato fica evidente.

Acerca desse aspecto, Günther Jakobs (2000, pp. 21-23) faz um importante apontamento acerca da necessidade de que o Direito Penal deixe de ser construído apenas sob o prisma individual e acompanhe as sociedades de massa no sentido de promover tipos penais aptos a tutelar de maneira eficaz os crimes cujos lesados são indeterminados.

Em suma, faz-se mister uma análise das ocorrências verificadas na sociedade sob o prisma geral e não apenas individual. E conclui afirmando que *“el mayor dano posible del comportamiento individual permanece relativamente pequeno, pero a través de la masificación de pequeños daños, la infraestructura pierde certamente estabilidad de manera considerable”*³.

A tendência decorrente da massificação da sociedade é, pois, a massificação do próprio delito. Superou-se há muito o período em que os crimes de sangue eram os maiores ensejadores de instabilidade da ordem jurídica, sendo certo que a criminalidade ambiental, econômica e eletrônica, dentre outras, denotam que o Direito Penal deve estar pronto para tutelar e combater as massas nesses primórdios de novo século.

A sociedade contemporânea está marcada ainda por um rompimento da tradicional forma de família que durante séculos foi preponderante para a construção da base das comunidades. Cada vez mais os casamentos chegam a um fim precoce, filhos são obrigado a crescer sem figuras paternas ou maternas presentes e a necessidade pulsante do trabalho como meio de vida leva ambos genitores a se ausentar por longos lapsos temporais, sem tempo para dedicar esmero à educação dos filhos.

A decorrência imediata da quebra do modelo tradicional de família, tanto por ingerências externas quanto por contingências internas, é a ineficácia do controle social informal exercido pelas unidades familiares. É inquestionável, de fato, que é no seio do lar que o ser humano toma suas primeiras lições de moral, de justo e injusto, de certo e errado, de como agir em sociedade de maneira correta.

O pai que ensina seu filho infante a jamais subtrair um lápis de seu colega de classe e que, na eventual ocorrência de tal fato, pune de

³ O maior dano possível do comportamento individual permanece relativamente pequeno, mas através da massificação de pequenos danos, a infraestruturra certamente perde estabilidade de maneira considerável.

maneira adequada a desobediência verificada, o afasta – senão de maneira permanente, ao menos de modo prolongado – do título II da parte especial do Código Penal.

Jesús-Maria Silva Sánchez (2002, pp. 63-64) dedicou amplo espaço à análise da ruína do modelo tradicional de família como fator de relevância para o progresso da criminalidade, e afirmou, com precisão, que os tradicionais estamentos que orientavam a moral média da sociedade estão cedendo espaço a novos centros de referencia para os cidadãos, notadamente:

as associações ecológicas, feministas, de consumidores, de vizinhos (contra os pequenos traficantes de drogas), pacifistas (contra propagação de ideologias violentas), antidiscriminatórias (contra ideologias racistas ou sexistas, por exemplo), ou, em geral, as organizações não-governamentais (ONGs) que protestam contra a violação de direitos humanos em todas as partes do mundo.

Vale dizer: as pessoas estão mudando seus pontos de referencia moral. Parece, até certo ponto, natural que, com a massificação da sociedade, os olhos dos mais incautos se voltem com deleite para aqueles que defendam massas, categorias, classes e assuntos da atualidade, e não apenas para um pequeno núcleo que por séculos permaneceu imutável: o lar.

Mas não só a família foi afetada por isso, haja vista que as religiões, com igual ou maior força, se viram abaladas pela modificação do pensamento e do agir social nos dias atuais. Denúncias de abusos sexuais, corrupção moral e econômica, exploração de pessoas em nome da fé e a distancia verificada entre o que é apregoado e o que é praticado fazem com que as religiões percam números cada vez maiores de fieis.

Longe dos preceitos morais milenares que são teoricamente propagados pelos textos bases de tais vertentes religiosas, surge o já mencionado efeito da mitigação do controle social informal.

Somando a tudo isso, está o fenômeno da globalização, que, impulsionando o surgimento de novas tecnologias, permitiu a criação de riscos impensáveis décadas atrás. A economia de mercado lançou para a marginalidade diversos indivíduos que não conseguiram acompanhar as

evoluções do sistema financeiro e que, por isso, passaram a ser vistos como fontes de perigo.

As atuais tecnologias de informação forneceram aos criminosos incontáveis veículos que permitiram um refinamento substancial de seus *modus operandi*, tanto assim que, com a internet, não é mais necessário que um determinado sujeito sequer saia de sua casa para subtrair altíssimos valores de uma conta bancária.

Não bastasse isso, as pessoas, hoje, podem tomar conhecimento quase imediato de crimes que ocorreram a milhares de quilômetros de distância, o que faz com que o crime afete os indivíduos de maneira muito mais significativa do que há décadas atrás, o que impulsiona movimentos das mais variadas classes sociais buscando um enrijecimento do tratamento penal dado aos autores de delitos.

A comunicação instantânea permite que a sensação de insegurança seja levada a extremos. Não é exagero afirmar que a cobertura midiática extrema levou a sensação de terror gerada pelos atentados terroristas perpetrados contra os Estados Unidos em 11 de setembro de 2001 a países tão distintos e distantes, que a preocupação com o terror se tornou universal e uma meta de combate no mundo contemporâneo, mesmo em países nos quais jamais se teve notícia de presença de células terroristas.

Afirma Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 50):

Os riscos modernos, acentuados pelas inovações trazidas à humanidade (globalização da economia e da cultura, meio ambiente, drogas, o sistema monetário, movimentos migratórios, aceleração do processamento de dados etc.), invariavelmente geram uma reação irracional e irrefletida por parte dos atingidos. Disso decorre a insegurança e o medo que têm impulsionado frequentes discursos postulantes de uma tutela da segurança pública em detrimento de interesses puramente individuais.

O que se vê, contudo, é o Estado caminhando no sentido inverso: para atender aos anseios sociais, diversas leis são formatadas, gerando uma hipertrofia legislativa, que, entretanto, não consegue resolver o problema da criminalidade de maneira satisfatória porque o próprio Estado, incapaz de lidar com as demandas penais cada vez maiores, se utiliza de institutos descarcerizadores que somente promovem no cidadão a sensação

de impunidade e conivência das autoridades para com a violação de bens jurídicos fundamentais.

Excepcionalmente, leis severas são elaboradas, mas seus comandos complexos e de pouca aplicabilidade fazem com que as normas surgidas não encontram na prática o respaldo que deve ser concedido pelo Poder Executivo para que elas se tornem efetivas e alcancem as metas que nortearam sua elaboração.

A hipertrofia legislativa é verificada principalmente com os fenômenos de descodificação, que rompem os tradicionais preceitos de unidade jurídica e implicam na assunção de sistemas normativos diversificados. Basicamente, o legislador, percebendo que há diversos bens jurídicos surgindo a todo momento, inova o ordenamento por meio de leis especiais que trazem, cada uma, um sistema único e diverso dos demais, o que promove considerável contradição entre as disposições normativas e a multiplicação das antinomias.

O modelo em apreço ensejou a seguinte crítica de Celso Fernandes Campilongo (2002, p. 113), por representar uma violação do modelo democrático que pauta a atuação parlamentar:

O legislador atual, premido pela complexidade das matérias objeto de regulação e pela velocidade das demandas, é menos porta-voz dos 'interesses gerais' que tinham acesso ao Parlamento do século XIX, ou seja, exclusivamente a burguesia, e mais um representante de interesses corporativos e contraditórios.

Alguns exemplos da distrofia legislativa que acompanha o anseio de resposta breve e com isso acaba provocando tormentos nas searas penal e processual penal são: lei nº 9.268/96, que provocou intensos debates acerca da legitimidade ativa e da competência para execução das penas pecuniárias; lei nº 9.271/96, que, ao versar sobre assuntos de natureza material e processual, promoveu intensos debates na doutrina e na jurisprudência acerca de sua retroatividade; lei nº 9.455/97, que tipifica o crime de tortura e permitiu a progressão de regime para os condenados por tal delito, mesmo tratando-se a tortura de crime equiparado a hediondo, categoria afastada da progressão pela lei nº 8.072/90, na redação então vigente; a lei nº 9.503/97, que promoveu total desproporcionalidade entre a

lesão corporal culposa ali prevista e a lesão corporal disciplinada pelo Código Penal; e a lei nº 9.677/98, que promoveu uma discrepância sancionatória tamanha para a falsificação de remédios e cosméticos que a doutrina e a jurisprudência suportaram esforços tormentosos para, hermeneuticamente, encontrar uma adequação proporcional.

É certo que essa solução rápida para o problema da criminalidade e para os novos modelos de conduta criminosa existentes na sociedade não produz bons resultados. O próprio *homo medius* percebe isso quando afirma que “no Brasil, acredita-se que tudo se resolve fazendo leis”.

Os números não ajudam nessa realidade contemporânea: um relatório divulgado pela Organização Mundial da Saúde em dezembro de 2014 afirma que no ano de 2012 foram cometidos no Brasil incríveis 64.000 homicídios, o que coloca o país na liderança mundial desta espécie de delito. Isso quer dizer que a cada cem homicídios praticados no mundo, treze são verificados no Brasil.

O Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública aponta que em 2014 foram registrados 42.681 estupros; 230.302 furtos de veículos; 214.064 roubos de veículos; e 1.757 latrocínios. Suficiente para se concluir que, realmente, a hipertrofia legislativa não é mecanismo eficaz de controle da criminalidade. Pelo contrário: é a exteriorização das patologias pelas quais passa a sociedade atual e que já acima explanadas.

Por fim, a sociedade brasileira contemporânea convive diariamente com a criminalidade perpetrada por aqueles a quem incumbe a direção do Estado e de suas instituições. Vale dizer: além da constatação de que o Estado não é capaz de implementar políticas públicas básicas, surge a conclusão de que isso não é possível porque aqueles que deveriam se ocupar da concretização de tais políticas estão demasiadamente ocupados em tirar o máximo de proveito da máquina pública, desonrando os preceitos mais basilares do Estado elencados na Constituição Federal.

Os esquemas de corrupção se espriam por todos os “braços” do Estado, dando a impressão de que o país é governado por uma cleptocracia. E mais grave do que isso é constatar que o Direito Penal não consegue atingir os autores do saque ao erário de maneira eficaz, pois o ordenamento jurídico está cheio de direitos fundamentais e garantias que,

longe de socorrerem ao cidadão mais necessitado, servindo a ele de escudo contra a cólera do leviatã estatal, servem unicamente de subterfúgio para os contumazes e perigosos criminosos que povoam o planalto central.

Acerca disso, pertinente a constatação de Edilson Mougenot Bonfim (2004, p. 97):

O Estado Brasileiro, fruto de todas as políticas, de todas as épocas, promulgador de uma Constituição elaborada ainda sob o signo da dor (o regime de exceção é lembrança ainda presente), lastreada em feridas, cicatrizes e, sobretudo, dívidas, acabou não sabendo contabilizar, ele próprio, no balanço de todas as contradições sociais, os direitos/garantias de réus/vítimas, buscando equações com sua tutela a proteção da sociedade. Nesse sentido, acabou abrindo um imenso hiato, ente os valores da pessoa humana e a conveniência social, tantas vezes, confundindo-se tais valores como se houvesse o próprio direito à criminalidade, tamanha a complacência...

Tudo isso contribuiu para o surgimento de uma sociedade onde os riscos de ocorrências criminosas nunca estiveram tão evidentes e o cidadão nunca sentiu tanto descrédito nas instituições públicas. E foi nesse cenário caótico que o direito penal do inimigo encontrou campo fértil para ser teorizado e desenvolvido em todas as suas minúcias, sendo que, doravante, sua análise será objeto de atenção.

3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Exposta a evolução do Direito Penal ao longo da história da humanidade e o panorama conflitivo da atual sociedade frente ao crime, torna-se necessário adentrar ao estudo do direito penal do inimigo, parte vital do presente trabalho e cujos postulados serão de utilidade ímpar para a conclusão do objetivo proposto no ensaio *sub examine*.

3.1 Os Primórdios

No ano de 1985, Günther Jakobs foi convidado a proferir uma palestra no Seminário de Direito Penal realizado na cidade de Frankfurt, Alemanha, a fim de discorrer acerca de aspectos polêmicos da vertente funcionalista por ele criada nos idos da década anterior.

Conquanto o discurso proferido pelo notável jurista não tenha obtido considerável publicidade, naquela ocasião Jakobs afirmou que, analisando o panorama do Direito Penal alemão à época, percebia um distanciamento dele em relação ao Direito Penal de inspiração clássica e iluminista, principalmente no que diz respeito aos conceitos de intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade.

Em via totalmente oposta, o que Jakobs afirmou constatar era uma crescente tendência a antecipar a tutela penal, ou seja, criminalizar situações que podiam ser consideradas como atos preparatórios da lesão aos bens jurídicos. Explica Alejandro Cardona Aponte (2004, pp. 21-22):

Esta tendencia se identificaba, criticamente, com las tendencias político-criminales derivadas por ejemplo de la lucha contra el crimen organizado, pero el autor no se referia explicitamente a la guerra. (Es importante aclarar que el lenguaje de la confrontación armada radicaliza cualquier posición y es precisamente este lenguaje el que hoy em dia se expande em el mundo peligrosamente)⁴.

⁴ Essa tendencia se identificava, criticamente, com as tendências político-criminais derivadas, por exemplo, da luta contra o crime organizado, mas o autor não se referia explicitamente a uma guerra. (É importante destacar que a linguagem da confrontação armada radicaliza qualquer posição e é precisamente essa linguagem que hoje em dia se expande perigosamente pelo mundo).

Assim, Jakobs identificava que as novas demandas penais, principalmente a criminalidade organizada, estava impulsionando o Direito Penal a deixar de ser uma reação social contra as ocorrências delitivas para configurar-se como defesa estatal contra um inimigo. Todavia, não teceu maiores considerações e, tampouco, construiu uma teoria sobre o assunto.

Posteriormente, no ano de 1999, na Conferência do Milênio realizada em Berlim, também na Alemanha, Jakobs afirmou, em nova palestra, que a tendência anteriormente constatada na Alemanha estava, em verdade, presente em todo o mundo. Nos mais variados locais e continentes, era possível constatar uma proliferação de legislações destinadas a combater com notável rigorismo as ameaças de crimes cada vez mais elaborados e praticados por organismos dotados de admirável organização.

Ao conjunto de características que representavam um enrijecimento do Direito Penal, Jakobs denominou de direito penal do inimigo, sendo essa a primeira vez em que o termo foi empregado. Veja-se, então, que Jakobs jamais partiu do zero para falar em direito penal do inimigo, mas sim constatou a existência de uma tendência e simplesmente deu um nome a ela: direito penal do inimigo.

Em que pesem as vozes que se levantaram contra a nomenclatura, provenientes de adeptos ferrenhos do garantismo e de uma intervenção estatal mínima, Jakobs continuou analisando o tema de modo tímido, acreditando que, ao invés de fechar os olhos para as tendências evidentes, era melhor analisar os motivos pelos quais elas haviam se tornado realidade e teorizá-las a fim de limitar a ação que provocava sua assunção.

Foi então que ocorreram os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos. 2.996 pessoas morreram e mais de 6.000 ficaram feridas em decorrência das ações perpetradas pela organização fundamentalista muçulmana Al-Qaeda, originando a “guerra ao terror”, lançada pelos norte-americanos com o intuito de extirpar a ameaça terrorista que pairava contra o mundo ocidental.

Posteriormente, no dia 11 de março de 2004 foi a vez de a Europa entrar na mira do terrorismo islâmico: dez bombas colocadas em trens metropolitanos de Madri explodiram quase que simultaneamente durante o

horário de pico, ocasionando a morte de 191 pessoas e deixando ainda mais de 1.700 feridos.

No dia 07 de julho de 2005, em Londres, em menos de uma hora quatro bombas explodiram (três delas em trens metropolitanos e uma em um ônibus), também na hora de maior movimento, ocasionando a morte de 56 pessoas, além de deixar outros 700 feridos.

Mais recentemente, Indonésia, Índia, Rússia, Nigéria, Quênia e França também foram assolados por atentados terroristas que expuseram, mais do que uma criminalidade doentia por parte de seus autores, as fraquezas do ocidente em lidar com a ameaça que as células terroristas representam e o perigo de ignorar a existência delas.

Assim, nos cinco primeiros anos do século XXI, o mundo foi abalado por imagens chocantes de massas de pessoas inocentes sendo assassinadas de maneira brutal por indivíduos altamente organizados cujo mister era chamar a atenção para uma ideologia que cultuavam e que estaria sendo desrespeitada por preceitos típicos do mundo ocidental.

Eric Hobsbawn (2007, s.p.), afirma, mais especificamente com relação ao episódio americano, que:

A queda das torres do World Trade Center foi certamente a mais abrangente experiência de catástrofe que se tem na história, inclusive por ter sido acompanhada em cada aparelho de televisão, nos dois hemisférios do planeta. Nunca houve algo assim E sendo imagens tão dramáticas, não surpreende que ainda causem forte impressão e tenham se convertido em ícones.

Parecia evidente que a criminalidade estava se modificando de maneira veloz, e sua potencialidade lesiva era tamanha que era imperioso que o Direito também se modificasse e se tornasse capaz de combater a nova ameaça que se descortinava no limiar do novo milênio.

E Jakobs, à vista disso, encontrou campo fértil para o desenvolvimento de suas teses e da teorização do direito penal do inimigo, principalmente em sua obra publicada no ano de 2003 juntamente com Manuel Cancio Meliá. Em tal obra, Jakobs abandonou seu discurso inicial, de mera análise do ordenamento, e passou a defender a sua ideologia.

É bem verdade que nem a terminologia “direito penal do inimigo” nem a ideia que Jakobs por meio dela externou são novas. Mais correto é dizer que são contemporâneas e estão muito em voga. A ideia de um inimigo criminoso a ser combatido por meio do Direito Penal data da criminologia positivista, como visto na análise das ideias de Garofalo, e de tempos ainda mais remotos, quando a ideia do crime era associada a um pecado que, caso não punido, prejudicaria toda a comunidade.

Além disso, quando Franz von Liszt, precursor do sistema penal clássico, criou seu Programa de Marburgo no ano de 1882 e se utilizou de diversas terminologias assemelhadas no intuito de indicar que a sociedade de então deveria encarar a criminalidade como um inimigo de guerra. É o que ensina Manuel Monteiro Guedes Valente (2010, p. 39):

FRANZ VON LISZT não propulsionou uma visão belicista do Direito penal. Mas, ao defender que existiam três categorias de delinquentes – reincidentes, delinquentes habituais e delinquentes por tendência – que deviam estar sujeitos a prisão perpétua ou de duração indeterminada, com a conseqüente perda duradoura de direitos civis e políticos, podemos aferir que, não obstante defender uma política criminal cimentada em uma política social, VON LISZT considera aqueles indivíduos como “um exército de *inimigos fundamentais da ordem social*”. Não um inimigo a ser inocuízado, mas encarcerado *ad temporem*.

Todavia, Jakobs foi o primeiro doutrinador a construir uma doutrina com base filosófica suficiente forte para ser entendida como séria e, por que não dizer, necessária, diante das incontínuas porque passa o mundo do século XXI, sendo esta a razão pela qual se afirma, como visto, incorretamente, que o direito penal do inimigo é um assunto novo.

3.2 Conceito

Superada a análise do surgimento da expressão “direito penal do inimigo”, torna-se imperioso aferir o seu significado e descobrir no que consiste tão polêmico instituto.

Nessa seara, ao expor as ideias centrais do direito penal do inimigo, Camila Sartorelli Balotari (2013, p. 41) explica, com propriedade, que:

Essa teoria busca traçar uma nova “visão” do Direito Penal. Por um lado tem-se o Direito Penal do Cidadão, repressivo e garantista, que se baseia nos princípios que lhe são inerentes. De outro lado tem-se o Direito Penal do Inimigo, no qual algumas garantias processuais são suprimidas, estribando-se na prevenção de delitos praticados não por cidadãos, mas por inimigos do Estado.

Na mesma esteira está a definição cunhada por Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 71):

Trata-se do advento de um Direito de ‘terceira velocidade’ pautado por flexibilização de direitos e garantias penais e processuais, antecipação da tutela penal, adoção de tipos de perigo abstrato e normas penais em branco, concomitantemente com a adoção de regimes rigorosos de cumprimento de penas privativas de liberdade. Estamos assistindo ao despertar das primeiras acepções das políticas criminais voltadas ao combate dos ‘inimigos’.

Rogério Greco (2011, p. 23) também buscou explicar o que seria o direito penal do inimigo, afirmando o seguinte:

Jakobs, por meio dessa denominação, procura traçar uma distinção entre um *Direito Penal do Cidadão* e um *Direito Penal do Inimigo*. O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes; o segundo, intitulado *Direito Penal do Inimigo*, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado.

Por fim, insta salientar as palavras do próprio Günther Jakobs (2015, pp. 28-29), que enfaticamente afirma que:

O Direito Penal do cidadão é o Direito de todos; o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado não necessariamente excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem porque fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. (...) O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos.

E, mais à frente (2015, p. 36), arremata:

O Direito Penal conhece dois polos ou tendências de suas regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua periculosidade.

Disso resulta que o direito penal do inimigo é uma oposição ao dito direito penal do cidadão, ou ainda direito penal humanista. O que Jakobs propõe é uma nova face para a mesma moeda. Por tal razão, falar em direito penal do inimigo é falar numa dualidade do Direito Penal, na existência de duas faces ou dois modelos deste ramo do Direito: uma vigente para os cidadãos e outra para os inimigos.

Günther Jakobs, ao formular uma teoria acerca das constatações que anteriormente alcançara por meio da observação da evolução do Direito Penal na Alemanha e em outros países do mundo, chegou à conclusão de que é necessário que coexistam dois modelos de Direito Penal.

O primeiro deles é o clássico Direito Penal garantista, guiado por princípios e orientado por primados defendidos há séculos, como a presunção de inocência, a proporcionalidade das penas e a absoluta legalidade das medidas a serem tomadas pelo Estado, preocupando-se com fatos pretéritos e não com aqueles que deram causa a tais fatos. É, assim, um Direito Penal voltado aos cidadãos.

Luis Gracia Martín (2007, p. 80), acerca deste direito penal dos cidadãos, destaca o seguinte:

O Direito Penal do cidadão define e sanciona delitos ou infrações normativas realizados pelos indivíduos de um modo incidental, e normalmente havidos como simples expressão do abuso, por parte de tais indivíduos, das relações sociais em que participam com o seu *status* de cidadãos, isto é, na sua condição de sujeitos vinculados ao e pelo Direito.

Claro, pois, segundo a definição do autor, que se cuida de uma espécie de Direito Penal universal e voltado inicialmente a todos aqueles que integram a sociedade.

O segundo, direito penal do inimigo, consiste num modelo de Direito Penal que relativiza as mesmas garantias que são caras ao modelo

garantista, por entender que há certos indivíduos que não podem ser considerados pessoas. Seriam, em verdade, não pessoas, às quais os postulados de um direito penal do cidadão não poderiam incidir. Se preocupa com as pessoas e a periculosidade social que elas apresenta e, não necessariamente, com fatos.

Luiz Régis Prado (2008, p. 107), ao explicar as distinções promovidas pelo direito penal do inimigo, explica que ele:

Está apoiado em duas distinções essenciais, que partem, fundamentalmente, da relação entre o que é Direito e o que está fora do Direito. Enquanto postulado de política criminal, opera-se uma separação entre *Direito Penal de cidadãos* e o *Direito Penal de inimigos*; paralelamente, já no âmbito dogmático, distingue-se entre *pessoas* e *não-pessoas* para o Direito Penal.

Bastante precisos os ensinamentos. O direito penal do inimigo, de fato, é uma tese que implica em duas distinções: no campo jurídico propriamente dito, ele opera uma cisão entre o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo (já acima elencada), ao passo que num prisma sociológico e dogmático, ele promove uma distinção entre as pessoas e as não pessoas.

Tal diferenciação, base da construção doutrinária de Günther Jakobs, dificilmente será verificada de maneira pura e plena na prática, como alerta o próprio jurista alemão (2015, pp. 21-22 e 28), haja vista que certamente serão identificados em modelos de direito penal do cidadão elementos típicos de direito penal do inimigo, ao passo que os inimigos serão, ao menos de modo formal, em alguma ocasião, tratados como pessoa.

O que prevalece, contudo, é o intuito de que tais modelos de punição busquem ao máximo sua individualidade. Sabe-se, de fato, que a construção dos dois modelos puros propostos é de difícil verificação, mas a busca pela pureza das proposições deve guiar os responsáveis pela inovação do ordenamento.

Nesse ponto, contudo, já é possível concluir os motivos pelos quais o direito penal é um assunto que enseja, senão temor, verdadeiro pânico nos setores mais garantistas da doutrina. Como conceber, no século

XXI, após séculos de lutas sociais, conflitos de classes e revoluções contra regimes tirânicos, admitir que um ser humano seja tratado como não-pessoa?

Durante muitas décadas, com efeito, o discurso garantista cunhado em grande parte pelo italiano Luigi Ferrajoli pautou os discursos acadêmicos e práticos acerca da política criminal e da inovação do Direito Penal. Os preceitos garantistas datam, contudo, do século XVIII, como analisado no capítulo anterior e se intensificaram após a descoberta das barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial.

Basicamente, a ideia prevalente ao longo de todo esse lapso temporal era de que não pode haver pena sem crime e tampouco delito sem lei; a lei somente pode ser editada se necessário e esta somente se verificará se constatada ofensa; esta ofensa somente existirá se ocorrida uma ação, que depende de culpa para que seja considerada relevante para o Direito Penal; a análise da culpa somente pode ser feita por um juízo competente e imparcial, promovida por uma acusação; a acusação somente pode ser embasada por provas e não existe prova sem participação de defesa efetiva apta a tutelar os interesses do acusado.

Percebe-se, com isso, que o direito penal do cidadão é bastante limitado, ensejando a necessidade de que o Estado ultrapasse diversas barreiras para chegar ao ponto de encontrar legitimidade na aplicação de uma sanção penal a um acusado de praticar delito. Tais pontos, que devem ser vencidos pela acusação, constituem verdadeiras garantias das pessoas em face de possíveis arbitrariedades passíveis de cometimento pelo Estado e são expoentes de um Direito Penal mínimo, que somente se ocupa daquilo que os demais ramos do Direito não conseguem satisfatoriamente solucionar.

Entretanto, as contingências pelas quais passa a sociedade atual e o surgimento de modelos cada vez mais elaborados de práticas criminosas promoveram uma releitura de postulados antigos até que se alcançou a conclusão de que o direito penal do cidadão não pode ser aplicado a todos aqueles que vivem em sociedade, surgindo assim a dualidade proposta por Jakobs.

Antes de se passar a uma análise dos argumentos que sustentam a teoria do direito penal do inimigo, contudo, e já se tendo apontado as principais características do direito penal do cidadão, há que

analisarem-se as características do modelo repressivo construído pelo jurista germânico.

3.3 Características

O direito penal do inimigo possui como marca principal e característica primordial o fato de ser um direito penal do autor, em contrapartida ao direito penal do cidadão, que é um modelo de direito penal do fato.

Como já assinalado, sob um aspecto dogmático, o direito penal do inimigo promove uma distinção entre pessoas e não-pessoas, sendo então elaborado, para cada uma delas, um modelo distinto de Direito Penal que deve ser aplicado como forma de punição delitiva.

A partir do momento em que tal diferenciação é promovida, contudo, tem-se que o que interessa para distinguir o direito penal do cidadão do direito penal do inimigo é a figura do delinquente, do autor do delito.

Explicando o direito penal do fato, José Carlos de Oliveira Robaldo (2009, s.p.) afirma que:

Nessa perspectiva não interessa o histórico ou antecedente do investigado ou suspeito. Por mais criminoso que seja o possível autor da infração, assim mesmo, para a sua condenação, impõe-se ao autor da ação penal, que, em regra, é o Ministério Público (estadual ou federal), obedecendo aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, por meios lícitos, provar cabalmente o seu envolvimento.

Assim, um direito penal do fato somente responsabiliza penalmente alguém com base em comprovação cabal de seu envolvimento em dada prática delitiva, segundo os ditames consubstanciados na legislação vigente e que são muito próximos do que dispõe, de modo geral, um direito penal do cidadão.

É impossível, frente ao direito penal do fato, que características pessoais daquele a quem se imputa o cometimento de um crime interfiram na aferição de sua responsabilidade penal, sendo certo que, diante disso, se pode afirmar que é um modelo de Direito Penal que olha para o passado, que

se preocupa com fatos e ocorrências já verificadas e não com aquilo que ainda pode acontecer.

O modelo brasileiro de Direito Penal é evidentemente do fato, sendo que basta se atentar para o artigo 17 do Código Penal, que obsta a punição do crime impossível, para que tal afirmação seja tida como correta.

Já um modelo de direito penal do autor é aquele que considera a pessoa do infrator em detrimento ao ato que ele efetivamente praticou. Pune-se o indivíduo pelo que ele é e não necessariamente pelo que fez.

Um direito penal do autor é, por consectário lógico, um modelo punitivo adiantado, isto é, que se preocupa mais com aquilo que os indivíduos podem fazer do que com aquilo que eles efetivamente fizeram. Afirma Alessandra Costa da Silva Motta (2013, s.p.):

O Direito Penal do autor configura-se quando a reprovabilidade social, bem como a aplicação das sanções penais são baseadas não na ocorrência de um fato ilícito, mas sim no modo de ser do agente. A sanção deve ser aplicada, portanto, fundamentada na personalidade do agente, na atitude interna jurídica corrompida do agente. A conduta realizada seria apenas uma das características inerente aquele ser que nasceu para delinquir.

O direito penal do inimigo, destarte, é efetivamente um sistema punitivo preocupado com o futuro, com o mal que um determinado indivíduo considerado não-pessoa pode causar na sociedade. Por tal razão se diz que ele é prospectivo e não retrospectivo, olha para o futuro e não para o passado.

Superada essa primeira grande característica do direito penal do inimigo, que é a base para o entendimento de todos os matizes do instituto ora em análise e de todas as demais características, outros pontos chamam a atenção, sendo que a síntese promovida por Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 196) é bastante pertinente:

- a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b) desproporcionalidade das penas;
- c) legislações como, nos explícitos casos europeus, que se autodenominam 'leis de luta ou de combate';
- d) restrição de garantias penais e processuais e

e) determinadas regulações penitenciárias ou de execução penal, como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil.

Outras características igualmente importantes do direito penal do inimigo são elencadas por Luiz Flávio Gomes (2007, p. 295), que ao fazer sua leitura das teses de Jakobs as enumera da seguinte forma:

- a) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação;
- b) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só a sua periculosidade);
- c) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança (porém, não a destinada aos imputáveis, que tem caráter curativo, sim, medida de segurança detentiva para os imputáveis);
- d) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade;
- e) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro);
- f) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo;
- g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos;
- h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios;
- i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim justifica-se a antecipação ocasional, espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade;
- j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional) espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo) deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.

O primeiro elemento notado pelos mencionados doutrinadores é a antecipação da tutela penal. Sobre tal elemento, necessário se faz pacificar que ele pode ser vislumbrado em duas atitudes tomadas pelo Estado.

De proêmio, deve-se deixar claro que uma antecipação de tutela pode ser entendida como o adiantamento de um provimento que somente seria verificado ao final do processo. Aplicando-se tal premissa à seara penal, conclui-se que ela consiste na ampla possibilidade de prisões no curso de processo.

De fato, o caminho normal a ser percorrido por um processo penal é a instrução que conduz à condenação do acusado. Tanto é assim que as defesas também podem ser chamadas de exceções, pois são responsáveis pela quebra da regra representada pela condenação.

O direito penal do inimigo trabalha com a ideia de que as prisões, que em regra somente deveriam ser verificadas ao cabo do curso processual, devam ser substancialmente aplicadas também durante a instrução, tendo em vista a possibilidade de que aquele que é alvo da persecução cometa novas infrações penais.

A segunda vertente dessa antecipação de tutela penal consiste numa atuação prévia da ingerência que o Estado exerce na punição delitiva. Basicamente, ao invés de esperar que certos bens jurídicos mais importantes sejam violados, o Estado toma a iniciativa de punir atos que consistem em possíveis caminhos para que a violação maior seja perpetrada.

A característica em comento foi notada por Luís Gracia Martín (2006, p. 1.056):

Una primeira manifestación del Derecho penal del enemigo está representada por aquellos tipos penales que dan lugar a una amplia anticipación de la punibilidad ya en momentos em que los actos realizados sólo tienen el carácter de *preparatorios* de hechos futuros⁵.

Exponentes de tal antecipação de tutela penal consistem na elaboração de tipos penais mera conduta e de perigo abstrato, bem como na incriminação de atos preparatórios.

Na visão de Cleber Masson (2014, p. 200):

Crimes de mera conduta ou de simples atividade são aqueles em que o tipo penal se limita a descrever uma conduta, ou seja, não contém resultado naturalístico, razão pela qual ele jamais poderá ser verificado. É o caso do ato obsceno (CP, art. 233).

O mesmo doutrinador (2014, p. 203) afirma que:

⁵ Uma primeira manifestação do direito penal do inimigo está representada por aqueles tipos penais que dão lugar a uma ampla antecipação da punibilidade já em momentos em que os atos realizados somente tem o caráter de preparatórios de fatos futuros.

Crimes de perigo abstrato, presumido ou de simples desobediência consumam-se com a prática da conduta, automaticamente. Não se exige a comprovação da produção da situação de perigo. Ao contrário, há presunção absoluta (*iuris et de iure*) de que determinadas condutas acarretam perigo a bens jurídicos.

Diante do exposto, tem-se que nos casos de crimes de mera conduta, o legislador não exige uma determinada violação efetiva ao bem jurídico para que a consumação delitiva possa ser verificada e o agente punido.

Já nos casos de crimes de perigo abstrato, o legislador presume que certas situações acarretam perigo evidente aos direitos preservados pelo ordenamento, tomando então a iniciativa de punir tais situações, mesmo que no caso concreto nenhum risco efetivo tenha sido produzido.

A conotação trazida pela inserção de tais crimes no ordenamento jurídico é eminentemente preventiva. No rol de legislações pátrias, é possível vislumbrar tais ocorrências em várias contravenções penais, no ato obsceno, nos delitos de drogas, no abandono de função pública, nos crimes contra a saúde pública, na ameaça, na falsa identidade e nos crimes falimentares, dentre outros.

Já no que concerne à incriminação de atos preparatórios, o maior exemplo do Direito Penal brasileiro é o crime do artigo 291 do Código Penal, petrechos para falsificação de moeda.

Todos eles têm em comum o fato de consistirem em atitudes preventivas do Estado, que antecipa tutela penal antes de que uma lesão considerável a bens jurídicos fundamentais seja vislumbrada.

Cabe aqui salientar que a antecipação da tutela penal é uma característica fortemente presente na Alemanha, terra natal de Günther Jakobs. No quartel final do século XIX, o chanceler alemão Otto von Bismarck promoveu uma brutal secularização das instituições sociais de seu país. Inconformado com as medidas contrárias à Igreja Católica, um trabalhador fanático belga de sobrenome Duchesne ofereceu-se ao provincial dos jesuítas na Bélgica e ao Arcebispo de Paris, cardeal Joseph Hippolyte Guibert, para assassinar Bismarck em troca de uma considerável soma de dinheiro.

O intento não teve prosseguimento, mas a partir de quando o caso veio a público, os alemães reformaram seu ordenamento penal e, desde

1876, a preparação de delitos considerados gravíssimos passou a ser punida com até cinco anos de privação da liberdade. Nos casos de outros delitos, o patamar máximo era de dois anos.

Uma terceira característica do direito penal do inimigo que chama a atenção é o fato de que ele permite que o inimigo, mesmo que imputável, seja punido com medida de segurança e não com pena.

Ora, o Direito Penal, não só no Brasil, mas em todos os demais países de tradição romano-germânica, trabalha com a dicotomia entre penas e medidas de segurança, sendo aquelas destinadas aos imputáveis e estas aos inimputáveis.

O direito penal do inimigo, contudo, a partir do momento em que afirma existirem não-pessoas que representam tamanho risco ao Estado que sua neutralização como verdadeiros inimigos de guerra se afigura imperativa, autoriza que sejam aplicadas medidas de segurança de lapso temporal indeterminado a eles, como medida de resguardo à sociedade.

Igualmente importante é perceber que a medida de segurança aqui preconizada não é aquela destinada a curar um indivíduo que, em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito de um fato ou de determinar-se segundo esse entendimento.

A medida de segurança a que o direito penal do inimigo se refere é uma verdadeira pena de caráter indeterminado, ou seja, é uma mescla de postulados vigentes para pena e para medida de segurança: da pena, se extrai a necessidade de reclusão; da medida de segurança, a possibilidade de duração indeterminada.

Necessário destacar ainda que o direito penal do inimigo promove uma brutal relativização de garantias penais e processuais penais. Os clássicos postulados do Direito Penal de índole iluminista não vigem para aqueles que são considerados inimigos do Estado, motivo pelo qual devido processo legal, presunção de inocência, juiz natural, legalidade (em todas as suas minúcias) e proporcionalidade das penas, dentre outros, são conceitos que a doutrina de Jakobs deixa de lado.

Deste ponto chega-se à notável característica do direito penal do inimigo consistente na desproporcionalidade das penas. Luis Gracia Martín (2007, p. 88) manifestou-se sobre tal aspecto da seguinte forma:

Característica que permitiria inserir determinada normativa de Direito Penal do inimigo seria a desproporcionalidade das penas. (...) a circunstância específica de o autor pertencer a uma organização é levada em consideração para estabelecer agravações, às vezes consideráveis e, por isso mesmo, em princípio, desproporcionais, das penas correspondentes aos fatos delituosos concretamente realizados pelos indivíduos no exercício de sua atividade habitual ou profissional a serviço da organização.

Consoante tais ensinamentos, pode-se concluir que o fato de um determinado autor de crime ser considerado inimigo serve como embasamento suficiente para que as sanções que serão a ele aplicadas por força da prática de um ato delituoso sejam exasperadas em proporções bastante elevadas.

Note-se que em circunstâncias normais isso poderia representar até mesmo um *bis in idem*, pois o fato de ser o delinquente um inimigo ensejaria ao mesmo tempo a utilização de um arcabouço normativo *de per se* mais rígido e também a majoração das reprimendas, de modo a que ele fosse duplamente sancionado pela mesma característica.

Por fim, vale mencionar que todas essas características são em parte justificadas por força de um último ponto responsável por particularizar a teoria do direito penal do inimigo: o inimigo perde a condição de cidadão.

Não é novidade, no presente texto, que o direito penal do inimigo promove uma cisão entre cidadãos e inimigos. E, de fato, se um inimigo é uma não-pessoa, não é um cidadão, não há porque estender a ele garantias que dizem respeito somente aos bons humanos que povoam determinado Estado.

Afirma Luiz Régis Prado (2008, p. 109):

A condição de inimigo implica sua desconsideração como pessoa. Nesse sentido, afirma-se que o indivíduo que não aceita submeter-se ao ordenamento jurídico, rechaça sua legitimidade e, assim, persegue sua destruição, não pode ser considerado pelo Estado como pessoa, sendo privado dos benefícios e garantias que esta última condição supõe.

Em suma: o inimigo não é pessoa, mas sim um objeto de coação. Portanto, não há falar-se em garantias penais e processuais que sirvam para ele de escudo contra a atividade estatal.

Elencadas, assim, as principais características do modelo de direito penal do inimigo, torna-se necessário analisar o suporte filosófico que concede a ele embasamento para prosperar na doutrina.

3.4 Embasamento Filosófico

Afirmar que há determinados indivíduos, dentro da sociedade, que não podem ser considerados pessoas é uma assertiva que rompe com séculos de evolução humanista e garantista da doutrina e da legislação penal.

Contudo, Günther Jakobs escora sua teoria em entendimentos clássicos e respeitáveis de diversos filósofos, os quais devem ser aqui explanados diante da importância histórica e da solidez racional que apresentam.

De proêmio, Jakobs (2015, p. 47) afirma o seguinte:

No Direito natural de argumentação contratual estrita, na realidade, todo delinquente é um inimigo (Rousseau, Fichte). Para manter um destinatário para expectativas normativas, entretanto, é preferível manter, por princípio, o *status* de cidadão para aqueles que *não* se desviam (Hobbes, Kant).

Fica evidente, com essa breve passagem, que o doutrinador recorre aos filósofos contratualistas para desenvolver o direito penal do inimigo, mormente com Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. Tais filósofos fundamentam o Estado de maneira bastante estrita e de maneira semelhante a um contrato.

É como se os indivíduos, almejando viver em sociedade, entregassem parcela de sua autonomia, determinação e liberdade ao Estado para que esse administrasse os interesses comuns. A sociedade e o Estado eram, basicamente, contratos decorrentes das vontades das pessoas que convivem.

Assim, o crime representa um descumprimento do contrato, motivo pelo qual o responsável por sua prática não mais pode usufruir dos

benefícios trazidos pela relação. O criminoso deixa de participar da mesma relação jurídica na qual os demais indivíduos da sociedade estão inseridos.

A visão contratualista de Estado, inicialmente defendida por Rousseau, está assentada sobre um ideal de respeito mútuo e de obrigações recíprocas que se descortinam tanto num plano vertical (entre Estado e cidadão) quanto num plano horizontal (entre cidadãos).

Explicando o pensamento de Jean-Jacques Rousseau, Manuel Monteiro Guedes Valente (2010, p. 32) assevera que:

O delinquente ataca a ordem jurídica e social, coloca em causa o contrato social, trai e combate a pátria e o seu comportamento é incompatível com a sobrevivência do Estado, pelo que, pela ordem das coisas, um tem de morrer. Quando se opta por matar o culpado pela desordem social, não se está a matar um cidadão, mas um inimigo da pátria, da sociedade.

Com efeito, é precisa a explicação, uma vez que se atribui a Rousseau a afirmação de que ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão. A visão é bastante rígida, mais rigorosa mesmo que a tese construída por Jakobs, pois, como se verá mais adiante, não é com um único delito que um cidadão passa a ser considerado inimigo, ressalva bastante importante que não é levada em conta na tese de Rousseau.

Assim, o direito penal do inimigo principia com as teses contratualistas, mas não as adota de maneira integral, sendo que o motivo para tanto é explicada pelo próprio Jakobs (2015, pp. 25-26):

Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

Logo, não é todo e qualquer criminoso que se considera inimigo, segundo as teses de Jakobs – até porque isso o isentaria de reparar o dano que causou – o que não ocorre sob o prisma do iluminista Rousseau.

Johann Gottlieb Fichte, por sua vez, defendia a ideia de que o cidadão somente conserva seus direitos na medida em que demonstra respeito aos direitos dos outros cidadãos. Assim, os criminosos deveriam ser entendidos como inimigos da sociedade e tratados como verdadeiros objetos.

Os inimigos seriam indivíduos que optaram por abandonar o pacto social e, em virtude disso, devem ser punidos com a perda total de direitos. O criminoso é alguém que voluntariamente abdica dos direitos positivos que o Estado lhe confere.

O terceiro filósofo contratualista de destaque é Immanuel Kant. Ao redigir sua obra *A Paz Perpétua*, Kant define o inimigo como sendo o autor de uma ameaça à ordem jurídica vigente ou o responsável por fragilizar a segurança dos membros da sociedade.

Kant defendeu a existência de dois estados: o estado de natureza e o estado de paz (chamado ainda de estado legal). Naquele, há constante insegurança e ameaças entre aqueles que convivem, motivo pelo qual ele é marcado por um eterno conflito, uma verdadeira guerra. Neste, há uma comunhão entre os indivíduos que se relacionam, o que faz com que as vontades sejam convergentes e não divergentes, motivo pelo qual fica afastado o estado de guerra e as ameaças que a ele são inerentes.

Afirma Kant (2008, p. 10):

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

Assim, os indivíduos que, inseridos dentro de um estado legal, portarem-se de modo natural e oferecerem ameaças e insegurança aos demais, devem ser afastados do convívio social e tratados como se pertencem a um estado natural, ou seja, com medidas típicas de um estado de guerra. Para o rígido conceito de Kant, a liberdade consiste em liberdade de agir segundo a lei.

A constatação de que determinado indivíduo jamais teria deixado de pertencer a um estado natural, tendo em vista suas condutas lesivas ao meio comum, autoriza que a reação do Estado contra ele seja nos mesmos moldes e com a mesma intensidade com que se combate um inimigo.

As teses de Kant foram construídas em grande parte sobre ensinamentos anteriormente propagados por John Locke, que também vislumbrava a existência de dois estados. Por tal razão, entendia que os humanos que cometem crimes demonstram que jamais deixaram estar integrados ao estado natural, representando séria ameaça para o estado legal, suficientemente forte para ensejar sua exclusão do convívio mutuo.

Thomas Hobbes, por fim, o último dos grandes contratualistas a ser analisado, concebeu uma visão de inimigo da sociedade também pautada na premissa do estado natural, situação em que existiria uma guerra de todos contra todos – *bellum omnium contra omnes* – estando a vantagem do estado legal na superação desta condição como medida de promoção do bem comum.

Com vistas à manutenção do estado legal, seria dado às autoridades o poder de aplicar sanções severas aos autores de infrações penais, sendo que a única limitação do *jus puniendi* proposto por Hobbes era a situação na qual o infrator apresenta garantias de uma futura segurança.

É dizer: quando o responsável pelo delito não demonstra qualquer adaptação ao estado legal e não concede garantias de que futuramente irá agir com a segurança esperada daqueles que se inserem em tal modelo de estado, deve ser afastado da sociedade e tratado como um inimigo; todavia, quando há garantias de que futuramente o delinquente se tornará alguém adaptado à vivência no estado legal, deve ser mantido e não tratado como um inimigo de guerra.

Assim, percebe-se que de todos os contratualistas, Hobbes seja talvez o que construiu a tese mais próxima daquela preconizada por Jakobs séculos depois, já que não concebe todo e qualquer criminoso como um inimigo do Estado, mas somente aqueles que, de maneira reiterada e grave ameaçam a estabilidade das instituições consagradas pelo estado legal.

3.4.1 A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann

Ponto fundamental para a construção da tese do direito penal do inimigo pó Günther Jakobs foi a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Luhmann foi um sociológico alemão que viveu no século XX e se destacou como um dos mais renomados pensadores europeus de sua época, notoriamente por ter construído uma teoria dos sistemas marcada pela autopoiese.

Ao longo de sua vida, Luhmann passou por diversas experiências pessoais (privações materiais, convocação para servir a Alemanha nazista durante a Segunda Guerra Mundial e considerável período detido como prisioneiro de guerra após o fim do conflito) que o impulsionaram a analisar de maneira bastante peculiar a conflitiva sociedade contemporânea.

Luhmann sempre ambicionou criar uma teoria que explicasse a sociedade moderna em todas as suas variadas nuances, sendo precisamente de tal mister que nasceu a teoria dos sistemas. O alcance de tal propósito somente foi possível quando conceitos de outras ciências foram agregados à sociologia, de modo a ensejar uma proposição multidisciplinar.

A grande novidade em tal proposição é que o homem foi retirado do centro e do cerne da sociologia e relegado a seu entorno, isto é, o homem deixou de ser o centro dos sistemas e foi deixado numa posição secundária, no entorno dos sistemas. Paralelamente, inseriu no centro da sociedade e do estudo da sociologia a rede de comunicação intersistêmica.

Na visão de Juarez Tavares (2000, p. 64), a teoria dos sistemas:

é, no fundo, uma teoria estruturalista, pois busca fundar o método científico na determinação das chamadas tipologias estruturais, que desempenhariam o papel de princípios unificadores da atividade especulativa. O elemento caracterizador dessa tipologia é representado pela noção de sistema, que simboliza a organização dentro de um processo de informação. A norma jurídica está situada dentro daquilo que se denominou círculo regulativo e funciona como uma operadora de informação do justo e do injusto, pela qual se devem orientar as decisões jurídicas.

Portanto, Niklas Luhmann entendia que a sociedade é um sistema, ou seja, um conjunto de elementos organizados de maneira racional

e intelectual ou ainda um conjunto de relações que possuem certa continuidade e duração no tempo, promovendo então uma diferenciação entre interior (sistema) e exterior (meio). E para que a complexidade da sociedade contemporânea fosse reduzida, a estrutura do sistema, ou autopoiese, é de suma importância.

Autopoiese é um conceito oriundo da biologia, cunhado pelos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana, que descobriram que todos os seres vivos apresentam em seus circuitos internos uma interação isolada de seus elementos constituintes. Assim, eles têm a capacidade de auto-organização e autoprodução daquilo de que necessitam para sobreviver. E a partir do momento em que se percebe tal capacidade, conclui-se serem desnecessárias as trocas efetuadas entre tais organismos e o ambiente externo, pois todo organismo vivo produz vida.

Dentro do grande sistema que é a sociedade, há vários outros, sendo que o que caracteriza cada um deles e os distingue dos demais é o código operativo, a exemplo do que ocorre com o Direito, cujo código operativo ou lógica operacional está resumida em lícito/ilícito, direito/não direito.

Os sistemas sociais se mantêm pelos sentidos e pela comunicação daqueles que os integram. Luhmann vislumbra na comunicação o verdadeiro elo vital entre os sujeitos, motivo pelo qual a única forma pela qual se admite que um indivíduo possa estar inserido dentro de determinado sistema é pela comunicação que ele estabelece com os demais.

Afirma André Trindade (2008, p. 34):

Para a teoria sistêmica, o que deve ser levado em conta em uma sociedade são as comunicações entre os sistemas e seus elementos. O indivíduo não pode ser considerado como o elemento formador do sistema social. O que gera o sistema social são as comunicações. O indivíduo apenas congrega dois sistemas em um: o sistema orgânico e o nervoso.

A comunicação, assim, é outro ponto vital para a teoria dos sistemas de Luhmann, pois é ela a responsável por promover a autopoiese dos sistemas. Via se consequência, quando há ausência de comunicação, há uma falha do sistema que demanda imediata correção.

Adaptando tais preceitos, Jakobs encontrou uma teoria contemporânea que explica a possibilidade de que um indivíduo seja excluído da sociedade mediante o despojamento de sua condição de pessoa. É dizer: o inimigo seria alguém que não se comunica com os demais e, a partir de então, fere o sistema social em que se insere, pois a comunicação é a base de sustentação do sistema.

As atitudes lesivas do inimigo fazem com que se possa concluir pela sua inadaptação ao convívio social e, por isso, sua manutenção dentro do sistema colocaria em cheque a própria autoapoiese.

Sem a autoapoiese, a existência do sistema social fica em risco, pois se todos os sistemas tem a capacidade de se manter e de se retroalimentar e sendo a comunicação a base sobre a qual se assenta a autoapoiese da sociedade, alguém que não se comunica deve ser alijado do seio social e tratado como um objeto e não como pessoa.

Eis aqui uma derivação bastante evoluída dos clássicos contratualistas e que concede uma argumentação sociológica bastante importante para que se possa falar na existência de um direito penal do inimigo em pleno século XXI.

3.4.2 As velocidades do direito penal

O último grande suporte da teoria do direito penal do inimigo desenvolvida por Jakobs que será objeto de atenção consiste nas velocidades do Direito Penal, conforme construção doutrinária do penalista espanhol Jesús-Maria Silva Sanchez.

Sánchez, catedrático de Direito Penal da Universidade Pompeu Fabra, na Espanha, e pesquisador da Universidade de Bonn, na Alemanha, ao escrever suas obras *A Expansão do Direito Penal* e *Eficiência e Direito Penal*, estabeleceu uma interessante e curiosa analogia entre o Direito Penal e um velocímetro e, por esta razão, pode se desenvolver em ritmos diferentes, em velocidades distintas.

O pano de fundo para a teoria de Sánchez é a sociedade pós-industrial conflitiva que também motivou Jakobs a elaborar sua tese de direito

penal do inimigo e exatamente por isso as conclusões que ambos os doutrinadores alcançam se complementam e se aproximam.

O jurista ibérico analisou criticamente o Direito Penal e concluiu que ele é composto por dois grandes blocos de condutas ilícitas: aquelas para as quais o legislador comina penas privativas de liberdade e aquelas que são apenas com medidas diversas, que não implicam na restrição do direito de locomoção dos condenados. Afirma Sánchez (2002, p. 144):

O Direito Penal, dentro de sua unidade substancial, contém dois grandes blocos de ilícitos. Primeiro, o dos cominados com penas de prisão. O segundo, o dos que vinculam a outro gênero de sanções.

Sánchez desenvolve sua teoria afirmando que não é possível que o Direito Penal conceda tratamento idêntico a estas duas espécies, dadas as consequências diversas que podem advir de uma condenação por delito ao qual se comine privação de liberdade e outro pelo qual não há tal sanção.

Assim, a primeira velocidade do Direito Penal seria aquela correspondente aos crimes que admitem privação da liberdade como sanção principal e que pode ensejar com maior probabilidade o recolhimento do condenado ao cárcere. Por tal razão, ela diz respeito aos crimes de maior gravidade, mormente aqueles violentos e que promovem uma perturbação social maior.

Por tal razão, essa primeira velocidade é lenta, porque se o indivíduo corre sérios riscos de ser privado de sua liberdade, os princípios clássicos do Direito Penal entram em cena, havendo plena presunção de inocência, legalidade, ampla defesa e contraditório, dentre outros, sendo certo que o respeito a todas essas normas implica numa redução da marcha do processo e da velocidade com que o Direito Penal incide no caso concreto.

Com efeito, o próprio Sánchez afirma o seguinte (2002, p. 144), acerca da primeira velocidade do Direito Penal:

Não parece que exista razão alguma para que o Direito Penal da pena de prisão deva afastar-se do modelo liberal quanto a regras de imputação e garantias político-criminais. A grande transcendência da sanção em realidade abona a tese contrária.

Já a segunda velocidade do Direito Penal é aquela que corresponde aos crimes que não ensejam a prisão do condenado, cuidando-se de delitos de menor potencial ofensivo e que, no mais das vezes, substituem as penas privativas de liberdade pelas sanções restritivas de direitos. Denotam, assim, menor gravidade e menor lesividade social quando verificados.

Em virtude de tais fatores, com relação a eles a marcha do Direito Penal é mais célere, cuidando-se de situações nas quais flexibilizações dos princípios e garantias penais e processuais dos acusados são admissíveis. Forte exemplo disso é o que ocorre com os institutos descarcerizadores da Lei nº 9.099/95.

As duas velocidades iniciais de Direito Penal são notoriamente aplicadas aos cidadãos. A terceira velocidade do Direito Penal, por sua vez, corresponde ao direito penal do inimigo.

Referida terceira velocidade do Direito Penal corresponderia a uma junção de preceitos atinentes às duas velocidades anteriores. De fato, consistiria ela na aplicação das flexibilizações trazidas pela segunda velocidade aos crimes punidos com prisão, objetos de atenção da primeira velocidade. Assim, consistiria numa velocidade rápida aplicada a delitos de gravidade considerável e que podem ensejar severas punições a seus autores.

É precisamente a noção trazida pelo direito penal do inimigo na visão de Günther Jakobs, motivo pelo qual é comum que a doutrina, de modo geral, mescle as duas proposições e afirme que o direito penal do inimigo consiste numa terceira velocidade do Direito Penal.

3.5 Quem são os Inimigos?

Um dos pontos principais da teoria de direito penal do inimigo edificada por Jakobs consiste no estabelecimento de critérios para que o cidadão seja diferenciado do inimigo. Em outras palavras, quem seriam os inimigos? O que faz um cidadão deixar de ostentar tal *status* e passar a ser merecedor de um tratamento de guerra?

Tendo como fundamento os preceitos traçados acima, de plano é necessário deixar claro que nem todo criminoso pode ser considerado um inimigo da sociedade. De fato, já se salientou outrora que Jakobs buscou escopo nos filósofos contratualistas para edificar seu funcionalismo radical e sistêmico, mas distanciou-se deles no que diz respeito a quem considerar um inimigo que deve ser alijado da sociedade.

Criminoso e inimigo não são sinônimos, motivo pelo qual um criminoso não pode ser automaticamente rotulado e tratado como um inimigo.

Disto isso, a segunda observação importante consiste no fato de que é imperioso que a distinção entre cidadão e inimigo seja perfeitamente bem delineada e marcada por contornos muito precisos, sob pena de fazer incidir para um cidadão disposições atinentes ao direito penal do inimigo e vice-versa, o que deve ser repudiado.

Há, de fato, enorme preocupação em se distinguir com precisão um cidadão de um inimigo, inclusive pela necessidade de que os critérios para tanto sejam rígidos, sob pena de serem deturpados por ideologias políticas dominantes e utilizados como meio de perseguição social e política, o que seria uma total deturpação das teses de Jakobs.

Com efeito, falar em direito penal do inimigo é falar em defesa da coletividade e da sociedade contra atos nocivos praticados por determinada categoria de pessoas que optaram por se afastar do Direito e não um meio de coação irracional de determinadas classes.

Feitas tais considerações, é necessário reiterar, como anteriormente já se disse, que a distinção entre cidadão e inimigo é uma verdadeira distinção entre pessoa e não-pessoa, porquanto os inimigos perderiam o *status* de pessoas e deveriam ser tratados como coisas.

Somente o cidadão é pessoa, pois contra o inimigo o Estado deve agir da mesma forma que atuaria numa situação de guerra, no intuito de debelar um mal tão grande que ameace sua própria existência, sendo certo que esse alvo da atuação estatal deixa de fazer *jus* ao *status* de pessoa.

Analise-se então, feitas as considerações acima, o conceito de pessoa para Jakobs (2015, p. 43):

Como se tem mostrado, 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 real.

Logo, o conceito de pessoa para Jakobs, no esteio de Luhmann, é o de ser humano que oferece previsibilidade com sua conduta, previsibilidade esta que está de consonância com os preceitos normativos que orientam a sociedade.

Pessoa, na visão defendida por Jakobs, é uma decorrência lógica da forma pela qual o sistema social é construído. Sem um grau de cognição mínimo que seja, não se pode promover o funcionamento da sociedade e a cognição do comportamento de determinado indivíduo é alcançada pelo modo como ele estabelece sua comunicação no meio social.

Cidadão, de fato, é aquele que dá garantias cognitivas de que se sujeita à ordem jurídica vigente. Quando tais garantias não são fornecidas, ou ainda, caso sejam elas retiradas, o Estado deixa de atuar como legitimado da sociedade à punição criminal e deve atuar da mesma maneira que atuaria contra um inimigo de guerra.

Jakobs (2001, p. 55) apud Moraes (2011, p. 192), explica tais assertivas da seguinte forma:

Além da certeza de que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário.

A lição de Jakobs é extremamente pertinente porque ressalta o fato de que ser pessoa implica em responsabilidades. Com efeito, é extremamente comum, desde o advento da discussão dos direitos humanos e dos movimentos garantistas pós-Segunda Guerra Mundial, o discurso doutrinário voltado apenas e tão somente aos direitos e às prerrogativas dos seres humanos.

Não é irresponsabilidade dizer que por muito tempo as responsabilidades dos titulares desses mesmos direitos foi relegada a um segundo plano, sendo de grande valia o funcionalismo sistêmico quando ele promove um resgate da noção de que a cada direito corresponde um dever; a cada prerrogativa corresponde uma realidade; e a liberdade de atuação que abarca todo e qualquer ser humano é somente a liberdade de agir conforme a lei.

Via de consequência, inimigo é aquele que abandona o Estado de Direito e não oferece qualquer garantia de que irá retornar para ele. É alguém que optou por viver de maneira paralela ao Estado e à sociedade, promovendo, com isso, um risco permanente para os cidadãos.

A definição de inimigo para a teoria de Jakobs foi muito bem sintetizada por Jesús-Maria Silva Sánchez (2002, p. 149) a partir de uma análise *contrariu sensu* do conceito de pessoa para o doutrinador germânico:

O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de suas condutas. (...). Se a característica do “inimigo” é o abandono duradouro do Direito e ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria mais plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego de meios de asseguramento cognitivo desprovidos da natureza de penas.

Também Luiz Regis Prado (2008, p. 108) afirma, com maestria, acerca dos inimigos, que:

Esses indivíduos não são mais que entes perigosos, a serem privados de direitos e garantias individuais próprios dos cidadãos, as *peças*. O inimigo é aquele cujas atitudes revelam um distanciamento em relação às regras de Direito, o que não se dá acidentalmente, mas de forma duradoura; comportamento pessoal, profissão e vida econômica; nada é concretizável no âmbito de relações sociais legitimadas pelo Direito; ao contrário, desenvolve-se à margem deste último e da própria sociedade. É dizer: são indivíduos que não prestam a garantia cognitiva mínima que é necessária para o tratamento como pessoa.

O inimigo, assim, nada mais é do que alguém que não oferece uma segurança cognitiva com relação a seu comportamento pessoal. Não se

sabe o que ele promoverá de concreto, mas em virtude de sua ausência de garantias, é possível presumir que será algo de gravidade tal que repercutirá em toda a sociedade de maneira nefasta.

Veja-se que não basta o cometimento de um crime e nem mesmo a reincidência para que um cidadão perca tal *status* e passe a ser considerado como um inimigo. É necessário que, além de delinquir, ele se mostre negativo a continuar seguindo as normas do Estado, não dando sinais de que pretende se corrigir e se reinserir na sociedade.

De acordo com os ensinamentos de Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, pp. 193-194):

Criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas são os indivíduos potencialmente tratados como 'inimigos', aqueles que se afastam de modo permanente do Direito e não oferecem garantias cognitivas de que vão continuar fieis à norma. Assim, por não aceitarem ingressar no estado de cidadania, não podem participar dos benefícios do conceito de 'pessoa'. Uma vez que não se amoldam em sujeitos processuais não fazem *jus* a um procedimento penal legal, mas sim, a um procedimento de guerra.

Luis Gracia Martin (2006, p. 1.053) assinala, com propriedade, acerca dos inimigos o seguinte:

Las actividades y La ocupación profesional de tales individuos no tienen lugar en el ámbito de las relaciones sociales reconocidas como legítimas, sino que aquéllas son más bien la expresión y el exponente de La vinculación de tales individuos a una organización estructurada que opera al margen del Derecho y que está dedicada a actividades inequívocamente "delictivas". Éste es el caso, por ejemplo, de los individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, de narcotráfico, de tráfico de personas, etc., y, em general, de quienes llevan a cabo actividades típicas de la llamada criminalidad organizada⁶.

Agora, veja-se como os exemplos citados se adaptam de maneira plena aos postulados de Jakobs: que garantia um terrorista fornece à

⁶ As atividades e a ocupação profissional de tais indivíduos não tem lugar no âmbito das relações sociais reconhecidas como legítimas, já que aquelas são bem mais a expressão e o expoente da vinculação de tais indivíduos a uma organização estruturada que opera à margem do Direito e que está dedicada a atividades inequívocamente delitivas. Este é o caso, por exemplo, dos indivíduos que pertencem a organizações terroristas, de narcotráfico, de tráfico de pessoas, etc., e, em geral, daqueles que levam a cabo atividades típicas da chamada criminalidade organizada.

sociedade de um comportamento conforme as normas? Absolutamente nenhuma! Ora, se seu objetivo é a destruição do Estado e de suas fundações em prol de uma ideologia – seja da natureza que for – não se pode dizer que ele deva ser tratado como o autor de um furto. Por tal ausência de garantias cognitivas de comportamento, ele pode ser considerado um inimigo e não um cidadão, uma não-pessoa e não uma pessoa.

E, como se pode perceber, é consenso que os terroristas representam por excelência a aplicação prática do conceito de inimigo, sendo que os motivos pelos quais eles foram alçados ao patamar de grande inimigo do Estado e da sociedade no século XXI serão analisados no capítulo seguinte.

É necessário, contudo, trazer aqui a grande crítica formulada contra o direito penal do inimigo proposto por Jakobs, oriunda do jurista argentino Eugenio Raul Zaffaroni. Zaffaroni, expoente do funcionalismo redutor, defende a existência de um Direito Penal mínimo e, a bem da verdade, até mais do que isso, simplesmente não vê finalidades legítimas para as penas.

A crítica formulada por Zaffaroni está relacionada precisamente à definição dos inimigos e a quem cabe fazê-lo. O jurista teme que a definição de inimigo seja expandida em demasia e passe a abarcar todo e qualquer tipo de criminoso, o que é contrário aos postulados do próprio Jakobs, ou o que seria ainda pior: que ela se transformasse em arma dos detentores do poder para perseguir seus opositores.

São as palavras de Zaffaroni (2006, pp. 159-160):

El estado de derecho concreto de Jakobs, de este modo, resulta inviable, porque su soberano, invocando la necesidad y la emergencia, puede suspender el propio estado de derecho y señalar como *enemigo* a quien considere oportuno, en la extensión que en cada caso le permita el espacio de poder del que disponga (...). Así, puede observarse en América Latina que las medidas de contención postuladas por Jakobs solo para los enemigos son aplicadas – ciertamente, sin más discriminación que la selectividad criminalizante – a todos los sospechosos de infractores, o sea, que se trata a todos como *enemigos*⁷.

⁷ O estado de direito concreto de Jakobs, deste modo, resulta inviável, porque seu soberano, invocando necessidade e emergência, pode suspender o próprio estado de direito e classificar como *inimigo* quem considerar oportuno, na extensão que em cada caso lhe permita a extensão do poder de que disponha (...). Assim, é possível observar na América

Com a devida vênia ao entendimento do respeitável magistrado portenho, não nos parece que haja risco nesse sentido, porque Jakobs já definiu quem é o inimigo. A adoção de suas teses implica na adoção de seu conceito de inimigo e não na aceitação do pano de fundo com a prerrogativa de que os detentores do poder definam quem seja ele.

Adotar os postulados de Jakobs com definição diversa de inimigo não é acatar seus ensinamentos e tampouco seu ponto de vista, sendo certo que uma medida nesses moldes seria realmente perigosa.

Jakobs, a bem da verdade, previu tal crítica e a possibilidade de que o conceito de inimigo fosse deturpado e amoldado a determinadas pretensões políticas e ideológicas, tomando as precauções para combater tais ocorrências fixando ele mesmo o conceito de inimigo e definindo quem pode ser considerado como tal: o terrorista.

Definições distintas, que se alterem conforme os balanços da política, não são legítimas e, por deturparem os postulados de Jakobs, não podem sequer ser chamadas de expoentes do direito penal do inimigo.

Assim, superada a análise da crítica tecida por Zaffaroni cabe, por ora, uma análise de como os ordenamentos jurídicos contemporâneos tem enfrentado o tema do direito penal do inimigo.

3.6 O Direito Penal do Inimigo pelo Mundo

Analisando a propagação da tese do direito penal do inimigo pelo mundo, o Centro de Estudos Legais e Sociais afiliado à Comissão Internacional de Juristas de Genebra divulgou importante relatório nos primeiros anos do novo século, em que conclui pelo seguinte:

Muchos de los países en los que el fenómeno terrorista adquirió dimensiones importantes, cayeron en la tentación de adoptar legislaciones penales de emergencia que tienden a afectar gravemente al sistema de garantías procesales y sustantivas y se mantienen muy lejos de los estándares internacionales del debido

Latina que as medidas de contenção propostas por Jakobs somente para inimigos são aplicadas – certamente sem mais discriminação que a seletividade criminalizante – a todos os suspeitos de infratores, ou seja, que se trate a todos como *inimigos*.

proceso legal. Así mismo, el modelo penal de emergencia terrorista muestra también la vocación expansiva inherente a toda legislación de excepción, propagándose a través de normas penales especiales que demuestran su potencial aplicación, aún dentro de las formalidades del Estado de Derecho, a cualquier supuesto que requiera ser reprimido⁸.

Logo, há uma forte crítica internacional ao fato de que as legislações de direito penal do inimigo existentes atualmente não foram criadas, gestadas e, finalmente, concebidas em ambientes de paz e normalidade institucional, como seria o adequado para uma discussão de gravidade tal que implique na possibilidade de determinados indivíduos não serem considerados pessoas.

Muito pelo contrário, elas advieram em momentos nos quais os países tinham a ameaça daqueles considerados como inimigos (no mais das vezes, terroristas) extremamente presente. Muitas vezes, como no caso norte-americano, as legislações de direito penal do inimigo vieram em momentos de sanha, de intranquilidade social e sem uma discussão dos limites da atuação estatal frente às ameaças contemporâneas.

O resultado teria sido a imprecisão da linha divisória entre cidadão e inimigo. Conforme narra o mencionado relatório, muitos países, abalados por fatos recentes e que trouxeram grande devastação social, se viram ansiosos por aplicar uma legislação de severidade tal qual aquela propagada pelo direito penal do inimigo para todo e qualquer pessoa e não somente para aqueles que, consoante a teoria do teuto Jakobs, podem ser entendidos como não-pessoas.

Deixando de lado a crítica e partindo para uma análise das legislações penais com traços de direito penal do inimigo, chama a atenção, em primeiro lugar, a situação de uma vizinha do Brasil: a Colômbia.

Durante décadas os colombianos assistiram ao crescimento do império dos narcotraficantes em seu país, até o ponto em que eles passaram

⁸ Muitos dos países em que o fenômeno terrorista adquiriu dimensões importantes caíram na tentação de adotar legislações penais de emergência que tendem a afetar gravemente o sistema de garantia processuais e materiais e se mantêm muito longe dos *standards* internacionais do devido processo legal. Em todo caso, o modelo penal de emergência terrorista mostra também a vocação expansiva inerente a toda legislação de exceção, propagando-se através de normas penais especiais que demonstram seu potencial de aplicação, ainda que dentro das formalidades do Estado de Direito, a qualquer suspeito que deva ser reprimido.

a ditar as regras da política e a praticar diversos atos de terror que implicaram em sérias perdas de vidas, como ocorreu no atentado a bomba contra o voo 203 da companhia aérea Avianca, que matou 110 pessoas.

Diante de um poder tão bem organizado e violento, as autoridades colombianas, com o apoio dos Estados Unidos, passaram a promover uma verdadeira guerra às drogas, com medidas capazes de configurar exemplos de direito penal do inimigo.

Uma delas é objeto de atenção de Alejandro Aponte (2006, pp. 230-231):

Para citar um ejemplo, en 1990 se le dio la posibilidad a las fuerzas armadas para que ejercieran funciones de policia judicial. Es decir, los organismos militares podían recoger y presentar pruebas dentro de un proceso penal. Ello representa en la práctica una *militarización* de la policia judicial. Esto significa, al mismo tiempo, que el escenario de la guerra se continúa directamente en el escenario de la administracion de la justicia⁹.

Assim, a Colômbia, em meio aos conflitos que opunham as forças armadas e os narcotraficantes, decidiu colocar os militares do exército nas ruas e conferir a eles poderes de polícia judiciária. Criou-se, assim, uma união (ou confusão, na visão dos críticos), entre as atividades de polícia judiciária e polícia administrativa.

Tal medida, aliada a uma profusão de prisões processuais e um aumento do rigorismo na aplicação das penas, bem como uma verdadeira guerra contra os grandes líderes do tráfico, fizeram com que a Colômbia passasse a ser um Estado, senão livre dos problemas das drogas, ao menos onde o narcotráfico não mais impede que as pessoas levem suas vidas desprovidas de paz.

O mais famoso exemplo de Estado que adotou o direito penal do inimigo é o caso dos Estados Unidos, após os atentados terroristas de 11 de Setembro de 2001. Tão logo os nefastos acontecimentos tiveram lugar, os

⁹ Para citar um exemplo, em 1990 criou-se a possibilidade de as forças armadas exercerem funções de polícia judiciária. É dizer, os organismos militares podiam colher e apresentar provas dentro de um processo penal. Tratava-se de uma demonstração prática da militarização da política judiciária. E significa, ao mesmo tempo, que o cenário de guerra tem sua continuação no cenário da administração da justiça.

norte-americanos aprovaram o USA PATRIOT Act¹⁰ e o “combatente inimigo”. Nas palavras de Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 236):

O estatuto do ‘combatente inimigo’ permitiu às autoridades norte-americanas manter um indivíduo indefinidamente e privá-lo de todos os direitos que poderia ostentar perante a Justiça Civil, sobretudo os de ter advogado e receber visitas. Enquanto o *Patriot Act* corresponde a um abrangente pacote legislativo antiterror que viola, segundo entidades de defesa dos direitos civis, uma série de liberdades individuais, valendo destacar, a título ilustrativo, a permissão de monitoramento de registros de bibliotecas para saber quem empresta determinados tipos de livro.

Desta feita, os norte-americanos agiram de maneira extremamente célere para combater a ameaça terrorista que se abateu sobre seu país e já no dia 26 de Outubro de 2001 o então presidente George Bush sancionou o USA PATRIOT Act, aumentando de maneira significativa as áreas de atuação do FBI (*Federal Bureau of Investigation*) e da CIA (*Central Intelligence Agency*), dando a tais órgãos poderes que até então jamais haviam tido.

Vinicius Diniz Vizzotto (2004, p. 02), bem resumiu o espírito do USA PATRIOT Act da seguinte forma:

O texto integral, composto por 342 páginas, aborda mais de quinze estatutos (57), e, além de autorizar agentes federais a rastrear e interceptar comunicações de eventuais terroristas, traz as seguintes inovações, referidas por Charles Doyle: a) torna mais rigorosas leis federais contra lavagem de dinheiro; b) faz com que leis de imigração sejam mais exigentes; c) cria novos crimes federais; d) aumenta a pena de outros crimes anteriormente tipificados, e e) institui algumas mudanças de procedimento, principalmente para autores de crimes de terrorismo.

Muito embora o caráter de tais medidas fosse provisório e objetivasse a captura e prisão dos responsáveis pelos atentados de 11 de Setembro, sua vigência foi sucessivamente prorrogada e atualmente o objetivo consiste em evitar que futuras práticas terroristas sejam praticadas em território norte-americano.

¹⁰ USA PATRIOT não é empregado como sinônimo de patriota americano e USA PATRIOT ACT não significa ato patriótico americano, tratando-se, em verdade, de um acrônimo para *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*, ou seja, ato para unir e fortalecer a América, fornecendo ferramentas adequadas para interceptar e obstruir o terrorismo.

O rigorismo das atitudes americanas foi bastante grande. Uma ordem complementar do Presidente dos Estados Unidos datada de 13 de Novembro de 2001 autorizou a instalação secreta de tribunais militares dotados de competência para julgamento de verdadeiros não-cidadãos acusados de praticar terrorismo e também o monitoramento de comunicações entre advogados e clientes.

É preciso dizer ainda, em relação aos Estados Unidos, que muito embora as medidas de direito penal do inimigo tenham se intensificado a partir dos atentados terroristas de 2001, certo é que os norte-americanos desde há muito simpatizavam com a adoção de preceitos típicos desta modalidade de Direito Penal.

Com efeito, no intuito de combater a crescente criminalidade em meados da década de 1980, com amparo na já dantes mencionada teoria das janelas quebradas, o movimento *Law and Order* passou a pregar uma verdadeira intolerância para com as práticas criminosas e, em descompasso da tendência então verificada de se adotar integralmente o princípio da insignificância, consagrar uma política de tolerância zero para com os delinquentes, com aplicação de penas extremamente elevadas para todo e qualquer atentado a bem jurídico penal.

A França, talvez o país ocidental que mais tenha sofrido com o terrorismo ao longo do ano de 2015, possui também importantes legislações antiterroristas que consubstanciam elementos de direito penal do inimigo. A primeira delas consiste na legislação de 03 de Abril de 1955 que prevê o estado de emergência, situação na qual medidas excepcionais podem ser adotadas quando da ocorrência de atentados graves contra a ordem pública.

Tais medidas incluem fechamento de fronteiras, proibição de circulação de pessoas veículos em determinados locais e horários, restrição do acesso a certos locais. Além disso, destaca Jean-Baptiste de Montvalon (2005, s.p.) que:

O ministro do Interior pode decretar a prisão domiciliar de qualquer pessoa "cuja atividade seja considerada perigosa para a segurança e a ordem pública". O ministro do Interior ou os prefeitos em questão podem igualmente "ordenar o fechamento provisório de salas de espetáculos, locais de reunião e lojas ou estabelecimentos que vendem bebidas", além de "reuniões de natureza a provocar ou

manter a desordem". O decreto do estado de emergência permite aos prefeitos e ao ministro do Interior ordenar revistas em residências "durante o dia ou à noite" e tomar "qualquer medida para garantir o controle da imprensa". Outro decreto que acompanha o principal pode autorizar a autoridade militar "a prender os responsáveis por crimes".

Tais medidas somente foram aplicadas na França em duas ocasiões: durante os protestos de estudantes ocorridos em 2005 e após os atentados terroristas em Paris, em Novembro de 2015.

Na insegurança que se seguiu aos atentados terroristas de 2001, os franceses promulgaram, no dia 31 de Outubro daquele ano, uma legislação que aumentou significativamente o poder de intervenção das forças policiais na liberdade de locomoção dos cidadãos. Autorizou ainda a referida lei o monitoramento das comunicações entre suspeitos de terrorismo.

Mais recentemente, em Novembro de 2014, o parlamento Frances aprovou uma lei que restringe a saída de pessoas do país, nos casos em que houver suspeitas de que seu objetivo seja a associação a grupos jihadistas do Oriente Médio. Para tanto, ficou autorizada a apreensão de passaportes e documentos de identidade, sendo que a previsão inicial da vigência das medidas por seis meses pode ser prorrogada por até dois anos.

No Reino Unido, a medida adotada foi precisamente em sentido contrário. Também em Novembro de 2014, um pacote legislativo aprovado pelas duas casas do parlamento britânico passou a proibir que pessoas suspeitas de envolvimento com terrorismo adentrem ao país, inclusive indivíduos de nacionalidade britânica.

Além disso, criou-se a possibilidade de monitoramento ininterrupto de suspeitos e verificar se indivíduos com ligações a reconhecidas organizações terroristas estariam a caminho da Grã-Bretanha. Surgiram ainda a proibição de que seguradoras cubram custos de pedidos de resgate e a possibilidade de que empresas de transporte aéreo tenham suas atividades suspensas no país caso se recusem a fornecer dados de passageiros que tenham como destino algum local do Reino Unido.

Na Espanha, palco do maior atentado terrorista já verificado na Europa, em Março de 2004, vige o Código Penal de 1995, que passou por alterações profundas com a Lei Orgânica nº 005/2010. O capítulo VII desta

legislação, dividido em duas seções, possui disposições específicas que versam a respeito do terrorismo e mostram a preocupação do legislador espanhol em tentar unir legalidade e direito penal do inimigo.

Há na Espanha o delito de integrar organização terrorista, apenado com prisão de oito a quatorze anos. Tal delito é consumado com o simples fato de um indivíduo promover, organizar, constituir ou dirigir organização terrorista, independentemente da prática de qualquer atentado terrorista.

Além deste, há crimes específicos para a prática de crimes em situação de terrorismo, de modo a se promover uma verdadeira incidência do princípio da especialidade também neste aspecto. Isto quer dizer que a legislação espanhola prevê, por exemplo, o crime de homicídio e o crime de homicídio em situação de terrorismo, com pena muito mais elevada e medidas processuais bastante severas.

A Espanha, desta forma, atingiu o mais elevado grau de legislação interna de combate ao terrorismo, pois além de prever o que o Direito Penal espanhol considera terrorismo, também faz previsão dos crimes por meio dos quais ele pode se manifestar.

A esse propósito, é bastante ilustrativa a comparação feita por Lilian Matsuura (2007, s.p.):

Desde 1995, o Código Penal da Espanha prevê punições que reduzem de forma drástica as garantias do indivíduo que pratica atos de terrorismo. Um criminoso comum na Espanha recebe pena de, no máximo, 20 anos. Com agravantes a pena pode chegar a 25 anos. Um indivíduo considerado terrorista pega até 40 anos de prisão. Se for adolescente, 30 anos. Esses também não têm benefícios como progressão da pena ou possibilidade de licença para sair em ocasiões especiais. Nem se forem réus confessos ou se declararem arrependidos.

Ademais disso, a Espanha não mais trabalha com a ideia de ressocialização dos condenados por terrorismo, sendo certo que a própria lei ibérica já deixou claro que a finalidade da condenação de um terrorista é simplesmente neutralizá-lo.

No que diz respeito ao Brasil, há entendimentos que afirmam ser possível encontrar aqui exemplos de legislações que discorrem acerca de direito penal do inimigo. Além das mencionadas características da crise da

sociedade pós-moderna, mormente a hipertrofia legislativa que marca o direito penal do inimigo e que no Brasil é constatada por simples exercício empírico, a doutrina menciona duas legislações que evidentemente trazem fortes elementos desta modalidade de Direito Penal.

A primeira delas é a Lei nº 7.565/86. Tal legislação consubstancia o Código Brasileiro de Aeronáutica e teve seu artigo 303 alterado pela Lei nº 9.614/98, a chamada “lei do abate”. Nos termos do parágrafo 2º do referido dispositivo legal, as aeronaves poderão ser detidas por autoridades fazendárias, aeronáuticas ou pela Polícia Federal. Caso esgotados os avisos e não os obedecendo os ocupantes da aeronave, ela passará a ser considerada hostil e ficará sujeita à destruição após autorização do Presidente da República ou por autoridade delegada.

O Decreto nº 8.265, de 11 de Junho de 2014, delegou a competência para autorização de derrubada de aeronaves hostis em espaço aéreo brasileiro ao Comandante da Aeronáutica. Já o Decreto nº 5.144, de 16 de Julho de 2004 regulamenta a disposição legal e especifica quais aeronaves podem ser consideradas suspeitas de traficar ilicitamente entorpecentes, que são os principais alvos da medida legal de abate.

O regulamento ainda traz alguns métodos pelos quais se pode averiguar a aeronave interceptada e obter certeza da sua natureza hostil. Em seguida, há disciplina do procedimento a ser adotado pelos membros da aeronáutica caso a aeronave que adentra território brasileiro se recuse a cooperar com as medidas de investigação, o que inclui, em última análise, o seu abate.

A medida, vigente no Brasil, tem sua constitucionalidade presumida, mas é importante trazer aqui o ponto de vista contrário defendido por Walter Fanganiello Maierovich (2004, s.p.), para quem a adoção das medidas consubstanciadas nos mencionados instrumentos normativos chega a representar uma adoção indireta da pena de morte em território nacional sob o argumento de combater o tráfico de drogas:

Quanto aos inocentes tripulantes, usa-se a máxima calhorda de que os fins (repressão ao narcotráfico) justificam os meios (morte). Na realidade, tudo não passa de pura militarização, imoderada e excessiva, no enfrentamento da questão das drogas ilegais, com execuções sumárias e decorrentes de suspeita.

Para o autor, medidas semelhantes já promoveram incidentes em que diversos passageiros inocentes de aviões acabaram mortos. Conquanto isso seja verdade¹¹, é certo que a medida drástica do abate é precedida por inúmeros procedimentos de apuração que, ainda que verificados de maneira quase imediata, permitem conceder embasamento suficientemente forte para que se conclua pela correta natureza da aeronave em questão.

Além dessa, também a Lei nº 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado mediante alterações na Lei nº 7.210/84, é tida por alguns como expoente de direito penal do inimigo. Tal ocorre pela rigidez trazida por tal legislação a partir do momento em que ela consubstancia diversos aspectos que permitem concluir se tratar de uma legislação de absoluta neutralização do preso.

Segundo as disposições do regime disciplinar diferenciado, o preso deve ser recolhido em cela individual e suas horas diárias de sol são limitadas a duas. Não é permitido que o prisioneiro assista a programas de televisão ou tenha acesso a jornais, bem como a elementos do mundo exterior. As visitas são limitadas a duas pessoas por semana.

O preso poderá permanecer em tais condições por até 360 dias, muito embora possa ser novamente imposto caso o detento pratique falta grave de mesma espécie. A duração total, contudo, não pode ser superior a um sexto da pena a ser cumprida.

Parece, com a devida *vênia* aos defensores do contrário, que a Lei nº 10.792/2003 não deve ser considerada como um expoente de direito penal do inimigo. Em momento algum ocorre uma privação total de direitos para o preso submetido ao regime disciplinar diferenciado, mas somente uma restrição. Ademais, tal restrição é temporária e não definitiva.

¹¹ Talvez o caso mais trágico seja o do voo 655 da Iran Air. No dia 03 de Julho de 1988, a aeronave Airbus A300 que cumpria a rota Teerã-Bandar Abbas-Dubai, foi confundida pelos militares americanos do cruzador USS Vincennes com um caça militar em posição de ataque e prontamente abatida com um míssil. Nenhuma das 290 pessoas a bordo, incluindo 66 crianças, sobreviveu. O caso, tido com um erro crasso, aumentou consideravelmente as tensões entre Irã e Estados Unidos, numa disputa que se envolve até os dias atuais, e foi levado à apreciação da Corte Internacional de Justiça, na Haia.

Assim, é de se concluir que aquele que se submete ao regime disciplinar diferenciado não deixa de ser tratado como cidadão e passa a ser rotulado como inimigo. Do contrário, ele mantém a sua condição e ainda que ofereça garantias mínimas de um comportamento adequado durante o cumprimento de sua reprimenda, a sujeição ao regime disciplinar diferenciado não pode superar um sexto da sanção.

Já com relação à “lei do abate”, certo é que ela se aproxima bem mais de uma legislação penal de inimigo, isso a partir de quando define uma determinada situação na qual as autoridades podem concluir estar diante de uma manifestação de inimigo e contra ele utilizar medidas que podem colimar no seu imediato abatimento.

Em todo caso, andou bem o legislador brasileiro ao prever de maneira taxativa as situações nas quais tal presunção de inimigo pode ser exteriorizada e também medidas intermediárias, que permitem elidir o problema de maneira menos drástica.

Vale, após tais constatações, mencionar que, diferente do que ocorre nos demais países mencionados, em que os aspectos de direito penal do inimigo estão basicamente voltados ao combate ao terrorismo, somente em períodos recentes o Brasil se destinou a discutir o terrorismo no âmbito legislativo, sendo que os aspectos *de lege ferenda* decorrentes de tal conduta serão apreciados no capítulo seguinte.

Por todo o exposto, fica evidente o seguinte: em primeiro lugar, a tendência à implantação de um Direito Penal de terceira velocidade é verificada em âmbito mundial; em segundo lugar, os terroristas são os grandes alvos de referida tendência, ou seja, são os grandes inimigos a serem combatidos no século XXI.

Passa-se então, a partir de agora, à análise do fenômeno terrorista que tanto tem assolado o planeta nos últimos tempos e especialmente ao longo do tormentoso ano de 2015, pois somente com uma análise aprofundada do instituto se poderá concluir se Jakobs tinha ou não razão ao se propor escrever acerca dele e de um maior rigor para seu tratamento jurídico-penal.

4 TERRORISMO: O GRANDE INIMIGO DO SÉCULO XXI

No início do presente trabalho, afirmou-se que falar em Direito Penal é algo sempre atual, porque jamais tem fim as demandas sociais que clamam a intervenção do *jus puniendi* estatal. A mesma assertiva pode também ser aplicada ao terrorismo.

A ideia de terrorismo não é nova e tampouco suas materializações podem ser tidas como recentes, mas a frequência com que ela é pronunciada nos veículos de comunicação nunca foi tão alta quanto nesses primórdios de novo milênio.

O ano de 2015 foi especialmente macabro no que diz respeito a ações terroristas: no início de Janeiro, o grupo terrorista Boko Haram perpetró diversos ataques na região de Baga, no extremo nordeste da Nigéria. O número efetivo de mortes é desconhecido, mas estima-se que cerca de 2.000 pessoas tenham perecido nos atentados.

Também em Janeiro, doze pessoas morreram e onze ficaram feridas durante o atentado à sede do jornal francês Charlie Hebdo, famoso por suas charges satíricas e situado no centro de Paris, sendo o ataque perpetrado por terroristas ligados à Al Qaeda. A alegada motivação dos atos foram charges publicadas pelo mencionado satírico e que teriam ofendido Maomé.

Em Março, 22 pessoas morreram no atentado contra o Museu Nacional do Bardo em Tunis, capital da Tunísia, no exato momento em que os parlamentares locais discutiam uma legislação antiterrorista num prédio próximo. Embora não assumindo diretamente o ataque, o Estado Islâmico do Iraque e do Levante (conhecido pela sigla inglesa ISIS) manifestou-se favorável a ele em redes sociais.

No mês de Abril, homens fortemente armados invadiram um prédio da Universidade de Garissa, no leste do Quênia, fazendo vários reféns. Tratava-se de integrantes do grupo Al-Shabaab, que reivindicavam a tomada daquele território muçulmano das mãos dos cristãos. 152 pessoas morreram e 79 ficaram feridas durante a ação.

Em Outubro, dois homens-bomba provocaram a morte de 102 pessoas e feriram mais de 400 em Ancara, na Turquia, durante uma

manifestação pró-curda. Embora nenhuma organização tenha assumido a autoria do ataque, acredita-se que ele está relacionado a células terroristas islâmicas que repelem as pretensões do povo curdo.

Ainda em Outubro, o voo 9268 da companhia aérea russa Kogalymavia, operado por um Airbus A321 que percorria o trajeto entre Sharm el-Sheikh, no Egito, e São Petersburgo, na Rússia caiu poucos minutos após a decolagem numa área desértica da península do Sinai. O grupo terrorista Estado Islâmico do Iraque e do Levante assumiu a autoria da queda da aeronave pouco tempo depois e, ao longo do mês seguinte, a hipótese foi confirmada, com a constatação de que uma bomba teria sido colocada dentro do aparelho. Todas as 224 pessoas a bordo pereceram.

Em Novembro, novamente a França se mostrou vulnerável diante do terror. Em múltiplos ataques a locais distintos na capital francesa, mais de 130 pessoas foram mortas e mais de 350 ficaram feridas. Foi o segundo pior atentado terrorista já perpetrado na Europa, somente ficando atrás daqueles ocorridos em Madri, em Março de 2004. O pânico e a insegurança tomaram conta do país e o presidente francês, François Hollande, discursando perante as duas casas do parlamento, admitiu que o país está em guerra contra o terrorismo.

A estes, somam-se outros incidentes ocorridos na Turquia, no Líbano, na Dinamarca e no Kuwait, a conclusão a que se chega é que o terrorismo é um fenômeno que necessariamente precisa ser discutido, analisado e compreendido em todas as suas diversas minudencias, a fim de que possa ser eficazmente combatido e derrotado, sendo esse, doravante, o mister do presente estudo.

4.1 O que vem a ser Terrorismo

A primeira grande polêmica e dificuldade no estudo do terrorismo consiste na sua conceituação. Parece, com efeito, haver certo consenso entre os autores que discorrem acerca do terrorismo em apontar falhas nos conceitos existentes e enormes percalços na elaboração de definições completas.

A esse respeito, vale a afirmação de Francisco de Assis Penteado Mazetto (2003, p. 01):

As definições sobre terrorismo que encontramos nas enciclopédias se mostram imprecisas e incompletas. Para *Larousse*, é o “Conjunto de atos de violência cometidos por grupos políticos ou criminosos para combater o poder estabelecido ou praticar atos ilegais” e também “Regime de violência instituído por um governo”. Para a Delta Universal, o “Terrorismo é o uso ou a ameaça de violência, com o objetivo de aterrorizar um povo e enfraquecer sua resistência” e também exemplifica a ação terrorista: “Entre os atos mais comuns de terrorismo estão o assassinato, o bombardeio e o sequestro”. Recorrendo ao dicionário comum, para um rápido exame etimológico, o Novo Aurélio diz: “Modo de coagir, ameaçar ou influenciar outras pessoas ou impor-lhes a vontade pelo uso sistemático do terror” e, em uma segunda definição, que se aproxima das anteriores: “Forma de ação política que combate o poder estabelecido mediante o emprego da violência”.

Consoante se verá mais adiante, tais definições realmente possuem equívocos, e para citar apenas um exemplo, analise-se o último dos conceitos expostos acima. Se a ação política que combate o poder estabelecido mediante o emprego da violência for considerado terrorismo, pode-se concluir que a resistência organizada pelos franceses durante a Segunda Guerra Mundial foi um expoente de terrorismo, pois combatia pelas armas os nazistas que ocupavam o norte do país e também os colaboradores da invasão que serviam dentro do regime de Vichy.

Desde já, contudo, se pode pacificar que o primeiro motivo pelo qual a definição de terrorismo se mostra dificultosa é o fato de que tal vocábulo foi cunhado inicialmente com a intenção de designar atos praticados pelo Estado e, desde meados do século XIX, passou a ser empregado principalmente para se referir a condutas levadas a efeito contra o Estado.

Em segundo lugar, porque uma definição necessariamente traz em si algum grau de valoração sobre o objeto do conceito e concede significativo poder para aquele que tem o poder de elaborar a conceituação, orientando, com isso, as discussões que serão travadas acerca do assunto.

Pertinente, nesse aspecto, a constatação de Alex Peter Schmid (2004, p. 385), antigo diretor geral do setor de prevenção ao terrorismo do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime:

In politics, terms are often not neutral but value-laden. Words and formulas – such as “Axis of Evil” – convey legitimacy or disapproval, appeal to emotions, and serve as mobilization tools. When groups or individuals have different interests in a situation, the labelling of one and the same situation has-given the (de-) legitimizing function of words-implications for the situation itself and its permanence¹².

Assim, o cuidado com a definição de terrorismo é importante para que ele não se transforme numa ferramenta utilizada com o intuito de deslegitimar atos contrários ao poder instituído e que tenham sido praticados por adversários. Terrorismo não é divergência de opiniões e tampouco disputas políticas, não podendo ser apenas uma arma dos detentores do poder para repelir atos contrários a si.

O assunto é tão problemático, que, desde o ano 2000, um comitê instituído especialmente pela Assembleia Geral das Nações Unidas com vistas à elaboração de uma convenção que esgote definitivamente o tema do terrorismo, não conseguiu ainda ao menos conceituá-lo.

De fato, desde a década de 1960, quando a Organização das Nações Unidas passou a demonstrar crescente preocupação com o fenômeno terrorista e procurar meios de debelá-lo por meio de resoluções, tratados e declarações, nenhum conceito formal único foi elaborado, limitando-se os instrumentos normativos a discorrer apenas acerca de atos específicos, como sequestro de aeronaves e emprego de artefatos explosivos.

A multiplicidade de etnias, culturas, credos e ideologias talvez justifique a ausência de consenso. Há diversos países, por exemplo, que afirmam que os movimentos que buscam independência de Estados ou regiões em face de outros não podem ser classificados como terroristas, mesmo que seus métodos se mostrem violentos, haja vista o direito de autodeterminação dos povos, reconhecido pela própria Organização das Nações Unidas e por diversos Estados soberanos, como o próprio Brasil.

¹² Em política, os termos geralmente não são neutros, mas valorados. Palavras ou fórmulas – como “eixo do mal” – transmitem legitimidade ou desaprovação, apelam às emoções e servem como ferramentas de mobilização. Quando grupos ou indivíduos têm interesses diferentes em uma situação, a rotulação de um deles pelo outro diante da mesma situação tem a função de des(legitimizar) a própria situação e sua permanência.

Para os defensores de tais diretrizes, os atos criminosos praticados pelo ETA (*Euskadi Ta Askatasuna*) com vistas à independência do País Basco (região geograficamente localizada entre a Espanha e a França) e do IRA (*Irish Republican Army*) com o objetivo de cindir a Irlanda do Norte do Reino Unido e reintegrá-la à República da Irlanda, não poderiam ser considerados terrorismo.

Melhor sorte não existe quando se atenta para as iniciativas que os Estados, internamente, tomam no sentido de estabelecer um conceito adequado do que venha a ser terrorismo. Resultado disso é que muitas vezes pode-se encontrar definições distintas de terrorismo dentro de um mesmo ordenamento jurídico. A constatação foi feita por André Collins Campedelli (2011, pp. 15-16):

Existe uma grande variedade de definições de terrorismo. Algumas foram produzidas por acadêmicos, outras foram adotadas por legislações nacionais e outras são usadas por órgãos governamentais que lidam com o combate ao terrorismo; mas nem mesmo as definições oficiais de terrorismo de um mesmo Estado refletem um consenso. Nos EUA, por exemplo, o Subcomitê sobre Terrorismo da *House of Representatives* afirmou que, praticamente, todos os órgãos do governo dos EUA com alguma função relacionada ao combate ao terrorismo usam uma definição diferente deste fenômeno. Alguns exemplos são a definição do Departamento de Estado, a definição do FBI e a do Departamento de Defesa.

Vale mencionar ainda que, além das divergências apontadas e decorrentes dos conceitos adotados pelos mais variados órgãos internos de combate ao terrorismo, os Estados Unidos possuem ainda uma definição que se pretende geral, presente na seção 2331 do título 18 do U.S. Code (*Code of Laws of the United States of America*).

Problema que recorrentemente afeta a construção de uma definição adequada de terrorismo é o dimensionamento das ações que podem ser tidas como tal. Isso porque um conceito demasiadamente amplo pode trazer em seu bojo condutas que, a rigor, não podem ser consideradas como expoentes de terrorismo, a exemplo do que ocorreria em ataques militares durante um conflito armado entre Estados e verificados de acordo com as disposições internacionais que regem o direito de guerra.

Um exemplo de situação em que tal problema se verificou é trazido por Alex Peter Schmid (2004, p. 402) e consiste na antiga definição de

terrorismo utilizada pelo governo britânico que, por prever de maneira extremamente abrangente que todo e qualquer ato de violência empregado com o intuito de causar medo podia ser considerado terrorismo, tornou inviáveis todas as atividades militares mantidas pelo Reino Unido à época.

De outra banda, definições impregnadas de detalhes e que, a pretexto de atender aos primados da legalidade, sejam extremamente minudentes, devem ser evitadas. Isso porque tal prática pode deixar escapar elementos tipicamente inerentes a atos terroristas e, com isso, isentar do rigor necessário determinadas ocorrências lesivas que efetivamente representam atos terroristas.

Em verdade, deve-se ter em mente que o terrorismo é uma ocorrência muito ampla, e as maneiras pelas quais ele pode se exteriorizar são as mais variadas possíveis, não sendo tarefa do conceito prever todas elas, mas sim estabelecer fórmulas adequadas que, contendo elementares típicas dos atos terroristas, permitam a adequação e flexibilização ao caso concreto.

Por fim, o que muitos Estados poderiam considerar terrorismo engloba ações que já foram praticadas por eles próprios, circunstância que remete ao já mencionado fato de que a própria expressão “terrorismo” surgiu como designativo de atividades praticadas pelo Estado e, somente *a posteriori*, passou a ser empregada para atividades contrárias ao Estado.

Tal aspecto foi ressaltado por Edward Pack (2006, s.p.), que integrou uma força tarefa contra o terrorismo organizada pela Casa Branca sob as ordens do então presidente Ronald Reagan em meados da década de 1980. Durante uma entrevista, ele ressaltou o seguinte:

In 1985, when I was the Deputy Director of the Reagan White House Task Force on Terrorism, (...) they asked us to come up with a definition of terrorism that could be used throughout the government. We produced about six, and each and every case, they were rejected, because careful reading would indicate that our own country had been involved in some of those activities. After the task force concluded its work, Congress got into it, and you can google into U.S. Code Title 18, Section 2331, and read the U.S. definition of terrorism. And one of them in here says — one of the terms, "international terrorism", means "activities that, I quote, "appear to be intended to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination or kidnapping." Yes, well, certainly, you can think of a number of countries that have been involved in such

activities. Ours is one of them. Israel is another. And so, the terrorist, of course, is in the eye of the beholder¹³.

Assim, como já mencionado, o terrorismo é uma via de mão dupla, pois pode ser praticado contra o Estado e pelo Estado. Portanto, a definição a ser estabelecida deve superar ideologias políticas e ser suficientemente ampla e precisa para englobar ambos, isto é, tanto o terrorismo praticado pelos detentores do poder quando aquele que se volta contra eles.

E para que tal objetivo possa ser alcançado, parece que a melhor atitude é analisar as características do terrorismo para, somente depois disso, se alcançar um conceito definitivo, pois a partir da análise dos elementos estruturantes de uma ação terrorista, o fenômeno passa a ser mais bem compreendido e diferenciado de outras atividades.

4.1.1 Elementos ou características do terrorismo

A análise de atentados terroristas praticados ao longo da história e também das definições legais e doutrinárias sobre terrorismo, permite concluir que o fenômeno é marcado por diversas características ou elementos que, analisados em conjunto, permitem o alcance de uma noção bastante ampla sobre o que seja terrorismo.

Referidos elementos foram compilados por Alex Peter Schmid (2004, pp. 403-404) após um minucioso estudo de, precisamente, 88 definições de terrorismo existentes nos ordenamentos jurídicos do mundo, sendo que 75 delas foram retiradas de legislações internas e 13 de tratados internacionais. Os elementos são os seguintes:

¹³ Em 1985, quando eu era vice-diretor da força tarefa da Casa Branca contra o Terrorismo, no governo Reagan, (...) pediram-nos que elaborássemos uma definição de terrorismo que pudesse ser utilizada por todo o governo. Produzimos cerca de seis, e uma a uma elas foram rejeitadas, porque uma leitura cuidadosa delas mostrava que nosso próprio país estivera envolvido em algumas daquelas atividades. Depois que a força tarefa concluiu seus trabalhos, o Congresso assumiu e é possível pesquisar no Google a definição de terrorismo para os Estados Unidos no U.S. Code, título 18, seção 2331. E uma das expressões ali elencadas, "terrorismo internacional", quer dizer "atividades que", passo a citar, "externam intenção de alterar a conduta de um governo com destruição em massa, assassinatos e sequestros". Bem, certamente é possível imaginar vários países que estiveram envolvidos em tais atividades. O nosso é um deles, Israel é outro. E assim, o terrorista, é claro, está nos olhos de quem vê.

1. The demonstrative use of violence against human beings;
2. The (conditional) threat of (more) violence;
3. The deliberate production of terror/fear in a target group;
4. The targeting of civilians, non-combatants and innocents;
5. The purpose of intimidation, coercion and/or propaganda;
6. The fact that it is a method, tactic or strategy of conflict waging;
7. The importance of communicating the act(s) of violence to larger audiences;
8. The illegal, criminal and immoral nature of the act(s) of violence;
9. The predominantly political character of the act;
10. Its use as a tool of psychological warfare to mobilize or immobilize sectors of the public¹⁴.

Eis, em dez simples postulações, uma noção bastante abrangente e completa do que vem a ser terrorismo. Cada um deles destaca um especial viés dos atos terroristas, obtidos após análises de ocorrências motivadas por terroristas ao longo da história e do comportamento que tanto terroristas quanto vítimas do terrorismo exteriorizam antes, durante e após a verificação dos atentados.

E, uma vez alcançadas as principais características do terrorismo, o referido doutrinador (2004, pp. 381-382) chega ao seguinte conceito, no qual as reúne e desmembra alguns dos elementos acima transcritos:

Terrorism is an [1] anxiety-inspiring method of repeated [2] violent action, employed by (semi-) [3] clandestine individual, group, or state actors, for [4] idiosyncratic, criminal, or political reasons, whereby – in contrast to assassination - the direct targets of violence are not the main targets. The [5] immediate human victims of violence are generally chosen [6] randomly (targets of opportunity) or [7] selectively (representative or symbolic targets) from a target population, and serve as message generators. [8] Threat- and violence-based [9] communication processes between terrorist (organization), (imperiled) victims, and main targets are used to [10] manipulate the main target (audience(s)), turning it into a [11] *target*

¹⁴ 1. O uso demonstrativo de violência contra seres humanos;
 2. A ameaça (condicional) de (mais) violência;
 3. A produção deliberada de terror/medo num grupo alvo;
 4. O intuito de atingir civis, não combatentes e inocentes;
 5. O propósito de intimidação, coerção e/ou propaganda;
 6. O fato de se constituir em método, tática ou estratégia de luta em conflitos;
 7. A importância de comunicar o(s) ato(s) de violência para grandes audiências;
 8. A natureza ilegal, criminosa e imoral do(s) ato(s) de violência;
 9. O caráter predominantemente político do ato;
 10. Seu uso como método de guerra psicológica para mobilizar ou imobilizar setores do público.

of terror, a [12] target of demands, or a [13] target of attention, depending on whether [14] intimidation, [15] coercion, or [16] propaganda is primarily sought¹⁵.

Com base em tais constatações, com efeito, pode-se entender o terrorismo como sendo, acima de tudo, um método psicológico que se vale da prática de atos violentos e simbólicos dirigidos tanto a um numero elevado de vítimas quanto a alvos estratégicos, com o objetivo de conduzir a atuação do público alvo e, com isso, concretizar objetivos ilícitos que podem ou não estar relacionados a ideais políticos.

É também nesse sentido a definição cunhada por André Collins Campedelli (2011, p. 04):

Pode-se dizer que o terrorismo é um método para o atingimento de objetivos políticos que consiste em atos violentos criminosos que têm o fim de intimidar um grupo de pessoas alvo ou uma organização alvo, como um governo, ou de coagir um grupo de pessoas alvo ou uma organização alvo, como um governo, a fazer ou deixar de fazer algo; ou, em menos palavras, em essência, o terrorismo é violência politicamente motivada perpetrada contra alvos não combatentes por grupos clandestinos.

Paulo Sutti e Silvia Ricardo (2003, p. 06), de seu turno, afirmam:

O *Atlas de Relações Internacionais* da editora francesa Hatier trata deste tema afirmando: “forma extrema de ação política, o terrorismo é um preâmbulo ou um substitutivo da guerra. Internamente a um país, ele pode anunciar a guerrilha ou uma guerra civil. Em nível internacional, ele representa, em geral, uma estratégia de pressão dirigida contra certos Estados.

Bastante interessante perceber que, dentre os elementos ou características dos atos terroristas acima transcritos, muitos se destinam a descrever condutas que os governos democráticos buscam a todo custo

¹⁵ Terrorismo é um [1] método que inspira ansiedade por meio de repetida [2] ação violenta, empregado por [3] indivíduos, grupos ou agentes estatais (semi) clandestinos, por [4] razões idiossincráticas, criminosas ou políticas, por meio do qual – em contraste com o homicídio – os alvos diretos da violência não são os alvos principais. As [5] vítimas humanas imediatas da violência são, geralmente, escolhidas [6] aleatoriamente (alvos de oportunidade) ou [7] seletivamente (alvos representativos ou simbólicos) de uma população alvo, e servem como veículos para transmitir uma mensagem. [8] Caracterizados por violência ou ameaça, [9] processos de comunicação entre (organizações) terroristas, vítimas (ameaçadas) e alvos principais são usados para [10] manipular o alvo principal (audiência(s)) e tornar este um [11] alvo de terror, um [12] alvo de exigências ou um [13] alvo de atenção, dependendo do que se busca ser, primariamente, [14] intimidação, [15] coerção ou [16] propaganda.

combater e eliminar, e em que pese as divergências conceituais, os elementos compilados por Schmid são quase uma unanimidade e, por isso, merecem análise no presente momento.

4.1.1.1 O objetivo de propagar terror, intimidação e coação

O uso demonstrativo de violência contra seres humanos; a ameaça (condicional) de (mais) violência; a produção deliberada de terror/medo num grupo alvo; o propósito de intimidação, coerção e/ou propaganda; a importância de comunicar o(s) ato(s) de violência para grandes audiências; e o uso dos atos como método de guerra psicológica para mobilizar ou imobilizar setores do público, são elementos que podem ser analisados em conjunto.

Agregados, eles permitem alcançar a seguinte conclusão: a principal finalidade de um ato terrorista é gerar pânico em determinado público e, através do abalo psicológico produzido, alcançar seu objetivo mediato, que é a determinação das ações do alvo visado.

Mais precisamente, deve-se considerar que o uso demonstrativo de violência contra seres humanos, da ameaça (condicional) de (mais) violência e da importância de comunicar o(s) ato(s) de violência para grandes audiências, são os métodos utilizados pelos terroristas para que a estabilidade psicológica das vítimas seja atingida.

De outra banda, a produção deliberada de terror/medo num grupo alvo e o propósito de intimidação, coerção e/ou propaganda, nada mais são do que expoentes do uso das práticas violentas como método de guerra psicológica para mobilizar ou imobilizar setores do público.

Acerca de tal aspecto vital do terrorismo, afirmam André de Melo e Souza e Rodrigo Fracalossi de Moraes (2014, p. 17):

Elemento central ao terrorismo é seu objetivo de provocar um sentimento de pavor na população. E é neste efeito psicológico que talvez resida a sua principal ameaça. Em um país ou região ameaçado pelo terrorismo, o pânico da população pode ser permanente, tendo em vista o grande número de casos em que não existe qualquer conexão aparente entre os perpetradores do ato terrorista e os alvos. Locais frequentados diariamente poderiam, a

qualquer momento, ser o palco de um ato desta natureza. A imprevisibilidade da ação é uma de suas maiores forças.

Na mesma esteira, destaca Martha Crenshaw (2010, p. 39):

O terrorismo cria a incerteza por ser imprevisível. A hora, o local e a identidade do criminoso são uma surpresa. Esse tipo de ação geralmente tem como alvos civis que estão simplesmente realizando suas atividades cotidianas. Eles não podem saber quem – entre seus companheiros de viagem no metrô, em um ônibus ou em um avião, ou mesmo no meio de uma multidão ou sentado junto deles em um restaurante – vai atacá-los. Os atos de terrorismo em si, mesmo que relativamente menores são lembretes constantes da vulnerabilidade dos indivíduos.

Desta forma, é possível afirmar que o terrorismo é, em primeiro lugar, um método. Os atos de terror não são fins em si mesmos e tampouco objetivos finais. Terrorismo é, antes de tudo, um caminho, um meio, um modo de execução, um preço a ser pago para a conquista de um objetivo mediato.

Quando um terrorista, a título de exemplo, coloca uma bomba dentro de um avião e acaba por provocar a morte de centenas de pessoas, o seu mister não é promover uma série de homicídios, mas sim provocar tamanho medo nas pessoas, que o abalo psicológico gerado faça com que as autoridades se curvem diante dos pleitos formulados pelos autores do terror.

Ponto que merece destaque aqui diz respeito ao fato de que a propagação do terror almejada pelos terroristas não se verifica somente quando uma grande quantidade de pessoas é diretamente vitimizada pelos atos, pois é possível que eles recaiam sobre indivíduos cuidadosamente selecionados em virtude daquilo que representam para a causa a ser combatida pelos terroristas.

Tal aspecto é extraído da lição de Francisco de Assis Penteado Mazetto (2003, p. 09):

Os assassinatos praticados por terroristas, ligados a grupos organizados ou por ímpeto pessoal, visam atingir o poder estabelecido ou pessoas que representam ideologias contrárias ao agressor. Entre os exemplos do século XX, podem ser citados os assassinatos de Gandhi, de Martin Luther King, de John e Robert Kennedy.

Absolutamente correta a constatação. A título de exemplo, mencione-se que, 1900, o rei Umberto I da Itália foi alvo de três tiros disparados por Gaetano Bresci, enquanto participava de comemorações populares na cidade de Monza e, tão logo constatada a morte do monarca, teria o criminoso dito à multidão em choque: “Não matei Umberto. Eu matei o rei. Eu matei um princípio”. É como se dissesse: “não estou matando um rei e sim a monarquia”.

A declaração do regicida é extremamente ilustrativa dos intentos terroristas: o uso demonstrativo da força para a produção de pânico pode ter alvos mínimos. No caso ilustrado, um anarquista de ideologia republicana viu no atentado ao rei um meio de disseminar um estado de insegurança que fosse favorável à conquista de seu objetivo, que era derrubar a monarquia na Itália. Com efeito, o ataque a uma pessoa pode significar o ataque a uma ideia, muito mais do que se esse ataque fosse dirigido a diversas pessoas.

Outro caso notório foi o assassinato da primeira-ministra indiana Indira Gandhi por dois de seus guarda-costas, em 1984. Os autores do atentado, integrantes da etnia sikh, almejavam vingança contra a forte repressão do exército indiano face à revolta sikh ocorrida no ano anterior, e também obter concessões do governo indiano em benefício do grupo.

Em tais situações, o psicológico coletivo é afetado porque a escolha de uma figura-chave como vítima imediata dos atos terroristas levanta nas multidões a seguinte constatação: se os terroristas possuem aparato para atingir determinada pessoa, de tamanha estatura, com muito mais eficácia poderão atingir as pessoas comuns.

É importante ressaltar ainda que quando se fala que o terrorismo objetiva provocar medo na população, não se está dizendo que, para ser considerado terrorista, o ato deve provocar num grupo de pessoas a interrupção total de seus afazeres cotidianos e fazer com que eles simplesmente permaneçam reclusos à espera de um novo ataque.

Com efeito, ainda que a gênese do terrorismo seja a expressão “terror”, a intimidação, a coerção e a propaganda da violência autorizam que um ato seja considerado terrorista caso os demais elementos estejam presentes. Assim, o mais importante nesse aspecto é o abalo psicológico, que não necessariamente está atrelado a um sentimento de pânico duradouro,

pois a intimidação e a coação são também resultados esperados e típicos das ocorrências terroristas.

A afirmação pode ser corroborada pela definição de ato terrorista contida no artigo 2º, parágrafo 1, alínea “b”, da Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1999 e ratificada pelo Brasil em 2005, *in verbis*:

Qualquer outro ato com intenção de causar a morte de ou lesões corporais graves a um civil, ou a qualquer outra pessoa que não participe ativamente das hostilidades em situação de conflito armado, quando o propósito do referido ato, por sua natureza e contexto, for intimidar uma população, ou compelir um governo ou uma organização internacional a agir ou abster-se de agir.

Veja-se que a definição nem mesmo menciona termos como pânico, terror ou medo, limitando-se a falar em intimidação da população, o que denota que esses são efeitos esperados dos atos terroristas, mas cuja ausência não tem o condão de afastar a característica terrorista da ação. Para o conceito, o que mais interessa é a sensação de insegurança que o ato produz no cenário coletivo.

Em sendo assim, para que se possa ter um correto entendimento das finalidades que movem o ato terrorista, mais uma vez é preciso se socorrer da lição de Alex Peter Schmid (2004, pp. 405/406), que afirma:

The literature on terrorism has, strangely enough, not focused on an analysis of "terror" as a state of mind. With the exception of the literature on hostages, the experience of being terrorized has largely escaped attention. This strange absence can be explained perhaps by the fact that terrorism does not only produce terror; in fact, terror is perhaps not even the main result for the majority of the audience of an act or campaign of terror when they watch the terror from the safety of the television chair. Terrorists play on our fear of sudden violent death and try to maximize uncertainty and hence anxiety to manipulate actual and prospective victims, and those who have reason to identify with them. When, following a terrorist atrocity, the question 'will I be next?' looms large in target audiences; the desired psychological impact is reached¹⁶.

¹⁶ A literatura sobre o terrorismo, estranhamente, não foca numa análise de “terror” como um estado de espírito. Com a exceção da literatura sobre reféns, a experiência de ser aterrorizado não foi alvo de ampla atenção. Esta estranha ausência pode ser explicada talvez pelo fato de que o terrorismo não produz apenas terror; de fato, o terror não é, talvez, nem mesmo o resultado principal para a maioria do público de um ato ou campanha de terror, que somente acompanha os eventos desde seu acento em frente à televisão. Os terroristas

Portanto, os objetivos terroristas são bem mais amplos do que o terror puro e simples, mesmo porque, se um ato terrorista visa conformar o comportamento de um Estado ou de um grande grupo, certo é que tais alvos podem ter um poder de ação e de influência maior do que aquele exercido pelos terroristas, mas sofrerão os efeitos da coação almejada pelos autores do terror com a perspectiva de sofrerem prejuízos econômicos e políticos decorrentes do não atendimento às exigências formuladas. Tal abalo psicológico é da essência das ações terroristas.

Vale mencionar ainda que a produção de terror, coação e intimidação são objetivos do terrorismo. Portanto, mesmo que tais efeitos não sejam alcançados, pode uma conduta ser considerada terrorismo caso os almejasse, pois o que se considera é a intenção dos agentes. É dessa forma até mesmo por uma questão prática: é extremamente difícil medir o grau de abalo psicológico que um ato terrorista produz numa população alvo.

A título de exemplo, frise-se que as pessoas não deixaram de realizar viagens aéreas após os atentados terroristas de 11 de Setembro de 2001, e tampouco de usar o transporte ferroviário depois dos atentados de Madri. Todavia, não é por isso que as ações deixaram de ter seu caráter nefasto impregnado de terror, pois é correto concluir que, diariamente, aqueles que embarcavam em aviões e trens, o faziam com forte abalo psicológico e insegurança, o que é da raiz do terrorismo e representa o alcance de sua finalidade imediata.

Ponto que merece destaque ainda diz respeito ao fato de que os atos de violência que consubstanciam o terrorismo podem ser praticados por grupos, por governos ou por indivíduos. Assim, não é porque deixa de existir um grande empreendimento ilícito por trás da ação que ela perde seu caráter terrorista e passa a ser entendida como um delito comum.

brincam com nosso medo de uma morte repentina e violenta e tentam maximizar a incerteza para manipular vítimas reais e potenciais e também aqueles que possam se identificar com elas. Quando, após uma atrocidade terrorista, a questão “serei o próximo?” causa temor às audiências alvo, o impacto psicológico desejado é atingido.

Com efeito, muito embora os atos terroristas mais comuns estejam ligados à ação de organizações com complexa e intrincada rede de comunicações que lhes garante uma maior propagação do terror, vale o alerta de André de Mello e Souza e Rodrigo Fracalossi de Moraes (2014, pp. 16-17):

Muitos ataques são realizados pelos chamados “lobos solitários” (*lone wolfs*), indivíduos que agem inspirados por – ou em apoio a – um grupo ou ideologia, mas sem vinculação formal com qualquer organização ou cadeia de comando, como Timothy McVeigh (ataques em Oklahoma, Estados Unidos, em 1995), Theodore Kaczynski (envio de cartas-bomba entre 1978 e 1995) e Anders Behring Breivik (assassinatos em Utoya, Noruega, em 2011).

Assim, fica evidente que tanto entidades grandiosas e bem estruturadas quanto indivíduos sozinhos são capazes de promover atos de natureza terrorista, tanto assim que o mais grave atentado terrorista verificado nos Estados Unidos antes de 2001 foi praticado por um único homem.

Finalmente, vale mencionar que os terroristas almejam que suas ações tenham a maior abrangência possível, ou seja, sejam comunicadas a um número elevado de pessoas. A tentativa de comunicar o terror a grandes multidões é da essência do terrorismo, mormente porque assim a sensação de insegurança será bastante maior.

Acerca de tal aspecto, José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 121) afirma o seguinte:

A violência como meio para alcançar o poder político é algo tão velho como o mundo. O que torna o terrorismo um fenômeno contemporâneo e relativamente recente é a utilização da mídia e da espetacularização da violência com motivação política como meio para granjear adeptos, desestimular a atuação dos órgãos repressivos, semear o medo e a descrença no regime estabelecido entre a população. Por tais razões, o grupo terrorista busca o máximo de publicidade em decorrência de ações engendradas do modo mais espetacular possível.

Portanto, o *modus operandi* do terrorismo, independentemente de qual tenha seja ele, sempre envolverá ações que se constituem em verdadeiros espetáculos. Sempre haverá algo grande o bastante para chamar a atenção da mídia no maior grau possível, mormente a nível mundial.

Tudo isso, ainda que seja uma única pessoa sobre a qual recairá a ação terrorista, situação na qual, consoante demonstrado, o alvo será

alguém de elevada notoriedade no meio social em que o atentado terrorista será praticado.

Tal aspecto, que consiste num importante ponto de diferenciação entre terrorismo e crime organizado, consoante se verá mais adiante, encerra as análises deste primeiro ponto característico do conceito de terrorismo.

4.1.1.2 O viés político dos atos terroristas

Não raramente é possível constatar que as definições legais e doutrinárias de terrorismo o relacionam a objetivos políticos, ou seja, os atos de terror que objetivam orientar as ações de um grupo de pessoas ou de um governo teriam como mola propulsora uma ideologia política. Trata-se do 9º elemento do conceito de terrorismo acima elencado.

Alex Peter Schmid (2004, p. 407) percebeu, com relação à motivação política de terrorismo, que ela é mais frequente em conceituações acadêmicas do que em definições legais do instituto. Isso pode ser explicado pelo fato de que as primeiras se pautam na descrição ou narração de um fenômeno que se observou e analisou, ao passo que as segundas almejam descrever uma conduta que merece repressão.

Em outras palavras: a motivação política dos atos terroristas pode ser observada em grande parte deles, como, de fato, historicamente foi, mas ela não é da essência do terrorismo. O viés político do terrorismo, diferentemente do que ocorre com o objetivo de promover terror, intimidação e coação, não é incito aos atos terroristas.

André de Mello e Sousa e Rodrigo Fracalossi de Moraes (2014, p. 16) analisaram dados internacionais acerca do terrorismo e constataram:

Cook e Lounsbury (2011) analisaram 176 grupos terroristas ativos no período 1990-1994, bem como os 635 ataques cometidos por estes grupos no período 1995-1999. Os autores identificaram 33 ideologias diferentes, assim como diversos métodos/táticas (ataques a bomba; sequestros; assassinatos; incêndios; entre outros) e alvos (instituições de ensino; figuras religiosas; instalações militares e/ou policiais; organizações não governamentais; entre outros). O Global Terrorism Database, por sua vez, possui registros de 2.281 organizações envolvidas em eventos terroristas (entre

1970 e 2011), direcionados contra 21 tipos de alvos, utilizando-se de onze classes de armamento e oito tipos de táticas.

Não bastasse a diversidade de motivos que levam ao ato terrorista, deve-se ter também em mente o fato de que as grandes organizações terroristas que atualmente perpetram atos de extrema violência e elevado grau de letalidade em diversos pontos do planeta, são movidas por objetivos religiosos e extremistas, e não políticos.

A grande ameaça terrorista que surge nesse início de novo milênio, como será verificado no item 3.2, é decorrente de interpretações radicais, fundamentalistas e, muitas vezes, distorcida, de textos sagrados que parecem autorizar e estimular ações de violência extrema, e não de confrontações políticas como outrora se verificou, principalmente, nos embates entre capitalismo e comunismo e entre monarquia e república.

Referido pensamento, contudo, não é compartilhado por parte dos doutrinadores que se propuseram a estudar o terrorismo, que defendem que a motivação política do ato terrorista é extremamente importante e serve como elemento de diferenciação para com o crime organizado em geral. Tal é a posição de Luz Estella Nagle (2010, p. 94), que afirma:

Even if both criminals and terrorists use violence on a level we perceive as being "terrorism," their motivation and the reach of the effects caused are dissimilar. The criminals' *primary and direct* motivation is egocentric and personal and is often a matter of obtaining or protecting material gain, while the *primary and direct* aim of the terrorists' violence is political or ideological and intended to influence public opinion and eventually change "the system"¹⁷.

Para sustentar sua tese, Nagle utiliza como exemplo os atos praticados pelo narcotraficante colombiano Pablo Escobar, que determinou a ocorrência de inúmeros ataques violentos contra a população civil e alvos do governo da Colômbia, com o objetivo de impedir sua extradição para os Estados Unidos, que almejava instaurar processos criminais contra ele.

¹⁷ Ainda que tanto criminosos quanto terroristas usem de violência num nível que percebemos como sendo "terrorismo", suas motivações e o alcance dos efeitos causados são diferentes. A motivação direta e primária dos criminosos é egocêntrica e pessoal, muitas vezes ligadas ao objetivo de obter ou proteger um ganho material, ao passo que o objetivo principal e direto da violência dos terroristas é político ou ideológico e destina-se a influenciar a opinião pública e, eventualmente, alterar "o sistema".

Nesse caso, os atos de violência, que efetivamente promoveram enorme intimidação da população civil e geraram abalo psicológico não somente na Colômbia – que, como asseverado no item 2.6 do presente estudo, chegou a colocar os militares das forças armadas nas ruas e conceder a eles autoridade de polícia judiciária, em latente expoente de Direito Penal do inimigo – mas também nos países vizinhos e naqueles para os quais fluíam as drogas de Escobar, não eram motivados por fins políticos, mas apenas pessoais e econômicos, o que não poderia ser considerado terrorismo sob o ponto de vista da doutrinadora.

Assevera Nagle (2010, p. 95):

His wanton attacks bore all the hallmarks of what we think of as being terrorism, and established the term, narcoterrorism, and the popular lexicon. Yet, it was not terrorism *per se* because Escobar's immediate aim was not to terrorize for political reasons or convictions, but to protect his wealth and freedom. Certainly his form of violence had a war-like character that caused the nation to act in self-defense, but his reign of terror could not be truly labeled terrorism¹⁸.

Com efeito, é muito difícil diferenciar os atos de terrorismo dos demais atos de criminalidade organizada, mas, *data máxima venia*, não parece que utilizar somente o critério da finalidade política seja adequado para tanto e nem mesmo que atrelar ao conceito de terrorismo a necessária presença de um viés político seja prudente.

É que, além da constatação de que atualmente os atos de terrorismo são motivados em sua grande maioria por questões de fanatismo religioso e sem uma base política ou ideológica por trás, é inequívoco que o terrorismo é um fenômeno transnacional, cuja atuação se espalha pelos mais variados Estados, com conexões que estendem por todos os continentes.

Portanto, a colaboração dos países no combate às ações terroristas é uma realidade que precisa ficar muito bem sedimentada, sendo

¹⁸ Seus ataques arbitrários tiveram todas as características do que nós pensamos ser terrorismo e colocaram a expressão narcoterrorismo no vocabulário popular. No entanto, *de per se* eles não foram terrorismo, porque o objetivo imediato de Escobar não era aterrorizar por razões ou convicções políticas, mas proteger sua riqueza e liberdade. Certamente sua violência teve um caráter de guerra que fez a nação agir em legítima defesa, mas seu reinado de terror não poderia ser verdadeiramente reconhecido como terrorismo.

isso que a Organização das Nações Unidas vem buscando desde a década de 1960, por meio de tratados, declarações e resoluções.

Nessa seara, instrumentos de cooperação internacional como a extradição, a deportação e a entrega afiguram-se de elevada importância, pois é por meio deles que Estados podem se adequar para exercer jurisdição e punir de maneira adequada os autores de tão nocivas práticas.

Todavia, o Brasil, por disposição expressa do artigo 5º, inciso LII, da Constituição Federal, não concede extradição por crimes políticos ou de opinião, numa disposição jurídica que também pode ser encontrada em diversos outros países e que possui motivações históricas.

Assim, em se entendendo que o terrorismo sempre é marcado por um aspecto político que o motiva, corre-se o sério risco de se concluir que crimes de natureza terrorista são crimes políticos e, com isso, obstar-se a cooperação internacional que se faz tão necessária para uma repressão adequada ao terrorismo.

Discussão em torno do assunto foi verificada quando o Supremo Tribunal Federal teve de decidir sobre a extradição do italiano Cesare Battisti, definitivamente condenado por terrorismo e por diversos delitos praticados na Itália durante a década de 1970, quando integrava o grupo de extrema esquerda denominado Proletários Armados pelo Comunismo (PAC).

Nesse caso, a extradição acabou não ocorrendo, sob o argumento de que os delitos eram políticos e, atualmente, Battisti se encontra em liberdade no Brasil e recentemente se casou com uma brasileira.

Não obstante todas essas considerações, deve-se ter em mente ainda que um grupo terrorista possa ser criado com base numa ideologia política, mas praticar atos de terror desprovidos de tal roupagem. Não parece correto, portanto, deixar de considerá-los terroristas somente porque determinada ocorrência violenta não se revestiu de motivação política.

Portanto, o que se deve entender é que o terrorismo, sendo naturalmente um método, um meio, um modo de obter determinadas condutas por meio da produção de abalo psicológico em determinada população mediante uso de violência, pode ou não vir imbuído de uma motivação política.

Estando ela presente, isso não pode obstar a punição adequada dos agentes, pois o terrorismo não é, na essência, um crime político. E, em não sendo, ações de organizações criminosas que tenham por objetivo uma intimidação coletiva com a finalidade mediata de forçar uma conduta do Estado podem ser enquadradas como terrorismo mesmo que não tenham sido motivadas por ideologias políticas.

4.1.1.3 A natureza ilícita dos atos terroristas e a aflição de inocentes

Por fim, é possível analisar concomitantemente o quarto e o oitavo elementos do conceito de terrorismo, quais sejam: o intuito de atingir civis, não combatentes e inocentes e a natureza ilegal, criminosa e imoral do(s) ato(s) de violência.

Os atos terroristas, com efeito, não podem ser entendidos ou conceituados somente como sendo atos caracterizados pelo emprego de violência com o intuito de promover medo, intimidação ou coação de determinado grupo alvo no intuito de obter a concretização de algum objetivo político ou não, pois tal definição abarcaria atos legítimos.

Veja-se o típico exemplo de uma guerra externa declarada: determinada unidade militar promove atos de violência contra as forças inimigas no intuito de causar forte impacto psicológico e, com isso, obrigar o governo beligerante a promover um cessar-fogo. A definição do parágrafo anterior adequa-se perfeitamente a isso, mas é certo que a conduta aqui transcrita não pode ser considerada terrorismo.

Por isso, o terrorismo deve ser entendido sempre como uma ação ilegítima, que, caso praticado em tempos de guerra, afeta civis não combatentes, e quando verificado em tempos de paz, atinge pessoas inocentes que relação alguma possuem com o objetivo mediato dos terroristas ou, no máximo, apenas o representam.

Disto tem-se que é possível concluir que as guerras, em si, não representam terrorismo, mas os Estados beligerantes podem praticar atos terroristas durante as hostilidades. De fato, o direito de guerra existe e é regido pelas Convenções de Genebra (datadas de 1863, 1906, 1929 e 1949) e seus três protocolos adicionais.

Consoante previsão neles contida, não se admitem condutas que lesem civis, que são protegidos de todo e qualquer ato hostil. Não é possível seu sequestro, medidas de retorsão contra eles praticadas e tampouco que sobre eles recaiam punições coletivas. Da mesma forma, prisioneiros de guerra devem ter sua religião respeitada, condições sanitárias adequadas, alimentação suficiente e serem humanamente tratados.

Outras proibições notáveis dizem respeito ao uso de armas químicas e de material que cause morte lenta ou com sofrimento desnecessário, o bombardeio de balões, os ataques a hospitais que sejam identificados com uma cruz vermelha e a cidades que se encontrem desprotegidas e o impedimento do livre trânsito de medicamentos.

Tudo o que extrapolar ou violar as regulações internacionais do direito de guerra, desta feita, implicará na retirada da legitimidade das ações, que, via de consequência, passarão a ser consideradas como autênticos atos de terrorismo. Logo, o terrorismo não é exclusividade dos tempos de paz e tampouco a guerra pode ser usada como argumento para acobertar toda e qualquer barbaridade.

Acerca do caráter ilegítimo do terrorismo, assim se manifestou Antonio Ribas Paiva (2014, s.p.):

Terrorismo é a politização da violência ilegítima. Configura tortura coletiva da sociedade, na tentativa de impor objetivos de grupos ideológicos ou religiosos. O terrorismo torna ilegítimo qualquer suposto direito de seus praticantes, porque não se pode admitir o massacre de inocentes, a que título for.

A legitimidade dos atos, assim, é responsável por promover uma linha tênue entre aquilo que se considera ação militar adequada e terrorismo. O terrorismo é sempre ilegítimo e a violência empregada para o alcance das finalidades mediatas do ato não possui justificativa, sendo ele sempre encarado como uma medida desproporcional.

4.2 Breve Histórico do Terrorismo

Superadas tais análises iniciais acerca do terrorismo, de suma importância é a análise da evolução histórica de tal fenômeno. E a primeira

observação a ser feita a esse respeito diz que a expressão “terrorismo” foi empregada pela primeira vez na França durante o século XVIII, durante a Revolução Francesa, com o intuito de designar atos nocivos praticados pelo Estado.

Parece incrível que os ideais que tenham culminado na derrubada do poder monárquico absoluto – liberdade, igualdade e fraternidade – tenham resvalado para o terror. É certo que todas as grandes revoluções são marcadas por períodos turbulentos, até que as variadas correntes que consubstanciam o movimento se assentem e uma direção a ser seguida possa surgir, e a Revolução Francesa não escapou de tal regra, sendo que o que ocorreu durante aquele período é resumido por Paulo Sutti e Sílvia Ricardo (2003, p. 03):

Na França, no início da década de 1790, acirrou-se a disputa entre grupos políticos revolucionários, principalmente entre os *girondinos*, que representavam a alta burguesia, e os *jacobinos*, principal elo entre os membros radicais da Assembleia e o movimento popular, que ganhava cada vez mais força nas ruas. Nesse período, os radicais jacobinos criaram o Tribunal Revolucionário, que julgava os opositores da Revolução e muitas vezes os condenava à morte na guilhotina. A prática radical exaltou ainda mais os ânimos. A execução de muitas pessoas deu início à fase da Revolução Francesa chamada de **Terror**. O período entre setembro de 1793 e julho de 1794, caracterizado por grande violência e por centenas de execuções deu origem ao termo **terrorismo**, que apareceu grafado pela primeira vez em 1798 no Suplemento Dicionário da Academia Francesa, para caracterizar o extermínio em massa de pessoas de oposição ao regime promovido pela autoridade governamental instituída. Nesse sentido, o Estado é o agente do terror.

Assim, foi justamente no país que, ao longo de 2015 tanto sofreu com o terrorismo, que pela primeira se ouviu tal expressão. Ocorrências que podem ser entendidas como terrorismo, contudo, são muito mais antigas e estão presentes na história da humanidade desde os tempos mais remotos.

Com efeito, as ações que pautaram a tomada final de Cartago pelos romanos ao final das Guerras Púnicas, no primeiro século antes de Cristo, pode ser considerada uma forma de propagação do terror entre as massas e de destruição completa de um inimigo que não teve a cautela de reconhecer a tempo a superioridade de seu opositor, pois num momento em que a vitória já era certa, os romanos dizimaram sem piedade crianças, mulheres e idosos.

Episódios semelhantes podem ser encontrados na história do Egito, da Mesopotâmia e da Grécia. André Luís Woloszyn (2006, p. 124) complementa tais assertivas ao apontar que:

A prática do terror esteve presente na história da humanidade como expressão pura da violência e ações terroristas não se constitui num fenômeno atual. Estima-se que tenha surgido no século III a.C. como tática militar sob o nome de guerra destrutiva ou guerra punitiva, utilizada pelos exércitos conquistadores para afetar o comportamento de populações e líderes das nações dominadas, através do cometimento de ações atroztes contra a população civil, com o objetivo de causar terror e pânico, impedindo desta forma, o apoio desta população a líderes locais, por temer represálias. Sun Tzu, no século IV a.C., também se refere ao terror como estratégia de guerra quando afirma “mate um, amedronte dez mil”.

Desta feita, a evolução do terrorismo acompanha a evolução da humanidade. Durante a Idade Média, o conceito de guerra destrutiva ou punitiva acima mencionado evoluiu para algo ainda mais pernicioso e contraditório, mas que até os dias atuais causa assombro em decorrência de suas exteriorizações nefastas: a noção de guerra justa ou guerra santa.

Por essa época, teses religiosas começaram a ser deturpadas, ou interpretadas com profundo fundamentalismo, para se estabelecer a ideia de que uma guerra motivada por causas justas é uma necessária precursora da paz, chegando até mesmo a ser motivo de júbilo. Ora, sob tal prisma, uma guerra que almeja promover uma perene paz posterior não só não deve ser objeto de repreensão, como também merece constante apoio e estímulo.

Foi exatamente o que ocorreu nas Cruzadas (entre os séculos XII e XIII) e na expansão islâmica pelo norte da África e Europa (principalmente entre os séculos IX e X, muito embora a ocupação muçulmana de extensas áreas da Península Ibérica tenham perdurado até o século XV). No primeiro caso, o objetivo era libertar a cidade sagrada de Jerusalém do domínio dos muçulmanos, ao passo que no segundo, o mister era levar o credo islâmico aos infiéis cristãos. É bem verdade, contudo, que tais objetivos declarados escondiam fortes interesses econômicos.

Essa ideia – a violência desmedida pode ser justificada e aceita por uma entidade divina caso seus objetivos sejam compatíveis aos preceitos dos cultos a tal entidade – é a raiz dos mais numerosos expoentes de ações

terroristas verificados até os dias atuais, pois é o fundamento invocado por variados grupos terroristas como justificativa para suas ações.

Ainda durante a Idade Média, não é possível esquecer os episódios de terror praticados pela Santa Inquisição. Sob a égide da Igreja Católica, todos aqueles que ousavam agir de maneira contrária às crenças propagadas eram submetidos a julgamentos marcados pela severidade e tortura e que, invariavelmente, culminavam na condenação daqueles tidos como hereges a uma morte dolorosa na fogueira.

A descoberta do Novo Mundo e a exploração comercial do continente americano fez surgir uma modalidade peculiar de terrorismo, noticiada por Francisco de Assis Penteado Mazetto (2003, p. 06):

A transferência das riquezas da América para a Europa incentivou o surgimento da pirataria no Atlântico, constituída por mercenários de vários países europeus. Em grande medida, os métodos dos piratas se aproximavam muito dos terroristas modernos. O objetivo maior era pilhar os galeões espanhóis que estavam carregados de ouro e prata extraído das colônias. Para tanto, arrasavam as vilas e cidades das colônias portuguesas e espanholas, locais de embarque da preciosa carga.

E mais à frente arremata (2003, p. 07):

O lendário corsário inglês, Sir Francis Drake, personificou o que poderíamos chamar hoje de terrorismo de Estado. Apoiado por Elizabeth I, comandou os saques à frota espanhola na América e à própria costa da Espanha, dividindo o botim entre a Coroa e seus mercenários. Drake desempenhou um papel importante na história pois, com sua ação, quebrou o poder marítimo da Espanha, tornando a Inglaterra a nova senhora dos mares, com a derrota da Invencível Armada de Felipe II em 1588.

Como se vê, as experiências da humanidade com o terrorismo são mais amplas e diversas do que se imagina. E, mais importante do que isso: os primeiros exemplos de ações terroristas da história foram eminentemente formas de terrorismos praticados pelo Estado ou então com o seu aval.

Quer no período romano em que batalhas serviam para disseminar terror e insegurança, quer durante a Idade Média com a Santa Inquisição e as Cruzadas, sempre havia por trás dos atos de terrorismo a mão forte do Estado, ainda que não compreendido com a precisão atual do termo.

No momento seguinte, a Revolução Francesa implicou, como acima mencionado, no surgimento da própria terminologia “terrorismo”, sendo que referido cenário de violência estatal perdurou até meados do século XIX, quando uma reviravolta ocorreu.

O Estado liberal surgido em decorrência da Revolução Francesa mostrou-se extremamente omissivo no que diz respeito ao amparo devido aos cidadãos, promovendo uma luta de classes tão intensa que diversas revoluções menores foram verificadas no velho continente ao longo dos anos 1800, a exemplo daquelas verificadas em 1848.

O descontentamento do povo para com as políticas estatais levou ao surgimento do anarquismo e, com ele, a prática disseminada de atos contrários ao poder instituído, não raro marcados pela extrema violência dirigida a pessoas que personificavam as mazelas estatais. Foi assim que se iniciou um período extremamente difícil para as cabeças coroadas da Europa.

Em 1881, o imperador Alexandre II da Rússia foi assassinado num atentado à bomba perpetrado pelo grupo terrorista Narodnaya Volya. Em 1898, a imperatriz Elizabeth da Áustria foi morta na Suíça por um anarquista italiano simpatizante de ideias comunistas. Em 1908, o rei D. Carlos I de Portugal e seu filho e herdeiro, D. Luís Felipe, foram mortos a tiros enquanto percorriam Lisboa numa carruagem aberta, sendo o ato motivado por republicanos que almejavam enfraquecer a monarquia. A rainha Vitoria da Grã-Bretanha, com boa dose de sorte, sobreviveu a sete tentativas de assassinato ao longo de seu reinado.

Também não se pode olvidar aqui o assassinato do arquiduque herdeiro da Áustria, Francisco Ferdinando, e sua esposa Sophia, ocorrido em Sarajevo, em 1914. Os tiros disparados pelo jovem Gavrilo Princip, nacionalista sérvio que integrava a organização secreta Mão Nega (que lutava pela independência da região da Bósnia), foram o estopim para a deflagração da Primeira Guerra Mundial.

Foi justamente em decorrência de tais ataques perpetrados contra chefes de Estado e motivados por ideologias políticas distintas que a comunidade internacional passou a discutir o fenômeno terrorista. Após o assassinato do rei Alexandre I da Iugoslávia por nacionalistas ligados a um

movimento que lutava pela independência da Croácia e da Macedônia, a Liga das Nações elaborou a Convenção para Prevenção e Punição do Terrorismo.

Nos termos do artigo 1º de referido documento, datado de 1937, era considerado terrorismo “todos os atos criminosos dirigidos a um Estado e com a intenção calculada de criar um estado de terror nas mentes de pessoas específicas ou de um grupo de pessoas ou do público em geral”. A definição, contudo, da mesma forma que toda a convenção, restou inócua, pois dentre todos os signatários, somente a Índia a ratificou.

Causa estranheza que nem mesmo os Estados Unidos tenham promovido a ratificação da convenção, pois desde o século XIX o país sofria com os atos da Ku Klux Klan, classificada como terrorista pelo governo americano em 1872 e que durante as primeiras décadas do século XX alcançou o auge de sua violência contra populações negras e católicas, principalmente ao sul do país. Além disso, num intervalo de 98 anos quatro presidentes americanos foram assassinados enquanto exerciam o mandato.

Durante a década de 1960, muito se tentou alcançar um consenso entre os Estados para o combate ao terrorismo. A motivação foi a multiplicação de movimentos nacionalistas que passaram a agir de maneira violenta para o alcance da independência das antigas colônias europeias na África e na Ásia.

Referidos movimentos, ainda que não terroristas a princípio – até mesmo por lutarem pela autodeterminação dos povos – acabaram resvalando para condutas de tamanha violência que facilmente podem ser consideradas como típicos atos do terrorismo contemporâneo, o que acabava por comprometer sua legitimidade.

De outro lado, a repressão dos imperialistas europeus veio de maneira extremamente forte, tanto assim que a repressão às ondas de libertação nacional africanas e asiáticas por parte da Europa adquiriu contornos que se aproximavam muito do terrorismo em determinadas ocasiões, o que, por vezes, da mesma forma que ocorria com as próprias ações separatistas, extirpava sua legitimidade.

Dessa forma, o que parecia ser uma força para impulsionar debates acerca do combate ao terrorismo acabou se transformando em ponto de divergência entre os Estados, pois, pela primeira vez, as dificuldades de

estabelecimento de uma definição única para o terrorismo se mostraram em toda a sua complexidade.

A Organização das Nações Unidas, então, passou a cuidar do problema de maneira setorial, isto é, ao invés de buscar uma ampla regulamentação única acerca do fenômeno terrorista, resolveu-se criar disciplina jurídica para atos específicos e pormenorizados, como aqueles que afetam a aviação civil e sequestros de personalidades políticas internacionais.

Foi assim que uma série de tratados foi estabelecida dentro do âmbito de atuação da Organização da Aviação Civil Internacional. Referidos documentos não traziam qualquer definição de terrorismo, limitando-se a descrever atos que, tradicionalmente, se revestem de características terroristas.

A partir deste momento, vale a observação de André Collins Campedelli (2011, p. 10):

A vontade política necessária para os Estados elaborarem uma definição universalmente aceita de terrorismo é criada pela repugnância provocada por atentados terroristas particularmente cruéis. Isso ocorreu em 1972, após o atentado cometido por militantes palestinos contra atletas israelenses, na vila olímpica de Munique. Esse atentado é o marco do início do debate a respeito do terrorismo no âmbito da Organização das Nações Unidas.

O atentado terrorista praticado durante os Jogos Olímpicos de 1972, contra membros da delegação olímpica israelense, com efeito, chocou a opinião pública. No total, dezenove pessoas morreram e a ação, praticada pelo grupo Setembro Negro, almejava a libertação de prisioneiros árabes detidos em prisões de Israel.

A ocorrência da ação durante as Olimpíadas também teve caráter simbólico sobre o mundo ocidental: historicamente, na Grécia clássica, até mesmo as guerras eram interrompidas para que os jogos se realizassem, ao passo que no final do século XX, foram os jogos que se interromperam em virtude do terror.

Em Dezembro daquele ano, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução nº 3.034, com o objetivo de prevenir o terrorismo internacional e estudar as causas que impulsionavam o surgimento das

organizações terroristas. Resoluções com objetivos semelhantes foram elaboradas durante as duas décadas seguintes.

Ao longo da década de 1980 a ausência de limites éticos para os grupos terroristas foi colocada totalmente em evidencia. Da mesma forma, a modernização dos meios de comunicação fez com que as notícias de ataques terroristas passassem a ser transmitidas quase que em tempo real, razão pela qual a sensação de insegurança e o abalo psicológico promovidos pelos autores do terror passaram a ser sentidas com maior intensidade.

Em 1985, um Boeing 747 da Air India, que operava o voo 182 entre Montreal e Nova Delhi, explodiu quando sobrevoava o sul da costa da Irlanda, matando as 329 pessoas a bordo. Investigações concluíram que uma bomba havia sido colocada dentro da aeronave por terroristas ligados ao grupo Babbar Khalsa, que lutava contra as políticas indianas de repressão a membros da etnia sikh, principalmente após o assassinato da primeira-ministra Indira Gandhi, no ano anterior. Até 2001, esse foi o pior atentado terrorista já documentado.

Meses depois, o navio de cruzeiro italiano *Achille Lauro* foi sequestrado no litoral do Egito por quatro terroristas palestinos que exigiram do governo sírio a libertação de integrantes da OLP (Organização para a Libertação da Palestina) detidos em prisões sírias. Após o governo da Síria rejeitar a reivindicação, os sequestradores reuniram os passageiros em um salão e escolheram um deles para ser sacrificado. Leon Klinghoffer, um americano de 69 anos que tinha deficiências físicas, foi alvejado na cabeça e, diante dos olhos do mundo, amarrado em sua cadeira de rodas e arremessado ao mar.

Três anos depois, nas vésperas do natal de 1988, terroristas líbios ligados ao governo de Muamar Kadhafi plantaram uma bomba no Boeing 747 que operava o voo 103 da Pan American Airways, entre Londres e Nova York. O artefato explodiu pouco mais de meia hora após a decolagem, quando a aeronave sobrevoava a cidade escocesa de Lockerbie, matando os 259 ocupantes. Os destroços em chamas caíram sobre a pequena zona urbana e provocaram a morte de outras onze pessoas em terra. A intenção dos terroristas era pressionar os governos britânico e americano a suspender os embargos econômicos impostos à Líbia.

Menos de nove meses depois, foi a vez do voo 772 da Union de Transports Aériens encontrar um final trágico. No dia 19 de Setembro de 1989, o DC-10 que operava a rota entre Brazzaville e Paris explodiu cerca de 40 minutos após a decolagem, causando a morte das 170 pessoas a bordo. O atentado foi levado a efeito por terroristas líbios que objetivavam reprimir o apoio dado pela França ao Chade com relação aos planos expansionistas deste, que incluíam a apropriação de partes do território líbio.

Tais ocorrências motivaram o Conselho de Segurança da ONU a aprovar a Resolução nº 731, em 1992, que impôs ao governo da Líbia a obrigação de colaborar com as investigações realizadas pelos Estados Unidos e pelo Reino Unido acerca das quedas dos voos 103 e 772, sob pena de agravamento dos embargos impostos ao governo de Kadhafi.

A tal resolução, seguiram-se outros instrumentos que indicavam a reprovação universal aos atos terroristas, o que, contudo, não bastou para que o fenômeno se tornasse menos frequente e mais temeroso de respostas firmes e precisas da comunidade internacional com vistas ao seu combate.

Foi assim que o terrorismo chegou muito próximo ao Brasil. No dia 18 de Julho de 1994, um carro-bomba explodiu junto à sede da Associação Mutual Israelita Argentina, em Buenos Aires, provocando 86 mortes e deixando mais de trezentos feridos. Dois anos antes, uma explosão na embaixada israelense em Buenos Aires provocara a morte de 29 pessoas e ferindo mais de duzentas.

Atualmente, a tese mais aceita é de que os atentados tiveram participação direta do governo iraniano e teriam sido executados por integrantes do Hezbollah em represália às políticas nucleares argentinas e os polêmicos acordos que à época estavam sendo negociados tanto com o Irã quanto com a Síria pelo governo de Carlos Menem.

Durante as investigações, as autoridades argentinas descobriram que os integrantes do grupo terrorista tinham agentes atuando na América do Sul e que se cogitara realizar o ataque na região da tríplice fronteira, entre Argentina, Brasil e Paraguai. Um sinal claro de que o terrorismo é imprevisível, pode se manifestar nos locais mais variados e se trata de um mal ao qual o Brasil não é imune.

Num episódio genuinamente brasileiro, pode-se citar o sequestro do voo 375 da Vasp, em 29 de Setembro de 1988. O objetivo do sequestrador, Raimundo Nonato Alves da Conceição, era lançar o Boeing 737 que cumpria o trajeto entre Porto Velho e Rio de Janeiro com 98 passageiros e sete tripulantes, no Palácio do Planalto, em Brasília.

O avião sequestrado chegou a sobrevoar Brasília, mas ao perceber que o aeroporto estava repleto de policiais e militares, o sequestrador ordenou que a aeronave não pousasse e, com prolongadas negociações, decidiu não consumir o intento. Depois de quase quatro horas de sequestro, o piloto realizou manobras bruscas e conseguiu aterrissar em Goiânia, pois a aeronave estava quase sem combustível.

Ali, depois de mais horas de negociação com a Polícia Federal, o sequestrador foi ferido a tiros e levado a um hospital. Faleceria dias depois, em consequência de uma infecção. Durante a ação, o copiloto foi morto e alguns pilotos ficaram feridos. Assim, treze anos antes do 11 de Setembro, um brasileiro tentou lançar uma aeronave contra um alvo estratégico, em protesto contra as políticas do governo.

O início do século XXI, como antes mencionado no presente trabalho, viu no terrorismo o seu grande alvo de combate, com atentados diversos vitimando milhares de pessoas em todos os pontos do planeta. Trata-se, na visão de André Luís Woloszyn (2006, p. 125), de um expoente de terrorismo demasiadamente nocivo porque possui objetivos difusos desprovidos de ideologia definida, o que torna difícil sua repressão:

No entender de especialistas na questão existe um novo fenômeno, que é o surgimento, a partir do séc. XXI, de grupos sem a vertente político-ideológica como ocorria anteriormente com o Exército Republicano Irlandês (IRA) na Irlanda do Norte, o Euzcadi Askatasuna (ETA) na Espanha, o Baader-Meinhof na Alemanha, o Sendero Luminoso no Peru, as Brigadas Vermelhas na Itália, a Frente Popular para a Libertação da Palestina, dentre outros. O crescimento destas organizações terroristas, denominadas de “Novo Terrorismo” notadamente na região do Oriente Médio, é caracterizado por elevado grau de fanatismo e extremismo religioso onde, em alguns casos, o objetivo é difuso, inexistente causa definida e as ações são de extrema violência e radicalismo, fruto de uma visão parcial e distorcida da religião islâmica.

Logo, o terrorismo contemporâneo é distinto daquele que originalmente chamou a atenção da comunidade internacional, pois se sua razão de ser não é política, seus alvos tornam-se ainda mais imprecisos e difusos. E como a mola propulsora é a religião, nenhuma causa específica e uniforme pode mover as ações, razão pela qual se torna mais difícil prever a ocorrência de um ato terrorista.

Da mesma forma, cuida-se de um terrorismo que se beneficia dos avanços da tecnologia de informação para disseminar suas ideias distorcidas, arrebanhar seguidores e organizar ataques precisos e de elevada magnitude a pontos tão distantes, que dificilmente pode ser afetado pelos tradicionais métodos de combate das forças armadas dos Estados.

Exemplos de grupos terroristas que se enquadram nesse novo modelo são o Hamas (chamado ainda de Jihad Islâmica), de origem palestina; o Hezbollah (literalmente “Partido de Deus”), de origem libanesa; a Al Qaeda, afegã; a Brigada dos Mártires de Al Aqsa, com raízes na Cisjordânia; e o Al-Gama’a al-Islamiyya, egípcio.

A verdade é que tais características indicam que, atualmente, o terrorismo é supranacional e combater seu poder de ação é quase como perseguir um vulto, dadas as diversas conexões internacionais que as grandes organizações terroristas assumem. Eis o germe da importância do estudo e adequada compreensão do fenômeno.

4.3 Classificações dos Atos Terroristas

É comum encontrar-se, na doutrina em geral, algumas classificações dos atos terroristas. E muito embora as classificações sejam muito particulares, pois cada doutrinador que se propõe a discorrer acerca de determinado assunto pode entender mais adequado se valer de uma dada classificação em detrimento de outra.

Por tal razão, serão aqui elencadas somente as classificações mais comuns e aquelas que são mais universalmente aceitas na doutrina.

André Luís Woloszyn (2006, p. 129), com base na classificação adotada pelos serviços de Inteligência Brasileira, aponta a existência de três espécies de atos terroristas:

- **Terrorismo Internacional** – São os incidentes cujas consequências e ramificações transcendem nitidamente as fronteiras nacionais, ou seja, quando vítimas executantes e o local de um atentado, ou ainda, os meios utilizados envolvem mais de um país ou nacionalidade. Os exemplos mais recentes são os atentados às Torres Gêmeas em Nova York, EUA em 2001 e aos trens do metro de Madrid, Espanha em 2004.
- **Terrorismo Nacional ou Doméstico** – São os incidentes cujos atos de violência são praticados por terroristas em seu próprio país e contra seus próprios compatriotas. Um dos exemplos é a explosão de um carro-bomba em 1995, em prédio federal na cidade de Oklahoma, EUA pelo norte-americano Timothy McVeigh, supostamente ligado a milícias brancas racistas de extrema direita.
- **Terrorismo de Estado** – São os incidentes cujos atos de violência são praticados com o apoio ou sob o controle de um Estado patrocinador. Os exemplos são muitos, a maioria praticado por Estados de regimes totalitários, dentre esses, Iossef Stálin na URSS a partir da revolução de 1917, o Holocausto nazista, a revolução comunista de Mao-Tsé-Tung na China em 1939, o regime de Pol Pot no Camboja, a revolução Cubana de Fidel Castro em 1959. Alguns autores consideram ainda, o lançamento da bomba atômica sobre as cidades japonesas de Hiroshima e Nagasáqui atos de terrorismo de Estado.

Referida classificação é uma mescla de autores e vítimas de terrorismo. Leva em consideração para ser estruturada tanto aqueles que praticam os atos quanto aqueles que são vítimas diretas das ações. Não deixa, contudo, de ser uma classificação geográfica a partir de quando agrega também o local da ocorrência do atentado.

É certo, todavia, que outras espécies ou tipos de ações terroristas sempre permearam a história e elas se distinguem das acima mencionadas por suas particularidades.

Tendo como parâmetro o próprio conceito de terrorismo que acima foi trabalhado, pode-se cogitar, por exemplo, na existência de um *terrorismo de guerra*, que nada mais é do que aquele levado a efeito durante a vigência de um estado de guerra entre dois ou mais países e nos quais as normas internacionais que regem tal ocorrência são violadas, no mais das vezes, com prejuízos significativos para civis não combatentes.

Alessandro Visacro (2009, p. 289) discorre acerca do *terrorismo religioso*. Trata-se de uma modalidade de terrorismo que se caracteriza pela exteriorização de uma brutal intolerância e violência para com pessoas de outros credos religiosos. Um exemplo relativamente atual de tal espécie de

terrorismo consiste nas lutas religiosas ocorridas na Irlanda do Norte, entre protestantes e católicos romanos. Alerta o doutrinador:

(...) ainda que, em tese, não possa ser considerado uma prerrogativa do mundo muçulmano, o terrorismo religioso é tido como um subproduto da Revolução Iraniana de 1979, motivo pelo qual é usualmente associado à militância política islâmica fundamentalista. Embora ele tenha forte apelo religioso, é motivado (ou usa como pretexto) fatores causais de ordem política, como a existência do Estado de Israel, o poder de ingerência das potências ocidentais sobre o Oriente Médio, a existência de governos seculares dentro das fronteiras do Islã ou a questão nacional palestina, por exemplo. O Hezbollah, o Hamas, a Jihad Islâmica Palestina e a Al Qaeda são alguns dos grupos militantes apontados nas listas de organizações terroristas que têm a devoção religiosa como base institucional.

Assim, ainda que o terrorismo religioso não seja uma exclusividade do Oriente Médio, foi lá que ele encontrou campo fértil para seu desenvolvimento. E é interessante perceber que, por vezes, sob o pretexto religioso, muitas ações terroristas visam alcançar um objetivo notadamente político, como a própria extinção do Estado de Israel por parte de alguns extremistas islâmicos.

São casos em que o terrorismo religioso se confunde com o *terrorismo político*. Essa espécie de ação terrorista tem por mister a deposição ou derrubada de um determinado regime político. É possível ainda que intenções secundárias consistam em desacreditar as instituições governamentais e semear descontentamento popular em face das medidas tomadas pelo governo, no intuito de promover uma rebelião das massas contra o poder constituído.

Atualmente, é comum que se encontre na doutrina a modalidade do *bioterrorismo*. Consoante definição adotada pelos *Centers of Disease Control and Prevention* (Centros de Controle e Prevenção de Doenças), órgão do Departamento de Saúde e Serviços Humanos dos Estados Unidos, o bioterrorismo pode ser entendido da seguinte forma:

A bioterrorism attack is the deliberate release of viruses, bacteria, or other germs (agents) used to cause illness or death in people, animals, or plants. These agents are typically found in nature, but it is possible that they could be changed to increase their ability to cause disease, make them resistant to current medicines, or to increase their ability to be spread into the environment. Biological

agents can be spread through the air, through water, or in food. Terrorists may use biological agents because they can be extremely difficult to detect and do not cause illness for several hours to several days. Some bioterrorism agents, like the smallpox virus, can be spread from person to person and some, like anthrax, can not¹⁹.

Assim, o bioterrorismo é, basicamente, o terrorismo praticado por meio de armas biológicas, incluídos no conceito de armas biológicas os gases paralisantes ou infectantes e também os vírus ou bactérias capazes de causar danos tanto às pessoas quanto à agropecuária ou ao bioma existente em determinada região.

O bioterrorismo é extremamente nocivo, dadas as proporções que um ataque nesse sentido pode alcançar, mediante a disseminação célere dos distúrbios físicos e fisiológicos que dele decorrem. Além disso, cuida-se de uma forma extremamente silenciosa da violência contra o público alvo dos terroristas, mas que nem por isso deixa de causar um profundo estado de temor e de abalo psicológico, como verificado nos ataques com antraz nos Estados Unidos, após as ações de 11 de Setembro de 2001.

Igualmente atual, e talvez até verificado em maiores quantidades, é o ciberterrorismo. Trata-se, em suma, da propagação de terror por meio da rede mundial de computadores. O *modus operandi* dos ciberterroristas consiste na utilização da internet para danificar ou destruir programas ou arquivos de sítios eletrônicos estratégicos, que podem ser tanto governamentais quanto pertencentes a particulares.

O interesse dos agentes do ciberterrorismo, em todo caso, é promover uma situação de prejuízo que afete o maior número possível de pessoas. Por isso, alvos geralmente visados são os sistemas de comunicações, de bancos e instituições financeiras e também de energia elétrica.

¹⁹ Um ataque bioterrorista é a liberação deliberada de vírus, bactérias ou outros germes (agentes) utilizados para causar doença ou morte em pessoas, animais ou plantas. Estes agentes são tipicamente encontrados na natureza, mas é possível que eles possam ser alterados para aumentar sua capacidade de causar doenças, tornando-os resistentes aos medicamentos existentes, ou para aumentar a sua capacidade de se disseminar no meio ambiente. Os agentes biológicos podem ser disseminados pelo ar, pela água ou por alimentos. Terroristas podem utilizar agentes biológicos porque eles podem ser extremamente difíceis de detectar e somente provocam malefícios após várias horas ou dias. Alguns agentes de bioterrorismo, como o vírus da varíola, podem ser transmitidos de pessoa para pessoa, ao passo que outros, como o antraz, não podem.

Tornaram-se famosos os atentados ciberterroristas praticados contra a Estônia no ano de 2007. A partir de 27 de Abril daquele ano, uma série de ações praticadas por meio da internet fez com que inúmeros portais eletrônicos governamentais ficassem fora do ar durante várias horas, o que causou enormes transtornos à população, já que a maioria dos serviços públicos essenciais daquele país está vinculada à internet.

Inicialmente, o governo da Estônia acusou a Rússia de incentivar os atos de ciberterrorismo como um ato de represália, pois eles tiveram início no mesmo dia da remoção do famoso “Soldado de Bronze de Tallinn”, monumento erigido em honra à vitória soviética sobre os nazistas, na Segunda Guerra Mundial, no período em que a Estônia ainda integrava a União Soviética.

Todavia, posteriormente descobriu-se que o governo da Rússia não teve relação com os ataques, mas que eles haviam sido perpetrados por um grupo de jovens de ascendência russa e ideologia pró-russa.

Por fim, necessário se faz mencionar aqui a existência do *terrorismo cultural ou autotético*. Segundo definição de André Luís Woloszyn (2006, p. 130), o terrorismo cultural é “caracterizado pela perseguição a culturas e etnias fragilizadas como na questão dos curdos no Iraque, a guerra na Bósnia, muçulmanos e árabes, latinos e africanos nos EUA, dentre outros”.

Assim, o terrorismo cultural consiste num ataque às minorias. É representado pelo conjunto de ações violentas que recaem principalmente sobre alvos que já se encontram fragilizados, no intuito de promover o seu extermínio. É muitas vezes exteriorizado por seitas radicais ou grupos que buscam a hegemonia sobre uma determinada etnia.

Forte exemplo de tal espécie de terrorismo foram os atos praticados pela Ku Klux Klan no sul dos Estados Unidos durante o final do século XIX e o início do século XX. De ideologia reacionária e identificada com a extrema direita, os integrantes de referida agremiação – que no auge alcançaram a casa dos quatro milhões – promoveram atos de grande violência contra negros, católicos e estrangeiros, classificados como seres inferiores e que deveriam ser exterminados numa tentativa de satisfazer um sentimento nostálgico pelas antigas tradições sulistas americanas.

Na América do Sul, tornou-se famoso o extermínio de indígenas da região da Patagônia, comandado pelo general Julio Argentino Roca durante a chamada Conquista do Deserto, de 1879, por meio da qual a Argentina almejava expandir seu domínio e território até as zonas mais austrais do deserto patagônico. Cerca de 14.000 índios foram mortos ou aprisionados, sendo que os capturados foram enviados para pontos diversos da Argentina e separados por sexo, para evitar que se reproduzissem e assim dessem continuidade à sua raça.

Numa última observação a esse respeito, é preciso destacar que tais classificações não são contrárias umas às outras, motivo pelo qual um mesmo atentado terrorista possa se adequar a uma multiplicidade de espécies. A título de exemplo, vale mencionar que é inequívoco que os atentados terroristas de 11 de Setembro de 2001 foram nítidos expoentes de terrorismo internacional, político e religioso.

4.4 O Perfil do Terrorista

Uma análise do fenômeno terrorista que se pretenda completa não pode deixar de discorrer, ainda que brevemente, acerca do perfil psicológico dos terroristas e obter algumas respostas para algumas dúvidas que pairam acerca da mente de uma pessoa que se propõe a praticar atos demonstrativos de violência contra vítimas completamente inocentes no intuito de obter satisfação de uma determinada finalidade mediata.

Para tanto, é necessário observar, de proêmio, que o estabelecimento de uma personalidade do terrorista e uma avaliação mental adequada daqueles que se propõe a praticar atos terroristas é objetivo da filosofia, da psiquiatria, da psicologia, da sociologia e também do próprio Direito Penal.

Disso decorre que as abordagens do assunto ora em comento podem ser diferentes e alcançar resultados distintos conforme a base teórica que se adota para a solução da questão proposta. Para o presente trabalho, contudo, cujo foco principal é o Direito Penal e o Direito Processual Penal, as nuances jurídicas da questão se mostram mais relevantes.

Reginaldo Mattar Nasser (2014, pp. 71-72), a esse respeito, formula uma explicação sucinta a partir de quando afirma:

No nível de análise do indivíduo, constrói-se o perfil dos terroristas, buscando-se compreender, em primeiro lugar, as razões pelas quais aderem ao terrorismo e, em segundo lugar, as condições em que se formam os terroristas. As respostas mais convencionais a estas duas questões – a primeira relativa à motivação e a segunda às causas permissivas, dizem que o fenômeno advém da irracionalidade (...) e que sua ocorrência é facilitada por problemas socioeconômicos.

Logo, pode-se concluir, num primeiro momento, que o terrorismo está diretamente ligado à irracionalidade de determinados indivíduos e que a existência de fatores socioeconômicos facilita ou impulsiona a associação a uma organização terrorista. Todavia, certo é que o fenômeno terrorista é mais complexo do que isso e a mente de um terrorista tem minúcias bem maiores.

Fazendo uma análise do perfil psicológico dos perpetradores dos atentados terroristas de Novembro de 2015 em Paris, o psicólogo clínico Jorge Fontão (2015, s.p.) afirma o seguinte:

São pessoas que são manipuladas por sistemas que estão por trás, que conseguiram invadir a consciência humana, os valores humanos, que nós todos temos, em qualquer parte do mundo e são pessoas que são automatizadas, não estão ali como seres humanos, são realmente máquinas, foram fabricadas por sistemas ideológicos, talvez religiosos, de maneira integrista e de maneira falsa. São pessoas preparadas para matar, mas com sangue frio, matam sem pensar e sem sentir que estão a matar, e neste momento não são seres humanos (...). Através da manipulação é possível transformar seres humanos em máquinas de matar.

Sob tal ponto de vista, terroristas não agem com a mente de seres humanos. Do contrário, eles passariam por um processo de anulação de sua personalidade de tal forma que acabam se transformando em máquinas, cuja única missão e objetivo é promover massacres em nome da ideologia responsável por tolher-lhes a noção de respeito pela vida humana.

Há, assim, o reconhecimento de que a possibilidade de transformação da mente de um indivíduo é real e consiste em técnica dominada pela maioria das organizações terroristas. Com efeito, tem se mostrado comum que terroristas sejam recrutados em locais muito distantes

de suas bases e com culturas totalmente distintas, o que denota a eficácia da persuasão por eles empregada.

De fato, basta se atentar para os casos de latino-americanos e europeus que passaram a integrar grupos terroristas do Oriente Médio para constatar que organizações de terror trabalham com o psicológico de seus membros de tal maneira, que o impulso em servir a seus propósitos é praticamente a única meta de vida para aqueles que se associam a elas.

Imperioso ressaltar, nesse momento, que os argumentos utilizados pelas organizações terroristas para arrebanhar seguidores não se resumem a promessas religiosas e tampouco a um apelo moral que leve os perpetradores a acreditar que terão uma vida *post mortem* repleta de prazeres intermináveis.

Tendo como base as ocorrências terroristas mais recentes, uma inclinação surge a considerar que o terrorista é, basicamente, alguém imbuído de fanatismo religioso, ou seja, alguém cuja mente foi deturpada com base em preceitos perversos de uma determinada seita ou dado credo que o impele a praticar atos de terror, mas isso não é inteiramente correto.

O apelo religioso não é vital ao terrorismo, diferentemente do que muitos possam pensar. Analisando um levantamento feito por cientistas políticos norte-americanos, Reginaldo Mattar Nasser (2014, p. 73) afirma o seguinte:

A pesquisa determinou a filiação ideológica de 83% dos 462 terroristas suicidas em todo o mundo, entre 1980 e 2003. Ao contrário do que se esperava, a maioria dos perpetradores (57%) era laica, sendo os demais (43%) religiosos. Ainda que se suponha que todos os terroristas não incluídos por falta de dados (17%) sejam religiosos, a distribuição fica quase uniforme: 52% de religiosos e 48% laicos. E mesmo supondo-se que os motivos religiosos tenham importância, o terrorismo suicida não se restringe ao fundamentalismo religioso. De acordo com a pesquisa, 31 dos 92 atentados contra Israel foram cometidos pela Frente Popular para a Libertação da Palestina (FPLP), um grupo laico de esquerda, assim como 27 dos 36 atentados na guerra civil do Líbano foram realizados por grupos laicos e marxistas.

Portanto, o terrorismo é realmente muito mais amplo e, com base no acima exposto, pode-se concluir o seguinte: o terrorista não é apenas um religioso fanático; pode ser, mas nem todos o são. E isso demanda

análises mais profundas, pois explicar o terrorista somente como sendo um religioso extremista é demasiado incompleto.

É correto, de outra banda, entender o terrorista como sendo, sim, um fanático. Não importa se tal fanatismo advém de religião, política, filosofia ou qualquer outro tipo de credo ou ideologia; o que importa é que se trata de pessoas que chegam a extremos para defender o ponto de vista que acreditam correto, mesmo que isso dependa da morte de pessoas inocentes.

Terroristas são extremistas porque fazem de suas crenças um motivo forte o bastante para cometer atrocidades que, em suas mentes, são plenamente justificáveis. O fim que com elas se pretende, tido como maior e incrustado de nobreza, faz com que todo e qualquer meio se torne justificado.

Ponto que merece destaque diz respeito ao fato de que os terroristas não são pessoas desprovidas de instrução e tampouco que cresceram à margem da sociedade. Tal explicação poderia ser aventada como justificativa para a elevada adesão às organizações terroristas e também como um certo consolo frente ao fenômeno do terrorismo moderno, pois induziria ao pensamento de que somente jovens desprovidos de um futuro promissor viriam no terrorismo uma forma de vida razoável.

A realidade é mostrada por Reginaldo Mattar Nasser (2014, p. 74), com base em recentes pesquisas que abordam o assunto:

Os dados fornecidos por Pape e Kruger indicam que, em geral, os terroristas possuem níveis econômico e educacional mais elevados que o do meio social a que pertenciam (...). Na pesquisa de Pape, 10% dos terroristas suicidas de países árabes tinham apenas estudos primários ou menos, representando esta categoria, aproximadamente, 50% do conjunto da sociedade; 54% possuíam estudos secundários, que estavam ao alcance de uma pequena minoria da sociedade (...). No que diz respeito às condições econômicas, esta tendência se mantém, havendo uma discrepância entre os terroristas e a sociedade em geral. De acordo com o autor, 17% dos suicidas árabes estavam desempregados ou pertenciam aos grupos mais pobres da população, enquanto este grupo econômico representava um terço do conjunto da sociedade; 76% possuíam empregos e faziam parte das classes média e trabalhadora – técnicos, mecânicos, policiais, professores, entre outros –, as quais não encontravam representação significativa no conjunto da sociedade.

Assim, terroristas não são pessoas que sofreram uma marginalização social e, por isso, revoltadas, aderiram ao terrorismo como

forma de driblar uma realidade que os oprimiu e deixou sequelas irreparáveis. Ao contrário, terroristas são, no mais das vezes, pessoas instruídas e que possuem conhecimento das mais variadas ciências, tendo passado a maior parte da vida em ambientes economicamente estáveis.

Somente a título de exemplo, vale lembrar que Osama bin Laden, fundador e líder da organização terrorista Al Qaeda era filho de Muhammed bin Laden, investidor das áreas petrolífera e de construção civil que se tornou o patriarca da família mais rica da Arábia Saudita, à exceção da própria família real. Quando jovem, Osama bin Laden tinha os apelidos de “príncipe” e “emir”, que ilustravam sua posição social no mundo árabe.

De acordo com o acima exposto, pode-se concluir que grande parte dos terroristas, além de possuir nível de escolaridade adequado, possui também qualificação técnica, o que é bastante útil para as empreitadas terroristas. Veja-se: o quadro delineado até o presente momento permite concluir que as organizações terroristas não querem qualquer pessoa, mas sim indivíduos qualificados que possam ser de utilidade para suas ações.

Por fim, terroristas não são pessoas que possuem problemas mentais e tampouco que apresentem um quadro de depressão, que os motive a cometer barbáries por se vislumbrarem diante de uma aflição interior demasiadamente grande.

Da mesma forma que aqueles que cometem crimes de gravidade extrema não pode, simplesmente por isso, serem considerados insanos, também a prática de um ato terrorista de violência ímpar não autoriza, *de per si*, que aqueles que o cometem sejam tidos como mentalmente instáveis e, por isso, inimputáveis.

Por isso, as melhores sínteses do pensamento terrorista parecem ser aquelas cunhadas por André Luís Woloszyn (2006, p. 131), que primeiro fala numa abordagem sociológica:

Os grupos terroristas são classificados como movimentos anti-sociais e reúnem características típicas de grupos violentos, com ações sustentadas por ideologias que servem como catecismo básico para sua imagem. Neste sentido, o agente possui uma identidade definida como grupo, objetivos comuns e um inimigo precioso contra quem combater.

E arremata com uma análise psicológica (2006, p. 131):

São indivíduos com características psicopáticas, possuem um perfil psicológico que facilita a instauração de determinadas crenças, com ideias distorcidas da realidade, onde se oferece, uma compreensão mecanicista simples e imatura dos conflitos e contradições da sociedade a que pertencem. Outra característica apontada é a de que convivem com a violência diariamente, algumas vezes desde a infância, o que acaba reduzindo a capacidade afetiva, aumentando a insensibilidade perante a vida.

Assim, pode-se concluir que o terrorista é um antissocial, e ainda que não seja comum que psicopatas ajam em grupo, os terroristas guardam traços de uma personalidade dotada de psicopatia em razão da ausência de culpa pelas ações nefastas que perpetram.

Terroristas, desta forma, são criminosos de periculosidade extremamente elevada, pois não relutam em se unir a determinadas agremiações no intuito de cometer atos de latente ilicitude, sob pretextos variados que, em comum, possuem a característica da completa ausência de consideração e mínimo respeito para com os integrantes do meio social.

A letalidade das ações terroristas são lugar comum nos meios de comunicação e até mesmo o mais leigo dos seres humanos em assuntos de natureza jurídica chega a estremecer ao som do vocábulo “terrorismo”. Essa marca registrada denota que os terroristas são mesmo pessoas antissociais, pois agredem a sociedade em distintos graus no momento em que levam a efeito seus intentos.

Tal perfil dos terroristas, pessoas especialmente moldadas para a prática de agressões dos mais variados matizes, torna extremamente difícil que as finalidades da pena sejam alcançadas quando se fala em punição de autores de atos terroristas, motivo pelo qual o maior rigor da punição e da persecução penal se torna imperioso.

Como ficou pacificado acima, a análise dos atentados terroristas mostra que seus autores, longe de serem pessoas desprovidas de educação, de laços afetivos sólidos ou de condições mínimas de subsistência quando do ingresso na vida terrorista, são pessoas que ao longo de toda a sua jornada tiveram assistência muito superior àquela de que usufrui a maioria dos integrantes do meio social de que provém.

Não existem, pois, justificativas para o terrorismo. E, além de todos os elementos que integram seu conceito, e que acenam para a natureza repugnante das ações terroristas, pode-se constatar que ele não é obra de pessoas desesperadas, mas sim de mentes engenhosas, que poderiam ter colocado sua perspicácia a serviço de suas sociedades, mas que, por desvios irreparáveis de personalidade e de conduta, optaram por propagar o terror.

O cenário, pois, é estarrecedor, cruel e pouca margem deixa para que ações preventivas possam ser tomadas, já que o perfil dos terroristas faz com que não exista regularidade ou previsibilidade na exteriorização de sua personalidade.

Não há avisos prévios emitidos por uma mente terrorista e disto se conclui, como tantas vezes afirmado ao longo do presente trabalho, que o terrorismo é mesmo excepcional e drástico, motivo pelo qual somente pode reclamar respostas excepcionais e drásticas por parte dos poderes constituídos.

4.5 Terrorismo e Crime Organizado

Para que uma comparação e eventual diferenciação entre crime organizado e terrorismo possa ser feita, é mister a compreensão do que venha a ser crime organizado, sendo esse o ponto de partida em tal assunto.

Guaracy Mingardi (1998, pp. 82-83), nesse contexto, define o terrorismo da seguinte forma:

Grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território.

Marcelo Batlouni Mendroni (2007, p. 05), de seu turno, conceitua a delinquência organizada como sendo aquela que:

[...] infiltra-se sorrateiramente no subterrâneo estatal ou, revestindo-se de sereia fora d'água, que esconde a cauda de escorpião e golpeia violentamente a inocência popular, ou, travestida de 'colarinhos brancos', apresenta-se como idônea, quando carrega no seu interior inigualável tumor maligno.

Por fim, Camila Sartorelli Balotari (2013, p. 20), discorrendo acerca das características das organizações criminosas, assinala que elas:

Possuem regras próprias, fazem uso de violência para intimidar tanto a população quanto seus membros, e ainda, mesclam atividade lícitas com ilícitas, como por exemplo, venda de drogas num bar ou outro lugar qualquer. Estas são as característica e formas de atuação mais comuns encontradas nas Organizações Criminosas

Analisando tais conceitos, pode-se concluir que o terrorismo e o crime organizado parecem bastante semelhantes, quase idênticos. Tanto as organizações criminosas quanto as organizações terroristas, de fato, possuem uma estrutura hierarquizada que motiva o cometimento de crimes e tais delitos são a razão de ser da agremiação.

Tanto uma quanto outra desenvolvem códigos próprios de conduta que inspiram seus membros e ensejam punições gravíssimas quando do desrespeito a elas. Não é a toa, de fato, que o último conceito mencionado evidencia a prática de atos de violência para a intimidação tanto da sociedade quanto dos membros da entidade ilícita.

Os grupos terroristas, assim como as organizações criminosas, se valem de meticulosos e elaborados métodos de planejamento, que variam conforme o objetivo a ser perseguido e se igualam no que concerne à sofisticação de que se imbuem para a realização do ilícito.

E as organizações terroristas, da mesma forma que as organizações criminosas, podem se valer tanto de atividades ilícitas quanto lícitas para obterem o capital necessário para seu funcionamento. Há notícias fartas na mídia de que as organizações terroristas sediadas no Oriente Médio, por exemplo, conseguem o dinheiro necessário para a prática de suas ações da exploração petrolífera, o que é uma atividade lícita. Isso permite concluir ainda que os braços e a atuação destes grupos se espriem pelas mais distintas searas da vida econômica e social.

Diferenças sutis, contudo, podem ser percebidas: as ações de uma organização criminosa são, ao máximo possível, sorrateiras, silenciosas e insidiosas. Não é conveniente para o crime organizado que as autoridades ou mesmo parcela do público que não lhes é conveniente tomem ciência de suas ações ou mesmo de sua existência, pois isso prejudica sua existência e a concretização de seus objetivos.

Já as ações terroristas são sempre públicas, ostensivas e visam alcançar o máximo possível de expectadores, pois o intento principal do terrorismo é gerar medo no maior número possível de pessoas. Portanto, chegam a se valer da mídia e dos modernos meios de comunicação para propagar as ondas do terror que provocam no local dos fatos terroristas.

Em outras palavras, pode-se dizer que enquanto o crime organizado almeja passar despercebido, o terrorismo quer ser o mais visível possível, uma presença constante no cotidiano coletivo.

Além disso, as organizações criminosas são marcadas pelo fenômeno do clientelismo. Camila Sartorelli Balotari (2013, p. 37) explica no que consiste o clientelismo da seguinte forma:

As Organizações Criminosas mantêm uma relação de clientelismo tanto com o próprio governo quanto com as comunidades locais. Aos moradores oferecem melhores condições de vida, fornecendo o que o governo não proporciona e em troca recebem o apoio como forma de reconhecimento. Para o governo fornecem recursos ligados à própria política de votos tendo como retorno maior facilidade na execução das ações delitivas e impunidade garantida.

Assim, no intuito de se manterem operantes, as organizações criminosas estabelecem laços tanto para com determinados setores da população civil quanto para com o governo. Para os primeiros, elas promovem o suprimento das áreas em que o poder público se mostra omissa e ausente, ao passo que para o segundo fornecem verbas ilícitas que auxiliam na manutenção do jogo de poder político.

As organizações criminosas, assim, se tornam fornecedores da sociedade e do governo, que passam a manter certa dependência delas, motivo pelo qual se tornam “clientes” dos criminosos.

A lógica das organizações terroristas, de outra banda, é totalmente diversa. O intuito não é estabelecer laços com quem quer seja,

mas sim intimidar por meio do terror, causar temor de novas ações e, com isso, conseguir o alcance de uma finalidade.

As entidades terroristas não almejam colaboração popular e, quando os atos de terror não partem do governo, no mais das vezes o intuito é combater esse mesmo governo, motivo pelo qual elas não buscam aliados e não sentem a necessidade de agir como as organizações criminosas no estabelecimento do clientelismo.

Na visão de alguns doutrinadores, a distinção entre uma organização criminosa e uma organização terrorista consiste na natureza política dos atos terroristas. Tal aspecto foi abordado no item 3.1.2.2 do presente trabalho e, conforme ficou ali explicado, há doutrinadores que partilham do entendimento de que a existência de uma finalidade política para o terrorismo é o que o diferenciaria da criminalidade organizada comum, cujo objetivo é apenas o enriquecimento pela via criminosa.

Não é, com respeito e como também já foi salientado, o que parece mais correto, dadas as implicações práticas que a adoção de tal critério diferenciador pode acarretar. Mais correto do que dizer que a distinção máxima consiste na finalidade política do terrorismo é afirmar que tal diferenciação reside no objetivo de uma e de outra.

Dessa forma, não se vincula o terrorismo a nenhuma finalidade específica e se consegue explorar de maneira mais ampla esta diferenciação tão importante. É possível, também, colocar a questão de outra forma: ao invés de dizer que a distinção entre terrorismo e crime organizado consiste na finalidade política dos atos terroristas, pode-se dizer que ela está precisamente na intenção de obter lucro, detida pelas organizações criminosas.

É assim, aliás, que leciona José Paulo Baltazar Junior (2010, pp. 120-121), que, com muita propriedade, afirma que:

Também quanto aos grupos terroristas deve ficar clara a distinção em relação às organizações criminosas em sentido estrito, calcada, em primeiro lugar, na diferença de objetivos, já que os grupos terroristas não tem como fim último o lucro, mas a tomada do poder político, com o pretexto de uma ideologia política, religiosa ou étnica. Os grupos criminosos organizados em sentido estrito, ao contrário, buscam, essencialmente, o lucro e não contam com um projeto de dominação política, valendo-se, eventualmente, da

corrupção, da cooptação ou da infiltração nos poderes públicos a fim de evitar a persecução penal, mas sem um objetivo de efetiva tomada do poder estatal.

Logo, enquanto o terrorismo pode ter diversos fins, o crime organizado possui sempre uma finalidade única e muito bem definida: o alcance de lucro. As organizações criminosas, com efeito, constroem verdadeiras empresas do crime, sempre com o objetivo de obter os maiores lucros financeiros possíveis.

Eis, com efeito, a maior diferenciação entre crime organizado e terrorismo: o objetivo mediato. Enquanto que no primeiro o lucro sempre é a principal mola propulsora das ações, no segundo a finalidade pode ser política, religiosa, ideológica, filosófica ou de qualquer outro viés, mas sem um interesse econômico visado.

4.6 Terrorismo no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte previu em seu artigo 5º, inciso LIII, que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Posteriormente, a Lei nº 8.072/90 complementou o dispositivo constitucional mencionado e em seu artigo 2º afirma que os crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança.

Além disso, estipulou ainda que o regime inicial de cumprimento de pena para os condenados por tais delito será o fechado, a progressão de regime se dará somente após uma maior fração de pena cumprida no regime inicial e aumentou o prazo de vigência da prisão temporária relativa a eles para trinta dias, prorrogáveis uma vez por igual período em casos de extrema e comprovada necessidade.

Tais disposições constitucionais e legais refletem o anseio do legislador em tratar com maior rigor a prática de atos terroristas em solo

brasileiro, mas elas nunca encontraram uma efetividade plena por um motivo bastante simples: não havia no Brasil, até 2016, definição legal de terrorismo.

Com efeito, nenhuma legislação genuinamente brasileira conceituou o terrorismo e tampouco previu tipos penais específicos que versassem a respeito do terrorismo até o advento da Lei nº 13.260/2016, o que abria margem para a doutrina discutir um conceito adequado com base nas premissas adotadas pelo legislador, o que praticamente inviabilizava a aplicação das normas citadas.

Tratava-se de um problema que não podia ser resolvido com a incidência, aos casos concretos, de conceitos de terrorismo oriundos de tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil fosse signatário, pois é jurisprudência sedimentada pelas cortes brasileiras que o princípio da legalidade que rege o Direito Penal implica na constatação de que referidos instrumentos são fonte imediata do Direito Penal Internacional, mas não podem ser utilizados como fonte imediata para o *jus puniendi* interno, justamente porque em tais situações o Poder Legislativo brasileiro não criou as normas, mas apenas as referendou.

Também não parecia correta a posição de certos setores doutrinários que vislumbravam na Lei nº 7.170/83 uma legislação antiterrorista. Referida norma é a chamada Lei de Segurança Nacional, que incrimina ações contrárias à ordem social e política e disciplina regras procedimentais para a punição de tais ocorrências.

O terrorismo somente é mencionado em tal legislação no seu artigo 20, que dispõe, *in verbis*:

Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

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

Portanto, o problema da correta definição ainda persistia, sem mencionar ainda que o dispositivo colacionado vincula o terrorismo a uma necessária finalidade política que, conforme já analisado no presente

trabalho, não é incito ao terrorismo e não pode servir como elemento diferenciador entre ele e o crime organizado em geral.

Sem mencionar o fato de que o texto legal transcrito em momento algum define o que vem a ser “ato de terrorismo”, o que poderia deixar o entendimento extremamente vulnerável diante do arbítrio dos mais variados profissionais jurídicos.

No intuito de corrigir tal omissão, o que é intolerável num ordenamento jurídico que se pretenda atualizado, foi apresentado o projeto de lei nº 101/2015 na Câmara dos Deputados, que pretendia regulamentar o inciso LIII do artigo 5º da Constituição Federal, estabelecer normas procedimentais para combater o terrorismo e reformular a definição de grupos terroristas. O artigo 2º de referido projeto dispunha, *ipsis literis*:

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

§ 1º São atos de terrorismo:

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

II - incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado;

III - interferir, sabotar ou danificar sistemas de informática ou bancos de dados;

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V – atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

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

Assim, a definição de terrorismo adotada pelo projeto de lei tinha os méritos de prever uma grande quantidade de finalidades que podem provocar as ações de organizações terroristas e não apenas o motivo político, como ocorre com a Lei nº 7.170/83. Previa ainda o objetivo de disseminar terror na população, o que, realmente, é da própria essência do terrorismo.

Interessante também observar que a definição de terrorismo adotada pelo legislador permitia concluir que os crimes que estão a eles relacionados são crimes de perigo, ou seja, alcançam a consumação com a simples situação de risco que atinge o objeto material, não havendo necessidade de uma efetiva lesão ao bem jurídico para que se repute consumados.

O inciso III do parágrafo 1º era também notório por prever uma modalidade de terrorismo que vem se tornando cada vez mais atual em virtude dos avanços da tecnologia de informação: o ciberterrorismo. Tal medida é extremamente importante, pois cada vez mais os serviços essenciais à população são atrelados a sistemas de informações que, caso alcançados por atos terroristas, implicarão prejuízos de elevada monta para a coletividade.

Vale também ressaltar que os atos que constituem terrorismo, nos termos da definição exposta, podem ser praticados tanto por particulares quanto por agentes governamentais, o que é muito conveniente por abarcar tanto as formas de terrorismo praticadas contra o Estado quanto os atos terroristas levados a efeito pelo Estado e contra a população.

Mais precisamente no que concerne ao rol elencado no projeto de lei, é conveniente considerar que ele era meramente taxativo e não exemplificativo. Explica-se: o *caput* do artigo 2º trazia uma definição legal de terrorismo e é plenamente possível que um dado fato se amolde a ele sem estar necessariamente listado nos incisos I a V do parágrafo 1º. Tal circunstância, por certo, não pode obstar a punição da ação terrorista.

A pena cominada para os delitos era bastante elevada e adequada para as situações de terrorismo, mormente porque as sanções cominadas para a violência e a ameaça são cumuladas à sanção prevista para os atos de terrorismo. Isso sem falar nas causas de aumento de pena elencadas nos artigos 7º e 8º do projeto, que são bastante interessantes:

Art. 7º Salvo quando for elementar da prática de qualquer crime previsto nesta Lei, se de algum deles resultar lesão corporal grave, aumenta-se a pena de um terço; se resultar morte, aumenta-se a pena da metade.

Art. 8º Se da prática de qualquer crime previsto nesta Lei resultar dano ambiental, aumenta-se a pena de um terço.

O projeto de lei tinha o mérito de incriminar também a participação em organizações terroristas, da mesma forma que ocorre na Espanha, exemplo atual de legislação de combate ao terrorismo. Veja-se:

Art. 3º Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista:
Pena - reclusão, de cinco a oito anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre aquele que dá abrigo ou guarida a pessoa de quem saiba que tenha praticado ou esteja por praticar crime de terrorismo.

§ 2º Na hipótese do § 1º, não haverá pena se o agente for ascendente ou descendente em primeiro grau, cônjuge, companheiro estável ou irmão da pessoa abrigada ou recebida; essa escusa não alcança os partícipes que não ostentem idêntica condição.

Da mesma forma, havia a previsão de incriminação de atos que constituem apologia ao terrorismo, o que é bastante interessante por consistir num meio de combater a propaganda terrorista e, com isso, evitar que novos indivíduos se associem a agremiações que pretendem a propagação do terror:

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

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

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

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

O artigo 5º do referido projeto de lei trazia uma disposição bastante peculiar e que merece destaque:

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

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

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

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

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

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

Assim, os atos preparatórios para os delitos de terrorismo são punidos como infração penal autônoma, em exceção à regra geral do Direito Penal de que, em sede de *iter criminis*, a preparação não recebe punição e somente a partir do início da execução se vislumbra a possibilidade de incidência do *jus puniendi*.

Aparentemente, a intenção do legislador no dispositivo em comento foi a de adotar a teoria subjetiva da punição das tentativas delitivas, pois leva em consideração, essencialmente, a vontade nítida e inequívoca do autor do crime, a qual pode ser vislumbrada tanto na fase de preparação quanto na de execução.

Por fim, vale mencionar que o artigo 11 do projeto de lei *sub examine* disciplinava que os bens jurídicos afetados pelo terrorismo são de interesse da União e atribui à Polícia Federal o poder de investigá-los por meio de inquérito policial e à Justiça Federal o seu processo e julgamento.

A tramitação do projeto de lei foi bastante célere, diferentemente do que se costuma verificar no parlamento brasileiro. Assim, em Agosto de 2015 ocorreu sua aprovação pela Câmara dos Deputados e a remessa para o Senado Federal. A diligência, contudo, tem explicação, nas palavras de Mariana Haubert (2015, s.p.):

O projeto foi encaminhado pelo Executivo, que tem pressionado o Congresso pela aprovação do projeto por estar sujeito a sanções de órgãos internacionais como o GAFI (Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo). Por isso, a proposta tramita com urgência constitucional, o que significa que ela tranca a pauta de votações da Casa. O GAFI exige que o Brasil adote leis com punições específicas para o financiamento do terrorismo. Desde 2010, o Brasil se comprometeu a construir uma legislação neste sentido e, recentemente, o grupo começou a pressionar o país. No início do ano, os ministros da Fazenda, Joaquim Levy, e da Justiça, José Eduardo Cardozo,

assinaram uma carta em que o país se comprometia a definir a punição para o financiamento do crime até o fim do ano (...). Se o país não cumprir, pode entrar em uma espécie de lista negra do órgão, o que significa um alerta para outros países de que o Brasil não é um bom lugar para se investir.

Portanto, a elaboração do projeto de lei em comento resulta de ajustes internacionais que implicarão sanções ao Brasil caso ocorra o seu descumprimento.

A casa revisora, por sua vez, em votação realizada em 27 de Outubro, aprovou com modificações o texto do projeto, motivo pelo qual atualmente ele aguarda retorno à casa iniciadora, que irá deliberar sobre a manutenção ou não das alterações promovidas na casa revisora.

O Senado Federal, de fato, promoveu alterações no conceito de terrorismo estabelecido pela Câmara dos Deputados, como explica Fernanda Calgaro (2015, s.p.):

Os deputados tinham estabelecido que terrorismo é a prática cometida por uma ou mais pessoas de atos para intimidar ou coagir estado, organização internacional ou pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, com o objetivo de provocar terror, colocando em risco cidadãos, patrimônio ou a paz pública. Além disso, para ser tipificado como terrorismo, o ato precisa necessariamente ter sido motivado por xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião. O texto aprovado no Senado prevê que terrorismo é o ato contra a pessoa e exclui da definição os atos contra patrimônio. Além disso, foi substituída a expressão “terror generalizado” por “pânico generalizado”.

Segundo a mesma autora, a justificativa apontada pelo relator do projeto na casa revisora, Aloysio Nunes Ferreira, foi uma tentativa de favorecer a legalidade, pois a definição cunhada pela Câmara dos Deputados teria sido considerada demasiadamente aberta.

A grande polemica que surgiu quando da aprovação pelo Senado Federal, contudo, dizia respeito à supressão do parágrafo 2º do artigo 2º do projeto de lei, responsável por afastar da incidência da norma a conduta individual ou coletiva de pessoas em meio a manifestações de diversas ordens e finalidades, sem prejuízo da punição específica.

O argumento que a mídia como um todo suscitou para criticar a medida consiste em apontar que a medida do Senado Federal teria por

objetivo obstar os protestos populares contrários ao governo, mas, *data máxima venia*, não parece ser esse o caso.

O inciso XVII do artigo 5º da Lei Maior estabelece o direito de livre associação para fins lícitos, ao passo que os incisos IV e IX do mesmo dispositivo tutelam a manifestação do pensamento e a liberdade de expressão, em disposições que, por óbvio, não se satisfazem apenas com a permissão da publicação de escritos.

Assim, o projeto de lei que versa sobre o terrorismo jamais poderia externar a pretensão de coibir manifestações populares ou reuniões de cunho religioso, pois isso implicaria na sua flagrante inconstitucionalidade. E não seria uma simples supressão de um dos parágrafos que integra o projeto que promoveria a perda do direito que todo cidadão tem de manifestar postulando melhorias das ações do governo e criticando as posições tomadas caso não concorde com elas.

Portanto, as críticas que se levantaram contra a modificação do texto nos moldes do que se verificou no Senado Federal pareceram um tanto quanto precipitadas. Ela não significou uma proibição de manifestações, mas sim que os atos terroristas eventualmente praticados em tais manifestações poderão ser punidos como tal e não apenas com base nas disposições legais já existentes, no intuito de coibir não as exteriorizações de ideologia, mas sim os atos que, a pretexto de fazê-lo, resvalem para uma onda de violência injustificada que acabe propagando insegurança coletiva.

Manifestações públicas não são locais para o cometimento de ilícitos, pois isso retira delas toda a sua legitimidade. E quando os desvios surgem, é vital que sejam punidos de maneira exemplar e severa.

Com efeito, uma repressão adequada ao terrorismo impede que ele possa se ocultar sob o manto da liberdade de expressão, de pensamento e de manifestação. De outra banda, certo é que a intenção do legislador, inicialmente, não foi permitir que os protestos e reuniões públicas se tornassem palco de todo e qualquer ato que pudesse representar uma violação da lei e lesão a bem jurídico penalmente relevante.

De fato, o parágrafo 2º do artigo 2º do projeto de lei, suprimido pelo Senado, fazia expressamente ressalva ao fato de que, embora não incidisse sobre os atos de manifestação popular as disposições acerca do

terrorismo, as punições para eventuais crimes ali cometidos se daria nos termos da legislação vigente.

No início de 2016, o mencionado projeto de lei foi aprovado e encaminhado à sanção presidencial. Uma vez sancionado, resultou na atual Lei nº 13.260/2016, que prevê o tratamento penal do terrorismo no Brasil.

A grande maioria dos dispositivos acima comentados foi mantida e transformou-se na redação da atual lei. Todavia, há que se ressaltar que alguns dos dispositivos que ganharam destaque acima foram alvo de vetos jurídicos da Presidência da República.

Isso ocorreu com os incisos II e III do parágrafo 1º do artigo 2º da lei, que traziam exemplos de atos terroristas. O inciso II, como transcrito, disciplinava serem atos de terrorismo incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado, ao passo que o inciso III trazia as condutas de interferir, sabotar ou danificar sistemas de informática ou bancos de dados.

Portanto, acabou não se verificando o louvado e necessário avanço da punição específica do ciberterrorismo.

Outros importantes dispositivos vetados foram os parágrafos 2º e 3º do artigo 3º da lei. Neles, também como já mencionado, estavam elencadas figuras equiparadas de atos de contribuição ou favorecimento a organizações terroristas. O parágrafo 2º dizia incidir a mesma pena do *caput* àquele que dá abrigo ou guarida a pessoa de quem saiba que tenha praticado ou esteja por praticar crime de terrorismo. Já o parágrafo 3º dizia que na hipótese do parágrafo 1º, não haveria pena se o agente for ascendente ou descendente em primeiro grau, cônjuge, companheiro estável ou irmão da pessoa abrigada ou recebida; essa escusa não alcança os partícipes que não ostentem idêntica condição.

Além disso, o artigo 4º da lei também foi vetado. Referido dispositivo incriminava a conduta de fazer, publicamente, apologia de fato tipificado como crime nesta lei ou de seu autor. Seu parágrafo 1º afirmava que nas mesmas penas incorre quem incitar a prática de fato tipificado como crime nesta lei, ao passo que o parágrafo 2º disciplinava que aumenta-se a pena de um sexto a dois terços se o crime é praticado pela rede mundial de computadores ou por qualquer meio de comunicação social. Mais uma vez se

percebe, portanto, a nefasta negligência do legislador em lidar com o ciberterrorismo.

O veto presidencial também recaiu sobre o artigo 8º da legislação, responsável por dizer que se da prática de qualquer crime previsto nesta Lei resultar dano ambiental, aumenta-se a pena de um terço. Tal medida também não pareceu adequada, diante do clamor exigido pela Constituição Federal para a tutela máxima do meio ambiente, direito fundamental de terceira dimensão que possui abrangência intergeracional.

Assim, com a explanação sobre o cenário do terrorismo no ordenamento jurídico do Brasil, encerram-se as análises acerca do terrorismo.

5 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O COMBATE AO TERRORISMO

Após as análises da evolução do Direito Penal, das crises pelas quais passa a sociedade contemporânea, do direito penal do inimigo e do terrorismo, é imperioso que se encontre respostas para a seguinte questão: pode o direito penal do inimigo ser utilizado para combater os atos de organizações terroristas?

A resposta a tal indagação, por certo, requer uma digressão acerca dos deveres de segurança do Estado e da necessidade de que ele construa um aparato suficientemente capaz de tutelar bens jurídicos fundamentais de maneira efetiva, o que não é tarefa fácil no mundo contemporâneo.

Tudo o que foi exposto até o presente momento dá a entender que o direito penal do inimigo é uma tendência a ser verificada nos ordenamentos jurídicos dos países desenvolvidos, ao passo que o terrorismo é uma realidade inconteste, sendo que a possibilidade de que ambos possam ser colocados frente a frente, em lados opostos, funcionando aquele como método de combate a este, é o que doravante se passará a analisar.

5.1 Segurança: Dever do Estado e Direito Fundamental dos Cidadãos

Remontando às tarefas e objetivos primordiais que ensejaram o surgimento dos Estados e de um poder soberano, a Lei Geral dos Estados Prussianos (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*), de 1794, trazia a seguinte disposição em seu § 2º, II, 13:

Die vorzügliche Pflicht des Oberhaupts im Staate ist, sowohl die äußere als innere Ruhe und Sicherheit zu erhalten, und einen jeden bey dem Seinigen gegen Gewalt und Störungen zu schützen²⁰.

Bastante interessante perceber a posição dos alemães nesta legislação fundamental cunhada em período eminentemente iluminista,

²⁰ O dever primordial do soberano estatal é garantir a tranquilidade e a segurança, tanto internas quanto externas, e proteger a cada um e seus familiares contra a violência e as perturbações.

mormente a consideração da promoção da segurança interna e externa a principal atividade que deveria chamar a atenção do Estado.

Trata-se de uma posição bastante correta e que até os dias atuais perdura na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos do mundo, inclusive o brasileiro, pois a segurança é tratada como direito fundamental no próprio *caput* do artigo 5º da Lei Maior de 1988, figurando ela ao lado da vida, da liberdade, da igualdade e da propriedade.

A posição de destaque que a segurança ocupa na seara dos direitos fundamentais advém da constatação de que sem ela não é possível que a vida humana digna se desenvolva de maneira plena, como é intenção do legislador constituinte e finalidade do Estado de Direito.

Com efeito, se não existir segurança, o cidadão não poderá usufruir de nenhum dos demais direitos fundamentais de que é titular, pois as turbações que os acometerão e ingerências que neles se manifestarão se tornarão frequentes a ponto de suprimir qualquer possibilidade de exercício efetivo do rol de direitos e garantias que a Constituição prevê.

Por tal razão é que quando se fala na existência de um direito à segurança, se está falando tanto em segurança jurídica quanto em segurança de bens jurídicos, ou seja, uma proteção voltada à tutela das disposições normativas e que também possa ser sentida na prática pelas pessoas, que devem ter a garantia de não precisarem conviver com atos agressivos de terceiros particulares e do próprio Estado.

O dever que tem o Estado de promover a segurança de seus cidadãos é um dos motivos pelos quais sua existência se legitima, datando tal constatação ainda da época das monarquias absolutas, como explica Thomas Hobbes (2006, p. 57):

Primeiramente, para que ocorra a paz, é necessário a proteção de cada indivíduo contra a violência dos outros, que possa viver seguramente, ou seja, que não exista para ele nenhuma causa justa para temer os outros, contanto que não lhes cometa nenhuma injúria. Porém, é impossível proporcionar aos homens, verdadeiramente, tão completa segurança contra os danos mútuos, de forma que não haja risco de serem feridos ou mortos de maneira injuriosa; e isto, portanto, não é uma questão de deliberação. Pode-se, porém, haver o cuidado de que não haja nenhuma causa de medo. A segurança é o fim através do qual nos submetemos uns aos outros, e por isso, supõe-se que ninguém esteja submetido a

nada na falta dela, nem que tenha renunciado ao seu direito sobre tudo, antes que se tenha o cuidado da segurança do indivíduo.

Logo, a segurança é uma medida tão necessária que sem ela impera a anarquia. A promoção da segurança é, na visão de Hobbes, o que garantiria a submissão das pessoas ao poder estatal, motivo pelo qual um Estado que falha na promoção da segurança é um Estado fadado ao fracasso.

O filósofo liberal John Locke (2002, p. 69) partilha do entendimento, a partir de quando afirma o seguinte:

Se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súdito de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder? A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. Todos são tão reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita estritamente, nem a igualdade nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro. Isso faz com que ele deseje abandonar esta condição, que, embora livre, está repleta de medos e perigos contínuos; e não é sem razão que ele solicita e deseja se unir em sociedade com outros, que já estão reunidos ou que planeja se unir, visando a salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens, o que designo pelo nome geral de propriedade.

Assim, na ausência de um poder constituído ao qual todos estão sujeitos, muito embora as pessoas possam ser senhores de seus direitos e agir por si mesmas, a fruição dos direitos de que se é titular é muito precária em virtude das injunções provocadas pelos demais. O motivo pelo qual as pessoas se sujeitariam ao poder do Estado, para Locke, é a garantia prestada pelo Estado de que haverá segurança para a fruição dos direitos.

E muito embora se saiba que é impossível ao Estado minar absolutamente todo e qualquer atentado à segurança de seus cidadãos, certo é que ele tem o poder de reprimir tais ocorrências, com o rigor necessário a demonstrar aos potenciais agressores que não vale a pena praticá-las.

Isso, mesmo porque a partir do momento em que o Estado assume para si o dever de exercer tutela, os cidadãos perdem o poder de fazê-lo. Eis uma justificativa para a existência do dever estatal de segurança trazida por José Paulo Baltazar Junior (2010, pp. 190-191):

O dever estatal de segurança e o conseqüente direito do cidadão a ela surgem como contrapartida ao monopólio do uso da força por parte do Estado e da proibição de autotutela. De considerar ainda, que, frequentemente, o cidadão individualmente ou a coletividade não teriam condições de defender-se por si só, em casos como da inferioridade física ou numérica ou mesmo da falta de informações em relação a produtos ou instalações perigosas, tudo a se resumir na colocação do cidadão em uma situação de necessidade da proteção estatal.

Assim, a existência de um dever estatal de promoção da segurança é corolário da própria isonomia que existe nas democracias, pois se a concretização da tutela fosse deixada inteiramente nas mãos dos particulares, não haveria sequer resquícios de justiça, pois a desigualdade material existente entre as pessoas implicaria na total impossibilidade de que os hipossuficientes pudessem fazer frente aos poderosos.

Agora, é importante perceber ainda que a partir do momento em que o Estado chama para si o dever de promover segurança jurídica e dos bens jurídicos, cria nos cidadãos – com absoluta razão – a legítima expectativa de que eles serão protegidos, chegando a omissão do Estado nesse sentido a constituir uma violação frontal do princípio da confiança.

Vale mencionar ainda que nos termos do que dispõe o artigo 144 da Constituição Federal, os cidadãos em geral também possuem parcela do dever de promoção da segurança, sendo certo que ainda que o legislador constituinte não o tivesse dito de maneira expressa, tal obrigação coletiva decorreria automaticamente da necessidade de coexistência harmônica das liberdades e interesses de toda a sociedade.

Não é só: também o princípio democrático que rege o Estado brasileiro, o objetivo de manutenção perene da paz e a imperatividade que o Direito exerce, imposto a todos que o respeitem e se curvem diante dele, são suficientes para, juntamente com o dever estatal de promoção da segurança, induzir um ambiente de reciprocidade na confiança das relações interpessoais.

Insta ter em mente ainda que o direito à segurança, como já mencionado, é fundamental, mas não decorre somente do artigo 5º da Constituição. Ele pode ser extraído ainda do artigo 22, I, que fala da competência da União para exercer polícia marítima, de fronteiras e

aeroportuária e também para legislar em matérias penais e processuais penais.

Os artigos 24, I (que estipula competência concorrente para legislar acerca de direito penitenciário) e XVI (determina competência concorrente para legislar sobre a organização das forças policiais civis) também são expoentes do direito fundamental à segurança. Finalmente, o artigo 34, III, da Lei Maior, define como hipótese autorizadora de intervenção federal a ação que tem por objetivo por termo a graves comprometimentos da ordem pública.

A moderna discussão do direito à segurança pauta-se na premissa de que a liberdade não é mais uma prerrogativa que deve prevalecer apenas e tão somente frente ao Estado, justamente porque o entendimento contemporâneo acerca dos direitos fundamentais diz que as agressões a eles podem provir tanto do próprio Estado quanto de centros privados de atuação.

Assim, tendo tal premissa aliada à constatação pacífica de que nenhum direito fundamental é absoluto, não há qualquer contradição em afirmar que o Estado tem o dever de promover a segurança coletiva mesmo com a limitação da liberdade caso seja necessário, o que ocorre com frequência cada vez maior.

Do exposto, se conclui que tanto a sociedade como o Estado – primordialmente, por ter o monopólio do uso da força – possuem o dever de promover a segurança, que é direito fundamental consagrado desde o início do moderno constitucionalismo, sendo certo que, ostentando a segurança o papel de maior garantidora da fruição dos demais direitos, o Estado deve adotar medidas efetivas para garantir ao máximo possível uma estabilidade de relações para o desenvolvimento da personalidade humana.

5.2 A Proibição de Infraproteção

Em meados da década de 1970, a doutrina alemã deu início a uma série de debates e estudos acerca dos princípios em matéria de Direito, sendo que das digressões efetuadas surgiu a moderna teoria dos princípios adotada entre os juristas contemporâneos.

Atualmente, é correto afirmar que os princípios são entendidos como normas, figurando ao lado das regras e dos postulados normativos, ao mesmo tempo em que se distinguem deles no que concerne aos métodos através dos quais são efetivados ou atendidos.

Tal inovação foi bastante importante porque permitiu que as decisões judiciais e administrativas passassem a ser fundamentadas diretamente em princípios, que deixaram de ser vistos e entendidos somente como complementos de regras e como cartas de boas intenções. A força normativa dos princípios fez com que eles passassem de coadjuvantes a atores principais do cenário jurídico e do neoconstitucionalismo.

Um dos princípios que mereceu maior destaque em tais proposições foi o princípio da proporcionalidade. Previsto na maioria das Constituições atuais, esta importante norma é resultado de uma evolução de séculos da concepção das atuações dos Estados no exercício de suas prerrogativas e funções típicas.

O princípio da proporcionalidade encontra assento implícito da atual Lei Maior brasileira, mormente quando ela fala na proibição de determinadas reprimendas (artigo 5º, XLVII), na necessidade de individualização das penas (artigo 5º, XLVI) e na exigência de maior rigor para determinadas situações (artigo 5º, XXLII, XLIII e XLIV) e moderação para os casos que tenham menor gravidade.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 181) ensinam que acerca da norma Ra em análise o seguinte:

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 267), por sua vez, afirma que “através da regra da razoabilidade, o juiz tentava (e tenta) avaliar

caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta a situação de facto e a regra do precedente”.

É semelhante o entendimento de Paulo Bonavides (2000, p. 357), que, com supedâneo nas lições de Pierre Müller, esclarece:

Em sentido amplo (...) o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins.

De seu turno, Suzana de Toledo Barros (2000, p. 29), sob notória influencia de Canotilho, vislumbra em matéria de princípio da proporcionalidade as proposições que seguem:

O princípio considerado significa, no âmbito das leis interventivas na esfera de liberdades dos cidadãos, que qualquer limitação a direitos feita pela lei deve ser apropriada, exigível e na justa medida, atributos que permitem identificar o conteúdo jurídico do cânone da proporcionalidade em sentido amplo: exigência de *adequação* da medida restritiva de ao fim ditado pela própria lei; *necessidade* de restrição para garantir a efetividade do direito e a *proporcionalidade em sentido estrito*, pela qual se pondera a relação entre a carga da restrição e o resultado.

Finalmente, necessário trazer o entendimento esclarecedor de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, pp. 120-121):

O princípio da proporcionalidade é aquele que orienta o intérprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico. Objetiva a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos, indicando que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários possíveis significados da norma (...). O princípio da proporcionalidade impõe a aplicação razoável da norma, adequando-se, como dito, os meios aos fins perseguidos.

A lição que pode ser extraída de todas as citadas doutrinas é bastante simples: o princípio da proporcionalidade deve ser entendido como uma norma responsável por levar a todos aqueles que trabalham com o Direito a obrigação de construir e aplicar as disposições legais nos termos da equidade, de maneira razoável e suficiente.

Consequentemente, situações de pequena gravidade deverão ser alvo de respostas brandas do Estado, ao passo que ocorrências de elevada gravidade deverão receber ações contumazes e rígidas do Poder Público no sentido de promover uma punição exemplar que se consubstancie em desestímulo para futuras práticas semelhantes.

Leandro Santos Chaves (2012, p. 190), faz a seguinte afirmação acerca do princípio da proporcionalidade:

Basicamente, toda ação do Estado possui um objetivo; o princípio da proporcionalidade impõe ao poder público a análise dos métodos que serão utilizados para que o fim almejado seja atingido. Uma determinada lei sempre deve ser aplicada tendo em mente dois postulados básicos: ela não pode causar excessivo prejuízo aos direitos fundamentais do cidadão e sua segurança jurídica e também não pode privar o Estado de seu poder-dever de dizer o Direito nos casos concretos, sob pena de causar lesão aos direitos da coletividade e sua segurança pública. Deve haver certas limitações aos direitos das pessoas como consequência básica da vida em sociedade; não se pode fazer o que bem se entende; mas estas limitações deverão ser mínimas e, diante da absoluta necessidade, apenas o suficiente para que a autoridade estatal possa prevalecer sobre as violações dos mandamentos legalmente previstos nas legislações estatais.

Portanto, falar em proporcionalidade é falar na busca da justa medida. As ações do Estado dirigidas aos cidadãos devem ser sempre mensuradas de acordo com o rigor do ato que se pretende alcançar. Da mesma forma que situações de menor gravidade não podem ser objeto de punições extremamente rigorosas, fatos de exacerbada nocividade não podem contar com o beneplácito do Estado e deverão ser tratadas com elevado rigor.

Historicamente, contudo, tais preceitos foram cunhados como tentativa de limitar o poder arbitrário do Estado. Foi somente em períodos mais recentes que se percebeu que as ameaças aos direitos fundamentais podem provir tanto dos próprios detentores do poder quanto de centros privados de atuação.

E de tais constatações surgiu a configuração atual do princípio da proporcionalidade, integrado por dois subprincípios: a proibição de excesso e a proibição de infraproteção.

Tradicionalmente, a proibição de excesso corresponde à ideia inicial do princípio da proporcionalidade. Contrária ao Estado, afirma que a intervenção deste deve sempre se limitar ao mínimo necessário para o alcance de uma finalidade que deve ser razoável e equânime, desprovida de quaisquer excessos punitivos e totalmente livre de arbítrios.

Humberto Bergmann Ávila (2011, p. 157) leciona sobre a proibição de excesso da seguinte forma:

A promoção das finalidades constitucionais postas possui (...) um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso. Muitas vezes denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, o postulado da proibição de excesso proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental.

Fica claro, assim, que a proibição de excesso é um argumento ou arma a ser utilizado pelos cidadãos no intuito de conter a atuação do Estado, o que consiste o próprio germe da expressão “garantismo negativo”, posto que se trate de um prisma da proporcionalidade que tem por escopo a limitação do Estado e não seu estímulo.

Um exemplo bastante comum em que se verifica uma exteriorização dos ideais que constituem a proibição de excesso pode ser encontrado no princípio da insignificância ou da bagatela, responsável por dizer que não há tipicidade material dos fatos que não contenham lesividade suficiente para agredir significativamente o bem jurídico penalmente tutelado, mesmo que, sob um ponto de vista meramente formal, a conduta se amolde a um tipo penal incriminador.

De outra banda, a proibição de infraproteção proíbe o Estado de deixar bens jurídicos desguarnecidos, impondo a ele o dever de ação. A proibição de infraproteção, assim, representa um garantismo positivo, que clama a atuação do Estado.

Chamada também de proibição de insuficiência e proibição de proteção deficiente, a proibição de infraproteção consiste numa máxima de inestimável valor para a discussão versada no presente trabalho. De fato, a partir do momento em que ela impele a atuação do Estado e firma o entendimento de que ele deve agir a todo custo para que direitos

fundamentais não sejam violados, ela acata a incontestável noção de que as ofensas a direitos não são monopólio estatal e precisam de repressão firme como forma de viabilizar o convívio social.

A proibição de proteção deficiente, assim, representa a renovação de um dogma cunhado ainda nos tempos do iluminismo e sua adaptação às demandas surgidas ao longo do século XX. Por isso, não é correto dizer que ela superou a ideia da proibição de excesso, pois ambas são faces de uma mesma moeda, que é o princípio da proporcionalidade.

José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 49), acerca da proibição de infraproteção, faz os seguintes comentários:

Na sociedade contemporânea, porém, as fontes de perigo e agressão aos direitos fundamentais não provém exclusivamente do Estado, mas também de outros centros de poder, privados, em relação aos quais não dá resposta adequada a visão tradicional dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Sendo assim, os direitos fundamentais passaram a desempenhar, ao lado de suas funções tradicionais, também uma função de defesas contra ameaças e agressões aos direitos fundamentais com origem em outros centros de poder, não estatais.

Ingo Wolfgang Sarlet, de seu turno, (2005, p. 107) ressalta que:

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior *densificação*, *notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal*, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

Com indiscutível razão, não se poderia sustentar a noção única que impõe ao Estado um dever de abstenção. Certo é que tal medida prevalece, não sendo possível transformar as autoridades públicas em leviatãs descontrolados, mas a conjuntura atual da sociedade não se coaduna com uma visão meramente abstencionista do Estado, de quem se espera uma atuação efetiva na tutela de direitos fundamentais, como corolário do próprio dever de promoção da segurança que o abarca.

Com isso, conclui-se que atualmente existe uma norma de estatura constitucional e, mais do que isso, fundamental, impondo ao Estado

um dever de ação, de repressão e de combate aos centros de violação de bens jurídicos tutelados pelo ordenamento. A persecução penal, dessa forma, conta com um importante aparato na Lei Maior, que escuda as autoridades públicas na tomada de medidas efetivas para o combate à criminalidade.

Tais preceitos são complementados pela constatação, também oriunda da doutrina alemã, de que os direitos fundamentais possuem o que se denomina *objektivrechtliche Gehalt*, qual seja, um conteúdo jurídico-objetivo. Isso significa dizer que a partir do momento em que se atenta para o fato de que os princípios possuem força normativa e modificam a ordem jurídica na qual se inserem, é absolutamente necessário que sejam tomadas todas as medidas possíveis para sua satisfação.

Como acima mencionado, as discussões acerca da força normativa dos princípios e das duas vertentes da proporcionalidade são bastante recentes, sendo extremamente novos na doutrina nacional, tanto assim que considerável quantidade de expressões sequer possui tradução para o português, por terem sido cunhadas especificamente dentro da discussão da proibição de infraproteção.

O que é pacífico, todavia, é que todos aqueles que já se propuseram a dissertar acerca da vedação de infraproteção – dentre eles Konrad Hesse, Martin Borowski, Hans Jarass, Claus Dieter Classen, Johannes Dietlin, Claus Wilhelm Canaris, Hans-Uwe Erichsen, Klaus Stern, Ingo von Münch, Peter Unruh, Eckart Klein e Lothar Michael – é que o conteúdo jurídico-objetivo próprio dos direitos fundamentais origina um dever de proteção das garantias mais básicas e elementares dos cidadãos por parte do Estado, que não pode deixar de lado sua obrigação de conceder máxima efetividade aos direitos fundamentais, resguardando-os de todas as ameaças, pouco importa de onde venham.

Um aspecto interessante diz respeito ao fato de que quando o Estado não honra com seu dever de agir para coibir a criminalidade que lesa direitos fundamentais, o prejuízo que isso causa nos cidadãos é tão grande quanto aquele vislumbrado quando o próprio Estado adota condutas positivas de lesão. Tal aspecto foi frisado por Leandro Santos Chaves (2012, pp. 224-225):

A própria expressão “proibição de insuficiência” faz menção mais aos direitos dos jurisdicionados do que às obrigações estatais. Frise-se, neste ponto, que não há qualquer diferença entre uma intervenção estatal indevida nos direitos fundamentais de determinada pessoa e sua omissão no que diz respeito à tutela destes mesmos direitos quando de uma lesão a eles provocada por terceiros; ora, de todo modo não houve um prejuízo ao cidadão? As condutas do Estado, assim, são ambas negativas e conduzem ao prejuízo do jurisdicionado, o que não pode jamais ser verificado sob pena de contrariedade e atentado à ordem constitucional vigente, razão pela qual a proibição de excesso anda lado a lado com a proibição de infraproteção, colimando na correta aplicabilidade do princípio da proporcionalidade.

Em sendo assim, é importante perceber que a doutrina da proteção de insuficiência está fortemente galgada nos prejuízos que advém da omissão estatal, isto é, quando o Estado não age no sentido de promover segurança jurídica e de bens jurídicos para os cidadãos, que acabam por ter seus direitos fundamentais violados ou, igualmente nocivo, impossibilitados de ter um exercício significativo.

Eis a explicação de Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 132):

O Estado também (...) poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou chamar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).

No que concerne à obrigação de atendimento da proibição de insuficiência, basta se atentar para o fato de que, integrando ela o princípio da proporcionalidade e, sendo este uma norma jurídica dotada de imperatividade e cogência como todas as demais, tem o condão de embasar decisões judiciais e administrativas que tenham como finalidade dar impulso ao Estado para que ele honre o dever constitucional de assegurar os direitos fundamentais dos particulares.

Para que o Estado concretize o seu dever de proteção, a doutrina aponta como necessário, em primeiro lugar, a intervenção do Poder Legislativo. É o que leciona Peter Unruh (1996, p. 23) apud Baltazar Júnior (2010, pp. 61-62):

Há um amplo consenso sobre o fato de que o cumprimento dos deveres de proteção deve dar-se primordialmente por meio das leis respectivas. Isso decorre da base da teoria do triângulo jurídico-fundamental já dá ideia de que a proteção jurídico-fundamental de um sujeito de direito está ligada necessariamente com a restrição na posição jurídico-fundamental de no mínimo um outro sujeito de direito. Esse tipo de restrição em posições jurídico-fundamentais somente são permitidas de acordo com os padrões do Estado de Direito, quando elas puderem estar fundadas em uma lei.

Assim, inicialmente cumpre ao legislador estabelecer as medidas que deverão ser adotadas pelo Estado com vistas à efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Uma vez editadas as normas, entra em ação o Poder Executivo, a quem incumbe a concretização das disposições legais em virtude do fato de ter melhor acesso à determinadas situações que não dizem respeito aos demais poderes.

Finalmente, o Poder Judiciário atua na análise das ações verificadas e, se necessário, impondo medidas complementares de ação ou omissão para que os direitos fundamentais sejam respeitados e alcancem a máxima efetividade que deles se espera. Assim, somente de uma atuação cumulativa de todos os poderes é que se alcança uma efetiva concretização da proibição de insuficiência.

No Brasil, espera-se que o Supremo Tribunal Federal em breve se pronuncie acerca das minúcias da proibição de proteção deficiente, quando julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.301. Referida ação foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República no sentido de obter o reconhecimento da inconstitucionalidade da transformação do delito de estupro qualificado pela morte ou lesão corporal grave em crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido.

De acordo com a sistemática anterior à vigência da Lei nº 12.015/2009, os referidos crimes eram de ação penal pública incondicionada. Os argumentos do *Parquet* consistem na violação da dignidade da pessoa humana e da violação da proibição de insuficiência por parte da *novel* legislação, que ameaça deixar livre de responsabilidade penal os autores dos mencionados delitos nos casos em que a vítima não tenha parentes próximos que ofereçam a representação.

É bastante evidente, nesse caso, que o Estado infringiu os deveres de tutela dos direitos das vítimas de estupro ao editar uma lei que

amainou a ação do Estado contra os criminosos, promovendo intolerável insuficiência contrária aos preceitos constitucionais.

Como dito anteriormente, espera-se que o julgamento da ação perante o Pretório Excelso pacifique a posição que a proibição de insuficiência ocupa no Direito brasileiro e a partir de então seja possível desenvolvá-la cada vez mais.

5.3 O Inimigo e o Terrorista

Diante do que até aqui foi exposto, existe um dever do Estado e também da coletividade na promoção da segurança, que caminha lado a lado com a obrigação estatal de evitar que bens jurídicos penalmente tutelados sejam desguarnecidos. Tudo isso com previsão na própria Constituição Federal, ápice do ordenamento jurídico brasileiro.

Quando se analisa tais preceitos, em consonância com a constatação da crise por que passa a sociedade contemporânea, que foi analisada no primeiro capítulo do presente trabalho, aliada às particularidades do terrorismo expostas no precedente capítulo, é possível concluir que a sociedade não pode simplesmente fechar os olhos para o fenômeno terrorista e as exteriorizações deste mal merece resposta adequada.

É correto, dessa forma, afirma que existe legitimidade para lutar contra o terrorismo, da mesma forma que existe para o combate a todo e qualquer tipo de violência. Tal legitimidade foi reconhecida inclusive por autoridades religiosas, como o próprio Papa São João Paulo II (2001, s.p.):

O terrorismo nasce do ódio e gera isolamento, desconfiança e retraimento. A violência atrai violência, numa trágica espiral que arrasta também as novas gerações, herdando elas assim o ódio causador das divisões precedentes. O terrorismo baseia-se no desprezo da vida do homem. Precisamente por isso, dá origem não só a crimes intoleráveis, mas constitui em si, enquanto recorre ao terror como estratégia política e econômica, um verdadeiro crime contra a humanidade. Existe, portanto, um direito a defender-se do terrorismo.

Portanto, é pacífico que a sociedade como um todo, e principalmente o Estado, que é detentor do monopólio do uso da força e da

aplicação do Direito, tem a prerrogativa de se defender das ameaças terroristas. A grande questão é: como fazê-lo?

Respondendo a esta questão, o jurista argentino Eugenio Raul Zaffaroni (2006, p. 182) afirma o seguinte:

¿qué puede hacer el derecho penal com lós terroristas? La respuesta es bastante obvia: si éstos no hacen nada, el derecho penal nada puede hacer; si cometen delitos, corresponde individualizarlos, detenerlos, procesarlos, juzgarlos, condenarlos y acerles cumplir la pena. Eso es lo que puede hacer el derecho penal²¹.

A opinião de referido doutrinador, contudo, não parece ser a melhor. Zaffaroni propõe tratar o terrorismo da mesma forma como se trata a criminalidade comum, mas é bem verdade que o terrorismo não é uma criminalidade comum, razão pela qual não pode ser tratado de maneira corriqueira, isto é, com as mesmas armas das quais o Estado se vale para lidar com outros delitos.

Todas as ocorrências terroristas que foram exploradas no presente trabalho e as tantas outras que aqui não se poderia mencionar corroboram a afirmação. Por isso, responder ao terrorismo com os veículos comuns de persecução penal representaria intolerável violação do direito à segurança e também da proibição de infraproteção, imperativos que moldam e orientam a atuação estatal.

E deve ficar claro que o terrorismo não é uma forma comum de criminalidade porque o terrorista não é um criminoso comum. De fato, as peculiaridades e a nocividade que marcam o terrorismo evidenciam de maneira cabal que os terroristas são criminosos de periculosidade extremamente superior ao que comumente se verifica.

Oportunamente, quando o perfil psicológico dos terroristas foi acima analisado, ficou demonstrado que a psicologia, a psiquiatria, a antropologia e a sociologia concordam se tratar de criminosos especialmente

²¹ O que pode o Direito Penal fazer com os terroristas? A resposta é bastante óbvia: se eles não fizerem nada, o Direito Penal nada pode fazer; se cometem delitos, cabe individualizá-los, detê-los, processá-los, julgá-los, condená-los e fazer-lhes cumprir a pena. Eis o que pode fazer o direito penal.

moldados para a matança e que tem anulados em sua *psique* quaisquer elementos de respeito, compreensão ou piedade pela vida alheia.

Terroristas são pessoas que não medem consequência para o alcance de suas finalidades ou dos objetivos que orientam a existência da organização de terror que eventualmente integram. E, no mais das vezes, não há sequer uma explicação racional para que essa atuação, pois os terroristas comumente possuem escolaridade, condições sociais e econômicas superiores à média da população dos locais de onde provém.

É correto afirmar, diante disso, que se cuida de indivíduos que decididamente abandonaram o estado de Direito para viver num ambiente paralelo e contrário a ele. São seres que deixaram de lado o convívio social e não dão garantia alguma de que pretendem retornar.

E tal constatação vai ao encontro das teses de Günther Jakobs. Não se pode tratar todos os criminosos da mesma forma, porque a condição de pessoa não é automática e demanda o cumprimento de determinadas exigências e da concessão de certas garantias de comportamento.

O terrorista, com efeito, é o inimigo por excelência, dentro da teoria do direito penal do inimigo proposta por Jakobs. É aquele que se distancia do Direito e do convívio de tal forma que nenhuma garantia de ações adequadas de sua parte pode ser alcançada, o que é motivo suficiente para que um maior rigor penal possa ser imposto a ele.

Não é possível, de fato, que o mesmo tratamento jurídico seja dado a um criminoso incidental e a alguém que, de outra banda, abandonou as normas regentes da sociedade de maneira duradoura e sem intenção de retomar sua observância. Um cenário desses somente promoveria uma violação do direito fundamental à segurança que todos os cidadãos possuem segundo previsão constitucional e anularia a proibição de infraproteção que também possui acento na Lei Maior.

Nesse contexto, vale mencionar que muito embora a teoria de Günther Jakobs seja utilizada como fundamento para a aplicação do direito penal do inimigo, falar em direito penal do inimigo não é algo recente e nem tampouco desprovido de embasamentos filosóficos e normativos, pois em diversos momentos filósofos e juristas proclamaram a necessidade de sua

adoção e inúmeros Estados se socorreram dele para debelar ameaças às ordens jurídicas internas.

O fato é que, diferentemente do que propõe Eugenio Raul Zaffaroni, o Direito Penal é incapaz de alcançar terroristas na medida necessária. Um direito penal do cidadão não é arma suficiente para combater um inimigo. Dizem Paulo Sutti e Silvia Ricardo (2003, pp. 110-111) acerca do terrorismo árabe:

A concepção de mundo deles é muito diferente da ocidental, a religião em um papel vital (e mortal) em suas vidas. Eles acreditam que tais ações suicidas lhes garantem o direito de ingressar no paraíso (como também, a seus familiares), onde 72 morenas virgens esperam o mártir morto em nome de Alá. Talvez seja por isso que a família de um terrorista suicida colocou na entrada da casa pequenos cartazes com os dizeres: "Não aceitamos pêsames e sim, congratulações".

O direito penal do cidadão, então, de inspiração clássica e iluminista e garantista ao extremo, é inútil contra o terrorismo. Não serve para combater a criminalidade de alguém que dela se orgulha e sacrifica sua vida para isso. Mais grave: insistir no contrário é violar o direito de toda a sociedade a uma convivência pacífica, tranquila e livre de ameaças provenientes de quaisquer centros de poder.

Por tais motivos, diante tudo o quanto exposto, o direito penal do inimigo se afigura como a única arma suficientemente capaz de combater de maneira eficaz a ameaça terrorista que se mostra tão presente no século XXI.

6 CONCLUSÃO

Efetuada todas estas digressões, é possível concluir, em primeiro lugar, que o Direito Penal contemporâneo é produto de uma evolução constante do pensamento interdisciplinar que permeia o desenvolvimento social da humanidade, que desde os tempos primitivos, quando as primeiras sociedades foram estabelecidas, teve de conviver com e buscar soluções para o problema criminoso.

Em várias destas sociedades e momentos históricos distintos, a visão do criminoso como um ser desprovido de direitos que deveria ser alijado e privado permanentemente do convívio dos demais pode ser constatada de maneira clara, o que demonstra que sempre existiu uma tendência a se considerar determinados tipos de criminosos com verdadeiros inimigos do meio social em que se inseriram.

A criminologia contribuiu para o aperfeiçoamento de tais pensamentos através de suas escolas positivas, que, ao vislumbrarem um determinismo para o crime, estabeleceram a noção de que certas pessoas simplesmente não podem deixar de cometer infrações penais por serem impelidas a elas por fatores de ordem interna e, naturalmente, para tais criaturas, qualquer punição soa ineficaz.

Hodiernamente, os sistemas penais de cunho funcionalista buscam explicar de maneira adequada a relação entre justiça e a medida da punição, sem, contudo, oferecerem resposta eficaz para o problema da crescente criminalidade, da desconfiança das pessoas nas instituições públicas, da hipertrofia legislativa e do aumento da sensação subjetiva de insegurança experimentada pelos cidadãos.

Num segundo momento, as análises efetuadas ao longo do trabalho permitem concluir pela existência de uma teoria galgada em postulados filosóficos iluministas e atuais – como a tese das velocidades do Direito Penal e a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann – que promove uma diferenciação entre duas categorias de pessoas: o cidadão e o inimigo.

O cidadão, pessoa, seria merecedor de um tratamento penal galgado em garantias e direitos fundamentais exteriorizado por um Direito

Penal do fato e pautado na legalidade. Já o inimigo, não pessoa, somente deveria ser alvo de um Direito Penal de guerra, ou seja, emergencial e desprovido de garantias mínimas e que andaria lado a lado com a restrição e, até mesmo, a supressão de determinados direitos fundamentais.

O inimigo, segundo referida teoria, seria o indivíduo que se distanciou do Direito de maneira permanente e não oferece garantias de que um dia irá a ele retornar e retomar o convívio social adequado e pacífico. Inimigos são pessoas que reiteradamente agridem a sociedade com atos que demonstram uma personalidade completamente divorciada das regras mínimas que orientam a convivência coletiva.

Tradicionalmente, tais indivíduos são aqueles que integram organizações criminosas e terroristas, que adotam códigos de conduta paralelos ao poder estatal e por isso nenhuma expectativa pode advir de suas ações, à exceção do cometimento de graves delitos.

Cuida-se, como visto ao longo do texto, que é uma modalidade de Direito Penal em crescente expansão e já adotada por diversos ordenamentos jurídicos ao redor do globo, por ser capaz de tutelar a sociedade contra ameaças de centros privados de poder dos quais emanam violações de direitos fundamentais.

Em seguida, num terceiro momento, o fenômeno do terrorismo foi merecedor de análise. Cunhada durante a Revolução Francesa, a expressão “terrorismo” designa atos de violência praticados contra alvos aleatórios ou estratégicos pela posição que ocupam, no intuito de provocar uma sensação coletiva e generalizada de insegurança e temor por novas práticas violentas, que acabem fazendo com que governos ou grupos de pessoas adotem uma postura favorável aos pleitos dos terroristas.

Fenômeno extremamente antigo, o terrorismo tem evoluído de acordo com os avanços tecnológicos da sociedade e atualmente se mostra com faces extremamente ousadas, modernas e com capacidade lesiva aumentada, sem que as autoridades tenham encontrado maneira hábil para combatê-lo, haja vista que a própria Organização das Nações Unidas não possui nem mesmo um conceito universal de terrorismo que possa ser utilizado, sendo sua proteção vislumbrada somente de maneira setorial.

Foi ainda pacificado que os motivos pelos quais um indivíduo se torna terrorista são extremamente diversos e não se pode associá-los unicamente a pobreza, má educação, condições sociais desfavoráveis ou fanatismo religioso. Consequentemente, o terrorista foi definido como um criminoso contumaz com sérios abalos mentais, personalidade com tendência psicopata e que externa total desprezo para com as vidas inocentes que seu propósito o impele a eliminar.

Bastante importante, as organizações terroristas foram objeto de diferenciação em relação às organizações criminosas, que não se equivalem e possuem objetivos e métodos de ação diversos.

Por derradeiro, vislumbraram-se as medidas legislativas que o Brasil tem buscado tomar acerca da ameaça terrorista, com aprovação de uma legislação destinada a definir o conceito de terrorismo, tipos penais correlatos e estabelecer meios coercitivos rigorosos para sua persecução.

Em seguida, o trabalho em apreço deixou claro que existe um direito fundamental à segurança estampado de maneira expressa na Constituição Federal. Também existe um dever de tutela dos bens jurídicos penais consubstanciado na proibição de proteção deficiente ou proibição de infraproteção que, extraído do próprio princípio da proporcionalidade, destina-se a impelir o Estado na tomada de medidas efetivas que visem debelar as ameaças existentes ao livre exercício dos direitos mais elementares concedidos aos cidadãos pela Lei Maior.

É assim que, colocando todos estes preceitos lado a lado e unindo-os para o mesmo propósito, chega-se à conclusão de que a adoção de um direito penal do inimigo é a única solução para combater o terrorismo no século XXI. Os avanços e peculiaridades das ações terroristas exteriorizam que ela não se trata de uma criminalidade comum.

Por isso, não se pode dizer que a conformação atual e tradicional do Direito Penal seja adequada para debelar e combater o terrorismo com o rigor que merece e a letalidade que é íncita a ele. Há a necessidade de medidas excepcionais que somente o direito penal do inimigo nos moldes das teses de Günther Jakobs pode promover.

O alcance da efetividade dos direitos fundamentais, mormente a segurança, base do exercício dos demais direitos, ao lado da efetividade do

mandamento constitucional da proibição de proteção deficiente somente serão corretamente atendidos quando o Estado passar a adotar uma política criminal diferenciada a ser aplicada a criminosos diferenciados, vale dizer, aqueles que se mostram tão alheios ao Direito e às normas da sociedade que nenhuma expectativa de ação diversa da delitiva pode ser esperada.

Tais preceitos são mais do que evidentes, diante do abalo de confiança por que passa a sociedade social, circunstancia que legitima a atuação estatal voltada ao eficaz e rigoroso combate ao crime.

E a adoção de um direito penal do inimigo, neste quadro, se afigura como necessária também para que limitações ao poder do Estado possam ser estipuladas. A maior delas – e mais importante – é o próprio conceito de inimigo, que decorre das próprias teses de Jakobs e não pode ser alterado pelo Estado a seu bel prazer, o que dá garantia aos verdadeiros cidadãos, que serão sempre tratados como tal e não como inimigos.

Eis, em síntese, a conclusão de tudo o quanto se expôs ao longo destas páginas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Felipe Rinaldo Queiroz de. **Uma história que não é contada**. Lorena: Cléofas, 2009. 264p.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011. 576p.

ARRUDA, Élcio. **Revisão Criminal Pro Societate**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Leme: BH, 2009. 628p.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre medidas para eliminar o terrorismo internacional**. Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/49/60. Acesso em: 16 dez. 2015.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 12 ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. 206p.

BALOTARI, Camila Sartorelli. **Direito penal do inimigo em combate ao poder paralelo das organizações criminosas**. 2013. 58 f. Monografia Graduação (Bacharel em Direito) – Faculdades Integradas Antonio Eufrasio de Toledo. Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2013.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 266p.

BARROS, Suzanna de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 224p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. 793p.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2004. 897p.

CALGARO, Fernanda. **Senado conclui votação de projeto que define terrorismo**. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/senado-aprova-texto-principal-de-projeto-que-define-terrorismo.html>. Acesso em: 10 dez. 2015.

CAMPEDELLI, André Collins. **Terrorismo, libertação nacional e proibição de ataques contra civis**: cláusulas de exclusão de aplicação da convenção ampla sobre terrorismo das Nações Unidas. 2011. 89 f. Monografia Graduação (Bacharel em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/1960/1/2011_AndreCollinsCampedelli.pdf. Acesso em: 16 dez. 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. 193p.

CANCIO MELIÁ, Manuel; RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. **Crime organizado: tipicidade, política criminal, investigação e processo - Brasil, Espanha e Colômbia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 104 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. 1352p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral, v. 1. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 613p.

CASELLA, Paulo Borba. **Direito internacional, terrorismo e aviação civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 191 p.

CAVALCANTE, Waldek Fachinelli. **O Crime de Colarinho Branco e a Teoria da Associação Diferencial a partir da obra de Edwin H. Sutherland**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-crime-de-colarinho-branco-e-a-teoria-da-associacao-diferencial-a-partir-da-obra-de-edwin-h-sutherland,52090.html>. Acesso em: 22 set. 2015.

CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION. **Bioterrorism Overview**. Disponível em: <http://www.bt.cdc.gov/bioterrorism/overview.asp>. Acesso em: 01 dez. 2015.

CHAVES, Leandro Santos. **Revisão criminal e proibição de infraproteção**. 2012. 277 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdades Integradas 'Antônio Eufrásio de Toledo', Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2012.

COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto penal da tortura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 252 p.

CRENSHAW, Martha. "O Terrorismo Visto como um Problema de Segurança Internacional" In: HERZ, Monica e AMARAL, Arthur Bernardes (orgs). **Terrorismo e Relações Internacionais: perspectivas e desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2010. 376p.

CRETELLA Júnior, José. **Direito Romano Moderno: Introdução ao Direito Civil Brasileiro**. 7 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 306p.

DIP, Ricardo; MORAES JÚNIOR, Volney Corrêa Leite de. **Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2002. 291 p.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999. 546 p.

FONTÃO, Jorge. **Perfil psicológico de vítimas e terroristas de atentados**. Disponível em: <http://pt.rfi.fr/geral/20151115-perfil-psicologico-de-vitimas-e-terroristas-de-atentados>. Acesso em: 04 dez. 2015.

FRANCO, Jussara Bertolucci. **O emprego das forças armadas brasileiras no combate ao terrorismo: aspectos jurídicos**. 2012. 75 f. Monografia de Pós-Graduação – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/1378/2/Trabalho%20de%20conclus%C3%A3o%20de%20curso%20-%202013.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2015.

GAROFALO, Rafaelle. **Criminologia: estudio sobre el delicto y la teoria de la represión**. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2005. 346 p.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 669 p.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho Penal del Enemigo: El Discurso Penal de la Exclusión**. 1v. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2006. 1111p.

GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 6. ed., rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2011. 193 p.

HAUBERT, Mariana. **Senado aprova lei antiterrorismo; proposta voltará à Câmara**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/10/1699904-senado-aprova-lei-antiterrorismo-proposta-voltara-a-camara.shtml>. Acesso em: 10 dez. 2015.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2006. 173p.

HOBBSAWN, Eric. **Trocando Mitos por História**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,trocando-mitos-por-historia,770827>. Acesso em: 25 set. 2015.

JAKOBS, Günther; MANSO PORTO, Teresa. **La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. 39 p. (Cuadernos de Conferencias y Artículos; 24).

_____. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2003. 64 p.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6 ed., 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 118p.

JOÃO PAULO II, Papa. **Mensagem de Sua Santidade João Paulo II para a celebração do XXXV dia mundial da paz**. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_20011211_xxxv-world-day-for-peace.html. Acesso em: 16 dez. 2015.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico.** Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. 53p. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em: 06 out 2015.

LEVAL, Emeric. O Julgamento de Susana: Reflexões sobre a Primitiva Justiça Penal Mosaica. In: **Revista Justitia, Ano XXIX, Volume 57.** São Paulo: 1967.

LIGA DAS NAÇÕES. **Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo.** Disponível em: <http://www.wdl.org/pt/item/11579/view/1/1/>. Acesso em: 24 nov. 2015.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil.** São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2002. 176p.

MAIEROVICH, Walter Fanganiello. **A Lei do Abate é uma forma de pena de morte?** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2407200410.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

MARTÍN, Luis Gracia. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 189p.

MASSON, Cleber. **Direito Penal, vol. 1.** 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. 1007p.

MATSUURA, Lilian. **Espanha reduz garantias individuais para combater terrorismo.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-out-09/espanha_reduz_garantias_individuais_leis_rigorosas. Acesso em: 15 nov. 2015.

MAZETTO, Francisco de Assis Penteado. **O terrorismo na história.** Disponível em: <http://www.ecsbdefesa.com.br/fts/Terrorismo.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 1616p.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 281 p.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. 239 p.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a lãs bases del derecho penal**: concepto y método. 2. ed. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2002. 325p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral, v. 1. 8 ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1994. 431p.

MONTVALON, Jean-Baptiste de. **Lei Francesa de 55 regula estado de emergência**. Disponível em:
<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0911200503.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. 1 ed., 2 reimp. Curitiba: Juruá Editora, 2011. 353p.

MOTTA, Alessandra Costa da Silva. Uma análise sobre a aplicação do direito penal do autor nos dias atuais relacionada ao pensamento de Lombroso. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, nº 118, nov. 2013. Disponível em:
http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13862&revista_caderno=3. Acesso em: 01 out. 2015.

NAGLE, Luz Estella. **Should terrorism be subject to universal jurisdiction?** 8 Santa Clara Journal of International Law 87 (2010). Disponível em:
<http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1076&context=scujil>. Acesso em: 30 nov. 2015.

PAIVA, Antônio Ribas. **Conceituando o Terrorismo**. Disponível em:
<http://www.alertatotal.net/2014/04/conceituando-o-terrorismo.html>. Acesso em: 01 dez. 2015.

PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Orgs.). **Terrorismos**. São Paulo: PUC - SP, 2006. 186 p.

PECK, Edward. **National Exclusive: Hezbollah Leader Hassan Nasrallah Talks With Former US Diplomats on Israel, Prisoners and Hezbollah's Founding.** Disponível em: http://www.democracynow.org/2006/7/28/national_exclusive_hezbollah_leader_hassan_nasrallah. Acesso em: 23 nov. 2015.

PELLEGRINI, Luis. **Janelas Quebradas: uma teoria do crime que merece reflexão.** Disponível em: http://www.brasil247.com/pt/247/revista_oasis/116409/Janelas-Quebradas-Uma-teoria-do-crime-que-merece-reflex%C3%A3o.htm. Acesso em: 21 set. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 701p.

REINO DA PRÚSSIA. **Lei geral dos estados prussianos.** Disponível em: <http://ra.smixx.de/Links-F-R/PrALR/pralr.html>. Acesso em: 10 dez. 2015.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto nº 5.640, de 26 de dezembro de 2005.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5640.htm. Acesso em: 26 nov. 2015.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito penal do autor ou direito penal do fato?** Disponível em: <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1599865/direito-penal-do-autor-ou-direito-penal-do-fato>. Acesso em: 29 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. In: **Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 98, Junho de 2005.** Porto Alegre: 2005.

SCHMID, Alex Peter. **Terrorism - the definitional problem**, 36 Case W. Res. J. Int'l L. 375 (2004). Disponível em: <http://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1400&context=jil>. Acesso em: 30 nov. 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 154 p.

SOUZA, André de Mello e; NASSER, Reginaldo Mattar; MORAES, Rodrigo Fracalossi de (Orgs.). **Do 11 de setembro de 2001 à guerra ao terror: reflexões sobre o terrorismo no século XXI**. Brasília, DF: IPEA, 2014. 186p.

SOUZA, Fabianna Matias de; COIMBRA, Mário. **Tratamento jurídico do terrorismo nacional**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1638/156> 1. Acesso em: 29 nov. 2015.

SUTTI, Paulo; RICARDO, Sílvia. **As diversas faces do terrorismo**. São Paulo: Harbra, 2003. 116 p.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 335 p.

TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 120 p.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: o “progresso ao retrocesso”**. São Paulo: Almedina Brasil, 2010. 110p.

VISACRO, Alessandro. **Guerra Irregular: terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história**. São Paulo: Contexto, 2009. 380 p.

VIZZOTTO, Vinícius Diniz. **A restrição de direitos fundamentais e o 11 de setembro**. Breve análise de dispositivos polêmicos do Patriot Act. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/6037/a-restricao-de-direitos-fundamentais-e-o-11-de-setembro/2>. Acesso em: 15 nov. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2006. 224 p.

WOLOSZYN, André Luís. **Aspectos gerais e criminais do terrorismo e a situação do Brasil**. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273861260.pdf. Acesso em: 29 nov. 2015.